NORSTEDTS JURIDIK

Konstitutionellt rättighetsskydd

Svensk rätt i ett komparativt perspektiv

Joakim Nergelius

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2026
eISBN: 9789190023372
ISBN: 9138505231 (originalutgåva i tryck)
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.398



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f45f5

NORSTEDTS
JURIDIK

KONSTITUTIONELLT RÄTTIGHETSSKYDD

JOAKIM NERGELIUS

Konstitutionellt rättighetsskydd

Svensk rätt i ett komparativt perspektiv

FRITZES

Norstedts Juridik ingår i Fritzes Förlag AB
Adress till förlaget:
Fritzes Förlag AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Fritzes kundtjänst, 106 47, Stockholm
Fax 08-20 50 21, telefon 08-690 90 90

Till Anna och Amanda, för vilka jag fullgjort min Sisyfos-uppgift, samt till minnet av min far

Konstitutionellt rättighetsskydd
Joakim Nergelius
Upplaga 1:1
ISBN 91-38-50523-1
© 1996 författaren och Fritzes Förlag AB
Tryck: Gotab, Stockholm 1996

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Fritzes Förlag AB är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Många personer bör, när jag nu närmar slutet på avhandlingsarbetet, äras för det bistånd de på olika sätt skänkt mig. Först och främst vill jag tacka min handledare professor Aleksander Peczenik, vars betydelse för arbetets färdigställande knappast kan överskattas. Hans djupa engagemang för rättsvetenskapen, omsorg om doktorandens situation och förening av stora teoretiska kunskaper med ett samtidigt pragmatiskt sinnelag gör honom i mina ögon till en idealisk forskarhandledare.

Docent Lars Lindahl bidrog genom skarp kritik på ett tidigt stadium till att avgränsa avhandlingens frågeställningar och har sedan under alla år varit en ständigt lika stimulerande samtalspartner, som bidragit med en mängd värdefulla synpunkter. Jag är honom stort tack skyldig.

Professorn och justitieråd Bertil Bengtsson har liksom professorerna Michael Bogdan, Anna Christensen, Kjell Åke Modéer och Hans-Heinrich Vogel i olika skeden läst igenom delar av avhandlingsmanuskriptet och därvidlag lämnat synnerligen betydelsefulla synpunkter, för vilka jag är djupt tacksam. Jag vill här rikta ett särskilt tack till Anna Christensen, vars stora intresse för arbetets framväxt under det senaste året i hög grad främjat dess färdigställande. Jag vill även tacka professor Göran Melander, som lät mig hålla ett seminarium i seminarieserien i folkrätt och mänskliga rättigheter och i samband därmed framförde flera kloka tankar.

Flera vänner och kollegor har på olika sätt stött och uppmuntrat arbetet. Jag vill här särskilt tacka Krister Thelin, Christian Häthén samt, för ovärderlig teknisk hjälp, Per Henning Grauers. Likaså skall professor Gunnar Bergholtz harangeras för en mängd glada tillrop och annat stöd genom åren.

Ekonomiskt understöd har utgått från flera olika håll. Bidrag till resor har förutom från fakulteten utgått från Svenska Institutet, Svenska Avdelningen av Internationella Juristkommissionen, Stiftelsen Lars Johan Hiertas minne, Letterstedtska föreningen, Dagmar Perssons fond och Lars Johan Wallmarks minnesfond. Bidrag för inköp av litteratur har givits av Erik och Gurli Hultengrens fond för filosofi. Värdefulla ekonomiska bidrag har även givits av Tore Alméns minnesfond, Emmy Ekbergs stipendiefond, Emil Heijnes stiftelse, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Eugen Schaumanns fond samt Stiftelsen Staten och Rätten.

Att tacka alla dem som i samband med mina forskningsresor bistått mig skulle föra för långt. De "utlänningar" som dock framför andra måste nämnas här är Prof. Dr. Robert Alexy, Kiel, och professor Eivind Smith, Oslo, vilka båda under hela arbetets gång visat ett stort intresse för dess framväxt och inte bara givit kloka råd utan ständigt på begäran tillhandahållit väsentligt material.

Avhandlingen tillägnas några av mina närmaste. Min far Egon var under sina sista år

mer intresserad av arbetets utveckling än det mesta annat. Han avled den 31 maj i år, dagen efter mitt slutseminarium.

Det viktigaste stödet har jag dock fått från min fru och barn. Min dotter Amanda bidrog genom sin ankomst den 15 oktober 1991 i hög grad till att öka min koncentration och arbetsinsats och har under arbetets fortsatta gång varit min främsta inspirationskälla. Min hulda maka Anna vill jag mer än något annat tacka för att hon uthärdat den egocentricitet som tycks vara en oundviklig följd av intensivt avhandlingsarbete; att så skett har varit en helt nödvändig förutsättning för arbetets avslutande.

Som redan antytts har det inte varit helt lätt. Alla som kan sin Camus vet dock att man måste kunna föreställa sig Sisyfos lycklig.

Lund i november 1995
Joakim Nergelius

Innehåll

FÖRKORTNINGAR 19

Del I Inledning och teoretisk bakgrund 23

1. INLEDNING 25

1.1 Presentation av ämnet 25
1.2 Närmare om syftet 26
1.3 Precisering av problemformuleringen 30
1.4 Vissa avgränsningsfrågor och förtydliganden 37

1.4.1 *Allmänt om förhållandet mellan statsrätt och statsteori* 37.
1.4.2 *Avgränsning mot folkrätten* 40

1.4.2.1 Allmänt 40
1.4.2.2 Närmare om konsekvenserna i vissa fall av folkrättens införlivande i nationell rätt 43

1.5 Metod och material 44

1.5.1 *Tankar om den komparativa metodens användbarhet* 44
1.5.2 *Vissa frågor rörande materialet* 46

1.6 Rättighetsklassificeringar och vissa andra terminologiska frågor 48
1.7 Översikt över framställningen 56

2. IDÉHISTORISK TILLBAKABLICK 58

2.1 Inledning. Allmänt om människorättsidéns historiska utveckling 58
2.2 De stora revolutionerna 61

2.2.1 *John Locke och the Glorious Revolution* 61
2.2.2 *Den amerikanska revolutionen* 65
2.2.3 *Den franska revolutionen* 75

2.2.3.1 Olikheter med USA. Rousseau, folksuveräniteten och rättighetsdeklarationen 75
2.2.3.2 Reaktionen. Debatten mellan Burke och Paine 83

2.3 Mill och Tocqueville, två 1800-talsliberaler 88

2.3.1 *Mill* 88
2.3.2 *Tocqueville* 91

2.4 1900-talet 94

2.4.1 *Uppsalafilosofin. Värdenihilismen* 94
2.4.2 *Människorättsidéns renässans efter andra världskriget* 97
2.4.3 *Nykonservatismen. Striden mellan liberaler och communitarians* 99

2.5 Sammanfattning 108

3. DEMOKRATI OCH KONSTITUTIONELL KONTROLL 110

3.1 Inledning 110
3.2 Demokratibegrepp 115

3.2.1 *Formell demokratisyn i den äldre amerikanska restraint-traditionen* 115
3.2.2 *Nyare amerikanska teorier baserade på formella demokratibegrepp* 120

3.2.2.1 Dahls teori 120
3.2.2.2 Ely och den demokratiska funktionalismen 123

3.2.3 *Nyare amerikanska teorier baserade på materiella demokratibegrepp* 130
3.2.4 *Nordisk debatt* 133

3.2.4.1 Ross' och Tingstens formella demokratibegrepp 133
3.2.4.2 Materiella demokratibegrepp i ny nordisk doktrin 139

3.3 Judicial activism eller self-restraint? Närmare om bakgrunden till debatten 142

3.3.1 *Lagprövningsrättens utveckling* 142
3.3.2 *Är lagprövning odemokratiskt?* 146

3.3.2.1 Allmänt 146
3.3.2.2 Betydelsen av domstolarnas institutionella särställning 150

Del II Utländsk och internationell rätt 155

4. DANMARK 157

4.1 Allmänt om fri- och rättigheterna i den danska grundlagen 157

4.1.1 *De olika rättighetsreglerna* 157
4.1.2 *Rättighetsreglernas omfång* 159

4.2 Lagstiftningsproceduren och grundlovens minoritetskyddssregler 160

4.2.1 *Lagstiftningsproceduren* 160
4.2.2 *Minoritetsskyddsreglerna* 161

4.2.2.1 Minoritetsskydd mot lagförslag 161
4.2.2.2 Proceduren för grundlagsändring 166

4.3 Domstolarnas lagprövningsrätt 167

4.3.1 *Allmänt* 167
4.3.2 *Processförutsättningarna* 168
4.3.3 *Lagprövningsrättens utveckling* 169
4.3.4 *Lagprövningens räckvidd* 170
4.3.5 *Ross' skepsis mot lagprövning* 172
4.3.6 *Kritik mot domstolarnas försiktighet* 173

4.4 Folkrättens ställning i dansk rätt. Särskilt om Europakonventionen 174
4.5 Några teorifrågor 176

5. NORGE 178

5.1 1814 års grundlag 178

5.1.1 *Allmänt* 178
5.1.2 *Fri- och rättighetsreglerna* 179

5.2 Domstolarnas lagprövningsrätt 182

5.2.1 *Allmänt* 182
5.2.2 *Kløfta-domen och dess konsekvenser* 184
5.2.3 *Nyare avgöranden* 187

5.3 Folkrättens ställning i norsk rätt. Särskilt om Europakonventionen 188

6. FINLAND 191

6.1 Fri- och rättigheterna i den finska regeringsformen 191
6.2 Lagstiftningsproceduren 193

6.2.1 *Allmänt om den finska grundlagens normgivningsregler* 193
6.2.2 *Närmare om hur systemet med grundlagstiftning och kvalificerad lagstiftning fungerar* 196
6.2.3 *Grundlagsutskottet* 196
6.2.4 *Egendomsskyddets särställning* 198
6.2.5 *När måste grundlagstiftning tillgripas?* 199

6.3 Folkrättens ställning i finsk rätt 200
6.4 Förändringarna av rättighetsskyddet under 1990-talet 201
6.5 Sammanfattning. Synpunkter från doktrinen 202

7. TYSKLAND 206

7.1 Allmänt om den tyska grundlagen och dess bakgrund 206

7.1.1 *Inledning* 206
7.1.2 *Något om viktiga principer i grundlagen* 207
7.1.3 *Närmare om rättighetskatalogen i kap.1 Grundgesetz – »Die Grundrechte»* 207
7.1.4 *Den rättsliga ramen; historisk bakgrund, rättigheternas räckvidd och deras förhållande till övriga grundlagsregler* 210
7.1.5 *»Die Streitbare Demokratie»* 214
7.1.6 *Folkrättens ställning i den tyska rätten* 216

7.2 Lagstiftningen och möjligheterna att begränsa rättigheterna genom lag 218

7.2.1 *Lagstiftningsproceduren* 218

7.2.1.1 Förhållandet mellan federal lagstiftning och delstatslagstiftning 218
7.2.1.2 Antagandet av federala lagar 219

7.2.2 *Rättighetsbegräningar* 220

7.2.2.1 Allmänt 220
7.2.2.2 Närmare om förutsättningarna för rättighetsbegränsningar 222

7.3 Bundesverfassungsgericht – den tyska författningsdomstolen 225

7.3.1 *Inledning* 225
7.3.2 *Domstolens organisation* 226
7.3.3 *Domstolens verksamhet* 227

7.3.3.1 Allmänt 227
7.3.3.2 Vissa avgränsningsfrågor 228
a. Förhållandet mellan författningsbesvär och den allmänna talerätten vid rättighetskränkningar 228
b. Avgränsning mot andra former av normprövning 229

7.3.4 *Författningsdomstolens normprövning* 230

7.3.4.1 Allmänt 230
7.3.4.2 Abstrakt normkontroll 231
7.3.4.3 Konkret normkontroll 234
7.3.4.4 Författningsbesvär 236
a. Allmänt 236
b. Formella förutsättningar för att författningsbesvär skall kunna anföras 237
c. Materiella förutsättningar 237
d. Prövning av att förutsättningarna är uppfyllda 239

7.3.5 *Domstolens avgöranden* 239

7.4 Författningsdomstolens tolkning av Grundgesetz 242

7.4.1 *Tolkningsregler* 242

7.4.1.1 Inledning 242
7.4.1.2 Abwägung 243

7.4.2 *Wesensgehalt och Verhältnismässigkeit* 245

7.4.2.1 Närmare analys av Wesensgehaltsbegreppet 245
7.4.2.2 Kravet på Verhältnismässigkeit vid rättighetsbegränsningar 247

7.5 Rättighetsteorier – doktrinens utveckling 249

7.5.1 *Inledning och bakgrund* 249
7.5.2 *Genomgång av de viktigaste nya teorierna* 251

7.5.2.1 Inledande anmärkningar 251
7.5.2.2 Värdeteorin: Rättigheterna som uttryck för bestämda värden 251
7.5.2.3 Det institutionella betraktelsesättet 256
7.5.2.4 Rättigheter som den enskildes krav på en prestation från staten 257
7.5.2.5 Rättigheternas dubbelkaraktär 258

7.6 Drittwirkung – frågan om rättigheternas verkan mot tredje man 261
7.7 Judicial activism i författningsdomstolens praxis 262

8. FRANKRIKE 265

8.1 Inledning 265
8.2 Rättighetsdeklarationen av den 26 augusti 1789 och dess ställning i den franska rätten – en historisk tillbakablick 265
8.3 Närmare om 1958 års konstitution 268
8.4 Ytterligare om rättighetsdeklarationens ställning i det konstitutionella normsystemet 270
8.5 Författningsrådet – Conseil Constitutionnel 273

8.5.1 *Allmänt om Conseil Constitutionnel som institution* 273
8.5.2 *Rådets behörighet att pröva lagars grundlagsenlighet* 276
8.5.3 *Författningsrådets roll enligt konstitutionen* 277
8.5.4 *Metoder i rådets normprövning* 281

8.6 Folkrättens ställning i fransk rätt 286

9. STORBRITANNIEN 289

9.1 Inledning. Något om framställningen 289
9.2 Statsrättsliga grunddrag 290

9.2.1 *Översikt* 290
9.2.2 *»Unwritten constitution»* 291
9.2.3 *Parlamentets obegränsade lagstiftningsmöjlighet* 292
a. Allmänt om innebörden 292

b. Närmare om innebörden. Konsekvenser för domstolarnasställning 293
c. Ytterligare om innebörden.Undantagen 294

9.2.4 *Avsaknaden av rättighetsdeklaration. Det brittiska rättighetsbegreppet* 298

9.3 Huvuddrag i den brittiska rättsordningen samt en historisk bakgrund 300

9.3.1 *Rättskällorna – statute law och common law* 300

9.3.1.1 Närmare om common law och dess förhållande till case law 300
9.3.1.2 Fri- och rättigheternas ställning i common law 302

9.3.2 *Lagstiftningsproceduren* 304

9.3.2.1 Allmänt 304
9.3.2.2 »Subordinate legislation» 305

9.3.3 *Något om den historiska bakgrunden till dagens statsrättsliga förhållanden* 306

9.3.3.1 Allmän bakgrund 306
9.3.3.2 Dicey's inflytande 308

9.4 Den materiella rätten.Närmare om fri- och rättigheternas rättsliga ställning 311

9.4.1 *Yttrandefrihetens ställning* 311

9.4.1.1 Allmänt om yttrandefrihet i brittisk rätt 311
9.4.1.2 Begränsningar av yttrandefriheten 312
a. Prior restraints – censur och annan förhandsgranskning 312
aa. Översikt över de vanligaste formerna 312
ab. Injunctions 314
b. Kriminaliserade yttranden 318
9.4.1.3 Två uppmärksammade fall 321
a. Spycatcher 322
b. The Broadcasting Ban 325

9.4.2 *Några andra rättsområden* 328

9.4.2.1 Inledning 328
9.4.2.2 Official Secrets Act och avsaknaden av informationsfrihet 329
a. Official Secrets Acts av 1911 och 1989 329
b. Principiella aspekter 331
9.4.2.3 Mötesfriheten 333
9.4.2.4 Föreningsfriheten 335
a. Allmänt 335
b. Fackföreningsförbudet i underrättelsetjänsten 335
c. Lagändringar föranledda av kolgruvestrejken 1984/85 337
9.4.2.5 »Personal liberty» och polisens befogenheter 337
a. Skydd för hemmet 337
b. Telefonavlyssning 339
c. Prevention of Terrorism Act 339
d. 1994 års Criminal Justice and Public Order Act 340

9.5 Den rättspolitiska och konstitutionella debatten om den nuvarande ordningens brister 341

9.5.1 *Inledning. Bakgrund* 341
9.5.2 *Debattens allmänna inriktning* 343
9.5.3 *Debattens utveckling* 346

9.5.3.1 Historisk bakgrund 346
9.5.3.2 Kraven på införande av en rättighetskatalog 347
9.5.3.3 Försämrades rättighetsstandarden under 1980-talet? 350

9.5.4 *Närmare om diskussionen för och emot en rättighetskatalog* 351

9.5.4.1 Behövs en rättighetskatalog? 351
a. Argumenten för införande av en rättighetskatalog 351
b. Argumenten mot införande av en rättighetskatalog 353
9.5.4.2 Införlivande av Europakonventionen eller utarbetande av en ny text? 356
9.5.4.3 Kan en rättighetsförklaring förenas med läran om parlamentets överhöghet? 357
9.5.4.4 Frågor om domstolarnas ställning 360

9.6 Sammanfattning 364

10. USA 366

10.1 Inledning 366
10.2 Översikt över den amerikanska konstitutionens regler, uppbyggnad och struktur 368

10.2.1 *Inledning* 368
10.2.2 *Art. I-VII* 368
10.2.3 *Bill of Rights och övriga tillägg* 371
10.2.4 *Rättigheternas giltighetsområde* 377

10.3 Närmare om vissa statsrättsliga huvuddrag 378

10.3.1 *Maktdelning – »checks and balances»* 378

10.3.1.1 Allmänt 378
10.3.1.2 Kongressens lagstiftningsmakt 381
10.3.1.3 Presidentens konstitutionella befogenheter 382
10.3.1.4 Supreme Court och domstolarnas lagprövningsrätt 384
a. Allmänt 384
b. Domstolsväsendets uppbyggnad 384
c. Domstolarnas jurisdiktion 385
d. Processuella förutsättningar för att mål skall prövas av federala domstolar 389
e. Något om domars rättsverkningar 393

10.3.2 *Något om federalismen* 394

10.3.2.1 Allmänt 394
10.3.2.2 Något om förhållandet mellan federala domstolar och delstatsdomstolar 395

10.4 Domstolarna,de medborgerliga rättigheterna och lagstiftarna – precisering av ett centralt tema i amerikansk statsrätt 397

10.4.1 *Inledning* 397
10.4.2 *Marbury v. Madison och lagprövningsrättens grunder* 398

10.4.2.1 Närmare om målet 398
10.4.2.2 Var Marbury v. Madison ett lagligt avgörande? 399
10.4.2.3 Konstitutionen som bindande rätt 406

10.5 Perioden från 1803 till inbördeskriget 407
10.6 Införandet av the Civil War Amendments 408
10.7 1870-1890: Från inbördeskriget till Lochnereran 409
10.8 1890-1937.»The Lochner Era» 411
10.9 Paradigmskiftet 1937 och dess konsekvenser 416

10.9.1 *President Roosevelts strid med Supreme Court. »The Court Packing Plan»* 416
10.9.2 *Avgörandet 1937* 417
10.9.3 *Teorin om preferred rights* 419

10.9.3.1 Footnote four i Carolene Products 419
10.9.3.2 Den fortsatta utvecklingen 420
10.9.3.3 Synpunkter från doktrinen 423
a. Tidig kritik 423
b. Ytterligare om Ely's modell 424

10.10 McCarthy-perioden 426
10.11 The Warren Court 429

10.11.1 *Allmänt* 429
10.11.2 *Kampen mot rasdiskriminering* 430

10.11.2.1 Equal protection cases 430
10.11.2.2 Rösträttsfallen 433
10.11.2.3 Något om bakgrunden till diskussionen om affirmative action 436

10.12 Nya utgångspunkter: Fundamental rights och suspect classifications 439

10.12.1 *Inledning* 439
10.12.2 *Suspect classifications: Vidareutveckling av equal protection clause* 440
10.12.3 *Fundamental rights – renässans för substantive due process* 441

10.13 Nya tendenser i Supreme Courts praxis 447
10.14 Några speciella frågor 453

10.14.1 *Folkrättens ställning i nationell rätt* 453
10.14.2 *Drittwirkung i amerikansk rätt* 453
10.14.3 *Proportionality och balancing* 454

10.14.3.1 Proportionality 454
10.14.3.2 Balancing 455
a. Allmänt 455
b. Närmare om balancing i amerikansk rätt 458

10.15 Ytterligare kring debatten om Supreme Courts roll

och legitimiteten i judicial review 465

10.15.1 *Inledning* 465
a. Institutionella aspekter 466
b. Judicial activism kontra judicial self-restraint 467
c. Majoritetsmakt och minoritetsskydd 471
10.15.2 *Ett historiskt perspektiv på debatten om activism och restraint* 471
10.15.3 *Översikt över de viktigaste teorierna om judicial review* 474
10.15.4 *Originalism* 474

10.15.4.1 Inledning 474
10.15.4.2 Närmare om Bork 476

10.15.5 *Neutrala teorier* 477

10.15.5.1 Thayer och the clear mistake rule 477
10.15.5.2 Bickel och the countermajoritarian difficulty 480

10.15.6 *Allmänt om värdeteorier* 481

11. EU OCH EG-RÄTTEN 484

11.1 Inledning 484
11.2 Allmänt om EG-rättens karaktär 484

11.2.1 *Distinktionen mellan primär och sekundär EG-rätt* 484
11.2.2 *EG-rättens direkta effekt i medlemsländerna* 485

11.3 Skrivna rättighetsregler i den primära EG-rätten. Avsaknaden av rättighetsdeklaration 486
11.4 EG-domstolens utveckling av rättighetsskyddet 488
11.5 Sammanfattning av rättsläget 492

11.5.1 *Allmänt* 492
11.5.2 *Rättighetsskyddets omfång* 494
11.5.3 *Närmare om EG-domstolens bedömning av tillåtna rättighetsbegränsningar* 496

11.6. Kritik mot rådande ordning 498

11.6.1 *Kritik från nationella domstolar* 498
aa. Bakgrund 498
ab. Vissa grundläggande frågor rörande förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt 499
ba. Utvecklingen i Tyskland 500
bb. Utvecklingen i Italien 504
11.6.2 *De viktigaste ändringsförslagen* 505
a. Förslag från EG om förstärkt rättighetsskydd 506
b. Förslag och synpunkter i doktrinen 507

11.7 EG-domstolen som författningsdomstol 509

11.7.1 *Allmänt* 509

11.7.2 *Judicial activism kontra judicial self-restraint* 510

12. EUROPAKONVENTIONEN OM MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER OCH KONTROLLEN ÖVER DESS EFTERLEVNAD 514

12.1 Förfarandet inför konventionsorganen. Förutsättningar för sakprövning 514
12.2 De enskilda rättigheterna 518

12.2.1 *Allmän genomgång* 518
12.2.2 *Vissa speciella frågor* 531

12.3 Makt- och ansvarsfördelningen mellan Europadomstolen och medlemsländerna 533

13. VISSA SYNPUNKTER RÖRANDE STUDIEN ÖVER UTLÄNDSK RÄTT 538

Del III Svensk rätt 541

14. ÖVERSIKT ÖVER RÄTTIGHETSSKYDDET I SVENSK RÄTT 543

14.1 Regeringsformen 543

14.1.1 *Bakgrund och allmän översikt* 543
14.1.2 *De enskilda rättigheterna* 549
14.1.3 *Rättigheternas giltighetsområde* 561

14.2 Tryckfrihetsförordningen 563
14.3 Yttrandefrihetsgrundlagen 570

15. MÖJLIGHETERNA ATT BEGRÄNSA RÄTTIGHETERNA I 2 KAP. REGERINGSFORMEN GENOM LAG 574

15.1 Översikt över regelsystemet 574

15.1.1 *Allmänt* 574
15.1.2 *De materiella begränsningskraven* 575
15.1.3 *De formella begränsningskraven* 581

15.2 Närmare om lagstiftningsproceduren 584

16. HISTORISK TILLBAKABLICK 589

16.1 Den konstitutionella utvecklingen fram till 1809 589
16.2 1809 års Regeringsform 592

16.3 Rättigheternas roll i det konstitutionella reformarbetet 601
16.4 1974 års Regeringsform och övriga förstärkningar av rättighetsskyddet under 1970-talet 605
16.5 1990-talets förstärkningar av rättighetsskyddet 609
16.6 Europakonventionens ställning i svensk rätt 609
16.7 Idéarvets betydelse.Reflexioner om den svaga svenska rättighetstraditionen 611

17. HINDER FÖR RÄTTIGHETSBEGRÄNSANDE LAGSTIFTNING 614

17.1 Lagrådet och andra formella hinder 614

17.1.1 *Minoritetsskyddsregeln i Regeringsformen 2:12 st.3* 614
17.1.2 *Lagrådet* 619

17.1.2.1 Lagrådets funktioner och verksamhet. Granskningens inriktning 619
a. Inledning 619
b. Historik 621
c. Närmare analys av Regeringsformen 8:18 626
17.1.2.2 Skyddar lagrådet de medborgerliga rättigheterna? Analys av lagrådets ställningstaganden i frågor som berört medborgerliga rättigheter 636
a. Följsamma yttranden 636
b. Kritiska yttranden 638
c. Några speciella yttranden 647
17.1.2.3 Kan lagrådet enligt gällande regler fungera som ett värn för rättigheterna? 652

17.2 De materiella begränsningskravens betydelse i lagstiftningsarbetet 657

18. DOMSTOLARNAS LAG- OCH NORMPRÖVNINGSRÄTT 660

18.1 Inledning. Historisk tillbakablick 660

18.1.1 *Doktrin och praxis* 660
18.1.2 *Lagprövningsrättens behandling i det konstitutionella reformarbetet* 666

18.2 Lagprövningsrätten enligt Regeringsformen 11:14 670

18.2.1 *Allmänt* 670
18.2.2 *Lagprövningsrätt för alla myndigheter* 672
18.2.3 *Formell och materiell prövningsrätt* 673
18.2.4 *Uppenbarhetskravet* 675
18.2.5 *Europakonventionen i lagprövningen* 682

18.3 Lag- och normprövningsrätten i praxis 686

18.3.1 *Genomgång av fall där lag- eller normprövning förekommit* 686
18.3.2 *Slutsatser om rättsläget* 696

18.4 Ytterligare om synpunkter i doktrin och förarbeten 697

Del IV Slutsatser 705

19. SVENSK RÄTT I INTERNATIONELLT PERSPEKTIV 707

19.1 Inledning. Syftet med och planen för den fortsatta framställningen 707
19.2 »Teorideficit» i svensk doktrin 709
19.3 Allmän genomgång av de medborgerliga rättigheternas rättsliga ställning i svensk rätt jämförd med vissa andra länder 710

19.3.1 *Allmänt* 710
19.3.2 *Möjligheterna att begränsa rättigheterna genom lag* 711
19.3.3 *Möjligheterna att ändra grundlagen* 713

19.4 Lagrådet som ett svenskt Conseil Constitutionnel? 714
19.5 Uppenbarhetskravet i Regeringsformen 11:14; en »clear mistake rule»? 718
19.6 Verhältnismässigkeit eller proportionality i svensk rätt 720
19.7 Finns ett okränkbart väsensinnehåll för de medborgerliga rättigheterna i Sverige? 722
19.8 Preferred rights i svensk rätt 725

19.8.1 *Grundlagar, doktrin och praxis* 725
19.8.2 *Egna synpunkter* 729

19.9 Drittwirkung i svensk rätt 730
19.10 Abwägung/balancing i svenska domstolars lagprövning 737

20. VISSA TEORETISKA SLUTSATSER 740

Summary 754
Rättsfallsförteckning 757
Lagförarbeten m.m. 768
Litteraturförteckning 773
Sakregister 797
Personregister 801

Förkortningar

A.C.	Appeal Cases
AD	Arbetsdomstolen
AK	Andra kammaren
All E.R.	All England Law Reports
am.	amendment
art.	artikel
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Ass.	Assemblée du contentieux (Conseil d'Etat)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Bull EC	Bulletin of the European Communites
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
Cath.Univ.L.Rev.	Catholic University Law Review
C.C.	Conseil Constitutionnel
C.E.	Conseil d'Etat
Ch.	Chancery Division of the High Court
Cl. and F.	Clarke and Finnelly's Reports
CMLR	Common Market Law Review
Col.L.Rev.	Columbia Law Review
Corte Cost.	Corte Costituzionale
Crim.L.Rev.	Criminal Law Review
DC	Contrôle de constitutionnalité (déclaration de conformité)
DN	Dagens Nyheter
D & R	Decisions and Reports (Europakommissionen)
ECHR	European Convention of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Reports
ECtHR	European Court of Human Rights
ELR	European Law Review
Enc. of Soc.Sc.	Encyclopedia of Social Sciences
Eng.Rep.	English Reports
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
Fam.	Family Division of the High Court
ffo.	Folketingets forretningsorden
FK	Första kammaren
FRK	Fri- och rättighetskommittén
FRU	Fri- och rättighetsutredningen
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
FU	Författningsutredningen

GG	Grundgesetz
Giur.Cost.	Giurisprudenza Costituzionale
GLB	Grundlagberedningen
GLU	Grundlagsutskottet
GRF	Gamla Regeringsformen, 1809 års Regeringsform
GrUB	Grundlagsutskottets betänkande
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hast.Const.L.Q.	Hastings Constitutional Law Quarterly
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätt, -en
HRLJ	Human Rights Law Journal
Ind.L.J.	Indiana Law Journal
I. on C.	Index on Censorship
IPSR	International Political Science Review
JdöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
JuU	Justitieutskottet
KB	King's Bench Division of the High Court
KU	Konstitutionsutskottet
LoR	Lov og Rett
LQR	Law Quarterly Review
LU	Lagutskottet
MD	Marknadsdomstolen
MDA	Marknadsdomstolens avgöranden
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
MFL	Marknadsföringslagen
M.L.R.	Modern Law Review
Mor	Mennesker og rettigheter
Mot.	Motion
NAT	Nordisk Administrativt Tidsskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLJ	New Law Journal
NNT	Nytt Norsk Tidsskrift
NOU	Norges Offentlige Utredninger
N.Y.U.L.R.	New York University Law Review
Ohio State L.J.	Ohio State Law Journal
Parl.Aff.	Parliamentary Affairs
Phil. & Publ.Aff.	Philosophy and Public Affairs
P.L.	Public Law
Prop, prop	Proposition
Prot., prot.	Riksdagsprotokollet

Q.B.	Queen's Bench Division of the High Court
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Rättegångsbalken
rd	riksdag (Finland)
RdIE	Revista de Instituciones Europeas
Rec.	Recueil
REdDC	Revista Espanola de Derecho Constitucional
RegF	Regeringsformen (Finland)
RegR	Regeringsrätten
Rev.d.dr.publ.	Revue du droit public
RF	Regeringsformen (Sverige)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RiksdO	Riksdagsordningen (Finland)
RivdiDE	Rivista di Diritto Europeo
RO	Riksdagsordningen (Sverige)
RomF	Romfördraget, EG-fördraget
RSU	Rättighetsskyddsutredningen
Rt.	Norsk Retstidende
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Sc.st.i.L.	Scandinavian studies in Law
S.Ct.	Supreme Court, – reports
Sect.,sect.	section
SfU	Socialförsäkringsutskottet
S.J.	Solicitor's Journal
SJiR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SkU	Skatteutskottet
SOU	Statens offentliga utredningar
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
St.Tr.	State Trials
StvT	Statsvetenskaplig tidskrift
SvD	Svenska Dagbladet
SvJT	Svensk Juristtidning
tb	tilläggsbestämmelse
TEU	Treaty on European Union
TF	Tryckfrihetsförordningen
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
tp	tilläggsprotokoll (Europekonventionen)
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
U	Ugeskrift for Retsvæsen (domssamling)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen (litterær afdeling)
Univ.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburg Law Review
U.S.	United States Reports

Virg.L.Rev	Virginia Law Review
Wash.L.Rev.	Washington Law Review
W.L.R.	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
YB	Yearbook (Europadomstolen)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen
ÖZöRuV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht

Del I
Inledning och teoretisk bakgrund

»Ni förstår, i Sverige är det ingen människa som intresserar sig för författningen. Ingen känner till den.»
Gustaf Petrén i intervju med Hans Magnus Enzensberger 1982.

1. Inledning

1.1 Presentation av ämnet

Denna avhandling handlar enligt sin titel om konstitutionellt rättighetsskydd. Denna undersökning eller studie omfattar både svensk och utländsk rätt. Det rättsområde som undersöks är skyddet eller *skyddsmekanismerna* för de medborgerliga rättigheterna i de behandlade länderna, men inte någon enskild rättighet som sådan.

Vilka rättssystem undersökningen avser, vad jämförelsen dememellan går ut på samt hur begreppet konstitutionellt rättighetsskydd definieras behandlas nedan i kap. 1.5 och i kap. 1.3-4. Några utgångspunkter kan dock anges redan här.

En analys enbart ägnad svensk rätt, med begagnande enbart av svenska rättskällor, hade enligt min mening varit av föga intresse. För det första kan det vetenskapliga värdet i snävt nationella juridiska undersökningar rent generellt ifrågasättas. Inga andra vetenskapsgrenar lär godta det ensidigt nationella forskningsperspektiv som länge präglat huvuddelen av rättsvetenskapen.[1] Viktigare är emellertid den långvariga avsaknaden av svensk statsrättslig doktrin i egentlig mening, i kombination med den begränsade rättspraxis som finns på området. Materialet är helt enkelt alltför begränsat för en rent nationell forskningsinriktning. En jämförelse med hur olika frågor lösts i utländska rättssystem – samt i vissa fall med de lösningar som föreslagits i utländsk doktrin – ger ett behövligt tillskott av infallsvinklar på konkreta frågeställningar i den svenska rätten.

Konstitutionellt rättighetsskydd kan enklast definieras som ett rättsligt skydd för den enskilde mot den offentliga makten. Av flera skäl är dock denna enkla definition för vid. Begreppet rättsstat kan t.ex. definieras på precis samma sätt. Begreppet konstitutionellt rättighetsskydd behöver därför preciseras ytterligare, varvid innebörden av skyddsreglernas konstitutionella status bör understrykas. Härav följer bl.a. en avgränsning mot det rättighetsskydd som förekommer på övernationell nivå och ämnesmässigt anses höra till folkrätten. Som konstitutionellt kan däremot det rättighetsskydd betecknas vilket förekommer på nationell nivå (och därmed främst studeras inom statsrätten).[2]

Frågan om rättighetsskyddets **utformning** har, som kommer att framgå närmare i nästa avsnitt, en tendens att sammanfalla med flera av de centrala politiska och ideologiska spörsmålen i den moderna demokratin. Denna avhandling innebär därvidlag inget ställningstagande till frågan om exakt hur den moderna demokratin bör vara utformad,

1. Detta har på senare år stundtals antytts i doktrinen; se t.ex. Bill W. Dufwa, Société de législation comparée och Sverige, SvJT 1991 s. 538 och Tony Weir, An Introduction to Comparative Law, Oxford 1977 s. 11.
2. Se närmare om dessa speciella avgränsningsfrågor nedan i avsnitt 1.4.2.

även om jag utgår från en traditionell liberal uppfattning om vikten av ett starkt rättsligt skydd för individens rättigheter, av hänsyn både till individens rättsliga ställning och demokratins bevarande. Jag bekänner mig således till traditionella liberala värden och kan sägas utgå från en liberal rättsideologi[3], men anser för den skull inte att avhandlingen bör uppfattas som ideologiskt präglad; det är fråga om en sedvanlig juridisk avhandling, som syftar till att tolka gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt.[4]

1.2 Närmare om syftet

Avhandlingen har två syften, varav det ena är konkret juridiskt och det andra mer rätts- eller kanske snarare statsteoretiskt. Det juridiska syftet är att analysera det svenska rättighetsskyddet i ett brett internationellt perspektiv, i avsikt att påvisa både brister och förtjänster i de svenska reglerna. Jag ställer också frågan hur påvisade brister i det svenska rättssystemet skulle kunna avhjälpas genom en tillämpning av utländska regler eller begrepp och rättighetsteorier de lege eller de sententia ferenda.[5] Det som därvidlag föreslås är inte stora institutionella förändringar, som t.ex. att BVerfG, den tyska författningsdomstolen, borde få en motsvarighet på svensk mark, utan snarare att svenska domstolar bör tillägna sig vissa metoder att resonera som sedan länge förekommit i t.ex. tysk eller amerikansk rätt, eller att lagrådet ibland borde besjälas av samma attityd som, eller rentav utvecklas i riktning mot att bli en svensk motsvarighet till C.C., det franska författningsrådet. Avhandlingen syftar således till att skapa en teoretisk grund för ett förstärkt svenskt rättighetsskydd på vissa punkter. Som ett andrahandssyfte på denna punkt kan, för att anknyta till det inledningsvis citerade uttalandet av Gustaf Petrén, anges ambitionen att rent allmänt öka intresset för och stimulera debatten kring statsrätten.

Det mer statsteoretiska syftet har i viss mån sprungit ur ett framtidsperspektiv, enligt vilket de demokratiska staternas syn på förhållandet mellan majoritetens beslutanderätt

3. I och för sig kan frågan ställas vad detta närmare bestämt innebär, eftersom liberalism är ett vitt begrepp som kan inrymma en mängd olika uppfattningar om individens rättigheter. En inte ovanlig distinktion i modern rättsteori är den mellan »the libertarian and egalitarian versions of rights-oriented liberalism», där den förra kan sägas motsvara vad som i dagligt tal betecknas som »nyliberalism». Denna motsättning motsvarar i viss mån de ideologier som kom till uttryck i konflikten mellan S.Ct. och president Roosevelt under 1930-talet (och där S.Ct. så småningom retirerade). Jfr till det sagda bl.a. Michael J. Sandel, Recension av Rawls, Political Liberalism, Harv.L.Rev. 1994 s. 1765 f. Den liberalism jag företräder ligger närmare den »egalitära» liberalism som bl.a. representeras av Rawls än den rena nyliberalismen och tar sig, på det rättsliga planet, bl.a. uttryck i en rekommendation till svenska domstolar att tillägna sig den teori om *preferred rights* som S.Ct. lanserade sedan konflikten med president Roosevelt bilagts; se närmare kap. 10.8-9 o. 19.8.
4. Jfr om denna syn på rättsvetenskapens uppgift Aleksander Peczenik, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, FT 1990 s. 42.
5. I denna del förs resonemanget både de lege och de sententia ferenda, beroende på att en konkret lagändring föreslås, nämligen av RF 11:14, samtidigt som de svenska domstolarnas medvetet försiktiga tolkning av denna bestämmelse ses som det kanske större problemet. Se närmare kap. 19, särskilt 19.1. En närmare översikt över hela diskussionen kring de lege ferenda-resonemang och deras tillämplighet i denna avhandling ges i avsnitt 1.7.

och individers respektive minoriteters rättigheter kommer att bli en central fråga i den politiska teorin. Efter socialismens kollaps 1989 framstår den liberala demokratin som det enda godtagbara statsskicket och det enda trovärdiga ideologiska alternativet[6], varför den idépolitiska debatten i framtiden inte kommer att handla om förhållandet mellan marxism och andra ideologier utan om förhållandet mellan staten och individen **i en demokrati.** Så har visserligen inte i särskilt hög grad varit fallet hittills under 1990-talet; den ideologiska och politisk-teoretiska debatten i västvärlden har under denna period snarare handlat om nationalismens renässans och nationalstatens minskade handlingsfrihet. Detta hindrar dock inte att det här antydda temat sett i ett längre perspektiv kan komma att vara den centrala frågan.

Debatten gäller i hög grad motsättningen mellan ett formellt och ett materiellt demokratibegrepp. Förespråkarna för det formella demokratibegreppet ser demokratin som en beslutsform (och tenderar därför att betona majoritetens rätt att bestämma), medan demokratin enligt det materiella synsättet inte är förverkligad om inte vissa centrala *värden*, som t.ex. individens medborgerliga rättigheter, förverkligats.[7] Som John Rawls konstaterat råder det större enighet mellan meningsmotståndarna om vilka rättigheter som bör skyddas i en demokratisk stat än om vilket omfång och rättsligt skydd dessa rättigheter bör ha.[8] Oenigheten gäller därför var *balansen* i en demokrati bör ligga mellan majoritetens legitima beslutanderätt och individens likaledes legitima anspråk på rättsligt skydd för sina medborgerliga rättigheter.[9] Om denna grundläggande konflikt i den moderna demokratin skall förklaras i konkreta rättsliga termer så handlar debatten om utformningen av det konstitutionella rättighetsskyddet.[10]

Norberto Bobbio har angående mötes- och yttrandefriheten, två rättigheter vilka enligt honom är nödvändiga för demokratins fortbestånd, skildrat motsättningen i följande termer:

> Naturally neither freedom of association nor freedom of opinion can be completely unrestricted, which is true of any freedom. The shift in the limits one way or another determines the degree of democracy enjoyed in a system. Where the limits are extended the democratic system undergoes modification, where the two freedoms are suppressed democracy ceases to exist altogether.[11]

Enligt Bobbio är det inget som hindrar att rättigheterna ges ett mycket vidsträckt tillämpningsområde och ett starkt rättsligt skydd, även om han av praktiska skäl inte tror att de kan vara obegränsade. Däremot menar han att demokratin upphör om mötes- och yttrandefriheten undertrycks. I samma anda har Carl J. Friedrich talat om två extrema

6. Jfr Francis Fukuyama, The end of History and the last Man, New York 1992, Introduction (s. xi) samt s. 42, 45 o. 211.
7. Se närmare kap. 3, särskilt 3.1.
8. Se Political Liberalism, New York/Chichester 1993 s. 159.
9. I mer konstitutionella termer kan debatten sägas gälla vilken skyddsnivå som skall förmå eller tvinga de folkvalda lagstiftarna att respektera de medborgerliga rättigheterna. Eivind Smith talar om »graden av institusjonell sikring av at konstitusjonelle normer blir respektert av de folkevalgte lovgivere». Se Høyesterett og folkestyret, Oslo 1993 s. 16. Frågan om det institutionella säkerställandet leder direkt över till rättighetsskyddets utformning, som diskuteras närmare i avsnitt 1.3.
10. Jfr Carl J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy, 4 uppl, Waltham/Toronto/-London 1968 s. 254.
11. The Future of Democracy, Oxford 1987 s. 70.

demokratimodeller, en »Unconstitutional Government» där majoriteten har helt fria händer att begränsa medborgarnas rättigheter och rättighetsskyddet sålunda helt lyser med sin frånvaro, respektive en »Constitutional Government», där lagstiftaren saknar alla möjligheter att begränsa de medborgerliga rättigheterna. I verkligheten, menar Friedrich, befinner sig alla demokratier någonstans mittemellan dessa båda ytterligheter; överallt tillåts nämligen vissa begränsningar av rättigheterna, men ingen demokrati kan tillåta vilka begränsningar som helst.[12] Problemet är att fixera den demokratiska balansen mellan majoritetsstyre och minoritets- eller individskydd. Detta är alltid »a question of balance rather than a clear-cut alternative between majority and minority».[13]

Mitt syfte kan mot bakgrund av det sagda sägas vara att genom ingående studier av rättighetsskyddet i ett antal länder försöka utröna om det går att ange var den nämnda balansen eller gränsen bör ligga. Detta är givetvis en svår uppgift. Kanske är det inte möjligt att en gång för alla – eller ens i ett visst land vid en given tidpunkt – fastslå en idealisk balanspunkt mellan majoritetsstyre och skydd för individuella rättigheter.

Rawls har nyligen uppgivit att hans två berömda rättviseprinciper har ett snarlikt syfte; att, med utgångspunkten att medborgarna i demokratiska samhällen är fria och jämlika personer, försöka visa att »certain arrangement of basic political and social institutions is more appropriate to realizing the values of liberty and equality».[14] Rawls försöker lösa uppgiften genom en renodlat filosofisk argumentation, syftande till att på rationellt godtagbara grunder påvisa existensen av vissa okränkbara rättigheter. Min metod är snarare att genom komparativa studier undersöka om någon stat utformat sitt rättighetsskydd så att den idealiska balansen uppnåtts (eller åtminstone nalkats). Vad utmärker i så fall rättighetsskyddet i denna stat? Svaret på denna fråga blir naturligtvis beroende på bedömarens personliga värderingar. Som redan angivits följer av min (rätts)ideologiska utgångspunkt att jag i princip är positiv till och förordar ett starkt rättsligt skydd för individers och minoriteters rättigheter.[15] Mitt huvudsyfte är dock inte

12. Se Constitutional Government and Democracy s. 127.
13. Se Limited Government: A Comparison, Englewood Cliffs 1974 s. 42.
14. A.a.s. 5. – De två principerna lanserades först i A Theory of Justice, Oxford 1972 (se bl.a. s. 302 f). De återkommer i något modifierad form på flera ställen i Political Liberalism; se t.ex. s. 5 f o. s. 291. Orsakerna till de gjorda modifikationerna, vilka saknar större betydelse i detta sammanhang, diskuteras på s. 291 o. 331-34 i Political Liberalism. De två rättviseprinciperna är sinsemellan mycket olika och har något skilda syften. Endast den första handlar egentligen om rättigheter, medan den andra syftar till ekonomisk och social utjämning, men tillsammans kan de alltså enligt Rawls visa hur samhället bäst befrämjar de nämnda värdena.
15. En särskild fråga är hur begreppet minoriteter definieras. Här avses principiellt varken etniska minoriteter eller andra socialt eller ekonomiskt svaga grupper **som sådana** (även om dessa i konkreta fall kanske bör åtnjuta stärkt rättighetsskydd, jfr S.Ct. i United States v. Carolene Products Co, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938), varom nedan i 10.9.3.1). Inte heller görs någon distinktion av det slag som ibland förekommer i politisk teori mellan permanenta och tillfälliga minoriteter, utan här åsyftas helt enkelt vad som kan kallas »det parlamentariska mindretalet», dvs de grupper som för närvarande saknar stöd för sina uppfattningar hos majoriteten i den lagstiftande församlingen och därför teoretiskt sett alltid löper en potentiell risk att få sina rättigheter begränsade av lagstiftaren (givet den teoretiska förutsättningen att majoriteten i parlamentet normalt gynnar befolkningsmajoritetens intressen).

ideologiskt eller programmatiskt utan helt enkelt att bidra till en fortsatt diskussion.[16]

De slutsatser och resultat som nås kan formuleras på två olika nivåer. Slutsatser om det svenska rättighetsskyddet och eventuella ändringsförslag har givetvis bara relevans för svensk rätt, medan uppfattningar om »demokratins ideala balanspunkt» har relevans för alla västliga demokratier vilka behandlas i framställningen. Detta sammanhänger med en tanke som kommer att utvecklas närmare i kap. 20, enligt vilken den konkreta, juridisk-tekniska utformningen av rättsliga traditioner och institutioner måste ta hänsyn till kulturarvet och rättstraditioner osv i den enskilda staten, medan principiella resonemang om de mänskliga eller medborgerliga rättigheternas räckvidd har en i stort sett universell giltighet.[17] Härför kan åberopas både empiriska argument, som visar de olyckliga konsekvenserna av att de medborgerliga rättigheterna inte respekterats i vissa samhällen, etiska och förnuftsmässiga argument, som visar det rationella och moraliskt riktiga i att individernas rättigheter och värdighet respekteras samt rent positivistiska argument, som hänvisar till förekomsten av alla de rättighetsdeklarationer vilka antagits sedan andra världskriget och fått en i stort sett global uppslutning.[18] Under alla omständigheter har sådana principiella resonemang relevans inom vad som här kan kallas den västerländska rättskulturen och därmed för alla rättssystem som behandlas i denna studie.

Flera försök har i den moderna rättsteoretiska doktrinen gjorts att med empiriska, etiska eller »rent förnuftsbaserade» argument bevisa de mänskliga rättigheternas objektiva existens, utan hänvisning till traditionell naturrätt.[19] Med en gemensam term kan dessa försök kallas för *sekulariserad naturrätt*.[20] Mest inflytelserik av dem har kanske Rawls' teori, som behandlas nedan i 2.4.3, blivit. Här skall några ord sägas om Dworkins teori, som är av särskilt intresse på grund av sitt nära samband med konstitutionella frågeställningar.

Dworkin klargör redan i introduktionen till sin kanske mest kända bok Taking Rights Seriously att individer enligt honom besitter vissa rättigheter gentemot staten och att detta inte enbart beror på att de kommit till uttryck i någon grundlag eller annan lagtext.[21] Denna kärna i hans »*strong sense of rights*» motiveras inte med några från naturrätten kända, mer eller mindre metafysiska argument utan främst med hänvisning till rättigheternas principiella värde jämfört med andra samhälleliga intressen. Rättigheterna är enligt Dworkin individernas »trumps», deras trumfkort. De kan alltid göras gällande mot statsmakten när det samhälleliga önskemål som åberopas för att in-

16. Jfr Frede Castberg, Den alminnelige statslæres problemer, i Fra statslivets rettsproblemer, Oslo 1953 s. 159: »Den alminnelige statslære må dernest også kunne beskjeftige sig med det evige problem om den »riktige stat», ikke bare på den måte at den historisk eller dogmatisk tar op til behandling foreliggende politiske ideologier og utreder deres innhold, eventuelt også deres forutsetninger samt deres forfatningspolitiske utslag. Det er ingen grunn til at vitenskap og vitenskabelig filosofi skal vaere avskåret fra selv å bidra til belysning av spørsmålet om den *idealt riktige statsrett*.»
17. Se även kap. 2.4.3 in fine med kritik mot de s.k. gemenskapsfilosoferna.
18. Senast vid FN-konferensen i Wien 1993 antogs t.ex. ett slutdokument, »The Vienna Declaration and Programme of Action», där människorättigheternas universalitet erkänns. Jfr även Jack Donnelly, The Concept of Human Rights, Beckenham/Sydney 1985 s. 2. – Däremot tycks det vara svårare att motivera tanken på universella mänskliga rättigheter med rent filosofiska argument. Detta är t.ex. vad Rawls försökte göra i A Theory of Justice, men till följd av den kritik som därefter riktats mot honom har han i Political Liberalism tonat ner de universella anspråken. Se närmare kap. 2.4.3.
19. Jfr om denna i kap. 2.1.
20. Se för dylika ståndpunkter bl.a. Frede Castberg, Naturrett og menneskerettigheter, Oslo 1967 s. 47, Louis Henkin, The Age of Rights, New York 1990 s. 2 o. 6 samt Carlos S. Nino, The Ethics of Human Rights, Oxford 1991 s. 34.
21. Taking Rights Seriously, London 1977, Introduction, xi.

skränka dem inte väger tillräckligt tungt. Individen har enligt denna »starka rättighetsuppfattning» normalt rätt till skydd för sina rättigheter, gentemot majoritetens önskemål, också på bekostnad av samhällets allmänna eller kollektiva mål.[22] Endast mycket tungt vägande allmänna intressen kan, i undantagsfall, legitimera begränsningar av de medborgerliga rättigheterna. Detta beror på att individens rättigheter ses som något i grunden värdefullare än samhällets mål. »If the Government errs on the side of the individual, then it simply pays a little more in social efficiency than it has to pay...But if it errs against the individual it inflicts an insult upon him».[23] Utmärkande för de medborgerliga rättigheterna är enligt Dworkin att det i enlighet med det anförda krävs mycket starka skäl för att begränsa dem. Om stadsfullmäktige i New York vill enkelrikta en viss gata räcker det med att hänvisa till trafiksäkerheten, men allmänna nyttosynpunkter av detta slag kan aldrig godtas som skäl för begränsning av yttrandefriheten.[24] Denna »distinctive concept of an individual right against the State»[25] säger visserligen, som Dworkin själv konstaterar, inget om vilka rättigheter människor har[26], men slår fast vikten av att de rättigheter som erkänns verkligen tas på allvar och inte begränsas lättvindigt.[27]

Det undersökta rättsområdet hör, på grund av avhandlingens frågeställningar och de berörda rättsreglernas konstitutionella karaktär, till statsrätten eller den konstitutionella rätten. Samtidigt tar diskussionen avstamp i den allmänna rättsläran, närmare bestämt i den del av allmän rättslära som behandlar politisk teori och statsteori. Avhandlingen kan därför sägas ligga i gränstrakten mellan allmän rättslära och statsrätt, men mest adekvat är enligt min mening att säga att detta är en avhandling **där grundläggande konstitutionella och statsrättsliga frågor behandlas från en statsteoretisk utgångspunkt.**

1.3 Precisering av problemformuleringen

Det konstitutionella rättighetetsskyddet skiljer sig från det internationella bland annat genom skyddsreglernas konstitutionella status. Detta kan innebära antingen att de regler där skyddsmekanismerna preciseras och beskrivs har konstitutionell status eller, vilket torde vara den vanligare innebörden, att de rättigheter som skall skyddas har konstitutionell rang genom att de räknas upp i en grundlag eller en rättighetskatalog med grundlagsstatus. De båda alternativen kan förekomma samtidigt; det är i själva verket ganska vanligt att regler om lagprövning, författningsdomstol eller någon annan form av rättighetsskydd förekommer i den grundlagstext i vilken medborgarnas rättigheter räknas upp.

En nödvändig förutsättning för att någon form av konstitutionellt rättighetsskydd skall förekomma i en stat är emellertid att det i denna stat finns konstitutionella regler, vilka är överordnade de vanliga lagarna och således i händelse av konflikt skall ha företräde framför dessa. Dessa regler är bindande även för en demokratiskt vald lagstiftare

22. Ibid. Se även s. 146. Se närmare om de institutionella konsekvenserna av resonemanget nedan i kap. 3.3.2.2.
23. A.a.s. 199.
24. A.a.s. 191. Att Dworkins tankar aldrig slagit igenom i det svenska rättslivet visas måhända av att yttrandefriheten enligt RF 2:13 kan begränsas av hänsyn till bl.a. »folkförsörjningen».
25. A.a. s. 269.
26. Se Introduction, xi.
27. Ytterst baseras denna rättighetsuppfattning på allas grundläggande rätt till »equality», dvs jämlikhet och rättvis behandling. Se närmare härom t.ex. Taking Rights Seriously s. 272 f. Denna rättighet tycks i sin tur inte behöva rättfärdigas, utan utgör snarare i sig själv »the very standards of justification»; jfr Rex Martin, A System of Rights, Oxford 1993 s. 52.

och kan, eftersom de är överordnade vanliga lagar, inte på samma sätt som dessa ändras av en enkel majoritet i den lagstiftande församlingen. Rättighetsskyddets funktion kan sägas vara att på rättslig väg säkerställa att dessa centrala konstitutionella principer iakttas.

Att någon form av rättsliga skyddsmekanismer tillhandahålls för de medborgerliga rättigheter vilka har konstitutionell status sägs ofta vara ett bevis eller kännetecken på *konstitutionalism*; staten i fråga är angelägen om att säkerställa att grundlagens överhöghet över vanlig lag respekteras.[28] Historien känner många exempel på att medborgerliga eller mänskliga rättigheter existerat på pappret, men att de i avsaknad av rättsliga skyddsmekanismer totalt ignorerats av makthavarna. Först när rättighetsreglerna blir bindande för alla statliga myndigheter och deras rättsligt bindande kraft på något sätt säkerställs tillerkänns de en tillämplighet, en *enforceability* som garanterar att de kan åberopas av den enskilde och utgör något mer än vackra fraser.[29] Av det sagda följer inte att rättighetsskyddet måste ha någon viss bestämd utformning. Innebörden av att någon form av rättighetsskydd tillskapats är emellertid att staten i fråga valt att begränsa sin egen handlingsfrihet; med Jon Elster kan vi tala om statens *självbindning*.[30]

Den konstitutionella demokratin skiljer sig här såväl från despotin som från den »obegränsade demokratin», där majoriteten tillerkänns absolut handlingsfrihet. Konstitutionalism innebär att även den demokratiska statsmakten måste bindas och begränsas.[31] Huruvida detta innebär att ett effektivt rättighetsskydd är odemokratiskt, eller tvärtom ett naturligt inslag i en demokrati, eftersom det främjar säkerställandet av demokratins värden, beror i praktiken på valet mellan ett formellt och materiellt demokratibegrepp.[32] Sambandet mellan rättighetsskydd och demokratisyn analyseras närmare i kap. 3. Oavsett om rättighetsskydd betraktas som odemokratiskt eller inte kan det emellertid konstateras att ett rättsligt skydd för de medborgerliga rättigheterna alltid innebär en begränsning av majoritetens handlingsfrihet.[33] Denna begränsning av den demokratiskt valde lagstiftarens makt kan motiveras både med rättigheternas starka egenvärde[34] och med faran

28. Se t.ex. Dworkin, Taking Rights Seriously s. 142, Allan R. Brewer-Carías, Judicial Review in Comparative Law, Cambridge 1992 s. 80 f och Christian Starck, Europe's fundamental rights in their newest garb, HRLJ 1982 s. 118.
29. Jfr Starck, a.a. och Smith, a.a.s. 310.
30. Se Elster, Ulysses and the Sirens, Cambridge 1979 s. 90 ff samt Introduction, i Elster/R. Slagstad (utg.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge/Oslo 1988 s. 8 ff. Jfr om sambandet med liberalismen nedan i kap. 2.1.
31. Jfr Bobbio, Democracy and dictatorship: the nature and limits of state power, Oxford 1989 s. 97: »It is appropriate to call »constitutionalism» the theory and practice of the limits of power...» Se även Liberalism and Democracy, London/New York 1990 s. 13, Friedrich, Limited Government s. 27 samt Rune Slagstad, Rett og politikk, Oslo 1987 s. 100.
32. Här åsyftas, som framgår närmare nedan i kap. 3.1, en speciell form av materiellt demokratibegrepp som framför allt betonar vikten av ett starkt rättighetsskydd. Även andra demokratibegrepp kan givetvis vara materiella, t.ex. genom att starkt betona behovet av ekonomisk utjämning.
33. Jfr Friedrich, Limited Government s. 10.
34. Jfr t.ex. Ronald Dworkin, A Matter of Principle, Cambridge 1985 s. 11: »...the »rights» conception...assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against the state as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law, so that they may be enforced *upon the demand of individual citizens* through courts or other judicial institutions of the familiar type, so far as this is practicable.»

i oinskränkt majoritetsstyre.[35] Det förra argumentet är mer moraliskt och naturrättsligt till sin karaktär, medan det senare snarare bottnar i omtanke om demokratins förmåga att fungera.[36] Även med denna senare argumentationslinje kan dock rättigheternas särskilda betydelse tas med i beräkningen; som Friedrich uttryckt saken är det skillnad på ett beslut om höjd inkomstskatt och ett avskaffande av yttrandefriheten.[37]

Konstitutionellt rättighetsskydd förutsätter alltså att grundlagen är överordnad de vanliga lagarna. Just **garantin** för att lagarna är grundlagsenliga – vilken ju förutsätter någon form av rättslig kontroll – var för Hans Kelsen, mannen bakom Europas första författningsdomstol, essensen i det konstitutionella rättighetsskyddet (»garanties de la Constitution»).[38] Som Kelsen konstaterade kan även en konstitution som saknar sådana kontrollmekanismer ha en viss juridisk betydelse, t.ex. genom att ett statsråd som bryter mot den kan tvingas avgå. Problemet är emellertid att den formen av ansvar inte innebär någon sanktion mot grundlagsstridiga lagar: Om grundlagsstridiga lagar upprätthålls sätts i själva verket grundlagens regler om vilket innehåll lagarna får ha (eller i vilken form de skall beslutas) ur spel.[39]

Kelsen satte här fingret på något väsentligt, nämligen att ett konstitutionellt rättighetsskydd måste innebära ett skydd mot att lagstiftaren sätter sig över grundlagen. På vilka andra sätt kan vi precisera vad detta rättighetsskydd innebär och i vilka former det kan förekomma?

Eftersom konstitutionellt rättighetsskydd syftar till att skapa ett skydd för medborgarnas – vanligtvis grundlagsskyddade – rättigheter förutsätter ett fungerande rättighetsskydd givetvis först och främst existensen av några rättighetsregler med konstitutionell rang, antingen i själva grundlagen eller i någon annan text med grundlagsstatus, t.ex. en rättighetskatalog.[40] Rättighetsskyddets **omfattning**, men inte dess styrka, står i propor-

35. Här kan bl.a. hänvisas till Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, i J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Heidelberg 1987 § 29, rn 8.
36. Se förutom Elster särskilt Stephen Holmes, Precommitment and the paradox of democracy, i Constitutionalism and democracy s. 196.
37. Se Limited Government s. 43.
38. Se La garantie juridictionnelle de la Constitution, Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929 s. 57 f. – Det kan anmärkas att denna artikel, som bygger på ett anförande Kelsen höll 1929, författades på franska.
39. A.a.s. 134. – Senare utvecklade Kelsen en teori om s.k. *Alternativ-Ermächtigung*, enligt vilken avsaknad av kontroll av att de av den behörige lagstiftaren stiftade lagarna var grundlagsenliga innebar att lagstiftaren hade två alternativ att välja på; antingen att följa konstitutionens formella och materiella regler eller att själv avgöra lagens utformning och tillkomstsätt. Även då lagprövning fanns kunde lagstiftaren enligt Kelsen sägas ha denna möjlighet, men med den skillnaden att lagar som antagits enligt det senare alternativet kunde upphävas av domstol. Se Reine Rechtslehre, 2 uppl, Wien 1960 s. 275 ff. Detta tillägg till hans teori ändrade dock i sak ingenting; hans sympati för rättighetsskydd i olika former, främst lagprövning, var lika stor som tidigare.
40. Erfarenheter från bl.a. USA visar att även andra rättigheter än de som skrivits in i de konstitutionella texterna ibland kan tillerkännas konstitutionell status (se avsnitt 10.12.3). Normalt kan man dock räkna med att det främst är de rättigheter vilka räknas upp i landets konstitutionella dokument som tillerkänns grundlagsstatus och därför kan göras gällande mot lagstiftaren. Dessa rättigheter har också normalt en säkrare ställning och blir sällan ifrågasatta när de av domstolar upprätthålls mot lagstiftaren, vilket däremot kan bli fallet när domstolar skyddar rättigheter som på sedvanerättslig eller annan icke skriftlig grund tillerkänns konstitutionell rang. Jfr om Storbritannien i kap. 9 och EG-rätten i kap. 11; i bägge dessa rättssystem har f.ö. en mängd förslag till förstärkt rättighetsskydd framförts under senare år.

tion till antalet rättigheter som garanteras i dessa texter: Ju fler rättigheter, desto större omfattning av rättighetsskyddet.[41]

Att en grundläggande skiljelinje går mellan internationellt och konstitutionellt rättighetsskydd är självklart. I doktrinen har också föreslagits några andra distinktioner mellan olika former av rättighetsskydd. Thomas C. Grey skiljer mellan »politiska» och »speciella» mekanismer för »constitutional enforcement», värvid de politiska mekanismerna syftar på olika riksdagsutskott, veto mot lagar för olika exekutiva organ (t.ex. presidenten i USA) och dylikt och de speciella på att de konstitutionella normerna därutöver upprätthålls av politiskt oavhängiga organ, t.ex. domstolar.[42] En vanligare skiljelinje går mellan vad som på engelska kallas *judicial review*, dvs lagprövning, och *judicial preview* eller laggranskning. I det förra fallet syftas på domstolars rätt att åsidosätta eller ogiltigförklara lagar som befinns vara grundlagsstridiga, medan den preventiva normkontrollen riktas mot ännu ej antagna (eller ej ikraftträdda) lagar och syftar till att förhindra att dessa antas (eller träder i kraft), därest de strider mot grundlagen. Denna kontroll utövas normalt av särskilda, för detta ändamål avsedda organ; det främsta exemplet härpå torde vara C.C. i Frankrike. En annan form av rättighetsskydd i lagstiftningsproceduren är krav på kvalificerad majoritet (eller folkomröstning) för antagande av rättighetsbegränsande lagar.[43]

Det sagda ger vid handen att en stat kan binda sig själv, och förhindra att lagar stiftas som strider mot de överordnade konstitutionella normerna, främst på tre olika sätt: Genom att ge någon eller alla domstolar rätt att vägra tillämpa lagar som domstolen anser vara grundlagsstridiga, genom ett inbyggt rättighetsskydd i lagstiftningsproceduren (med olika former av minoritetsskydd eller preventiv normkontroll)[44] eller genom erkännande av internationella konventioner, vilka införlivas i den nationella rättsordningen och ges konstitutionell status (eller åtminstone företräde framför vanlig lag).[45] I den internationella litteratur som ägnats konstitutionellt rättighetsskydd tycks råda viss enighet om att lagprövningsrätt för domstolar är den effektivaste och på många sätt lämpligaste formen av rättighetsskydd. Bundenhet vid internationella konventioner är ett specialfall, som ligger lite vid sidan om statens interna, rättsliga skyddsmekanismer. Det är dock påfallande att den preventiva normkontrollen har så få försvarare.

I den amerikanska doktrinen har preventiv normkontroll aldrig stått högt i kurs. Felix Frankfurter gick i två artiklar på 1920-talet till storms mot tanken att domare skulle involveras i lagstiftningsarbetet genom att granska olika lagförslags grundlagsenlighet. På detta sätt skulle enligt Frankfurter lagstiftarens ansvar för sina produkter minska, samtidigt som domarna blev alltför mycket indragna i det politiska spelet. Den stora

41. Jfr Karl-Göran Algotsson, Medborgarrätten och regeringsformen, Stockholm 1987 s. 14 f.
42. Se Constitutionalism: An analytic framework, i Nomos XX, New York 1979 s. 196 o. 200. Jfr även Curt Olsson, Om lagprövning, JFT 1994 s. 487 f, där en liknande indelning görs.
43. Se allmänt härom Friedrich, Limited Government s. 46 ff. Jfr om Danmark i kap. 4.
44. Ett specialfall utgörs av det finska systemet; se härom kap. 6.
45. En modell eller ett schema för olika former av rättighetsskydd, som bygger på samma indelning som valts här, ges av Martin Scheinin i Legal Protection of Human Rights and Different Conceptions of Democracy, ARSP, Beiheft Nr. 41, Stuttgart 1990 s. 70. Ett något annorlunda schema, som dock endast avser det rättighetsskydd vilket erbjuds i själva grundlagstexten, presenteras av Algotsson, a.a. Se närmare om bundenheten vid internationella konventioner nedan i 1.4.2.2.

nackdelen med preventiv normkontroll var emellertid att frågan om en lags grundlagsenlighet här prövades *in abstracto*, innan effekterna av lagen kunnat studeras i ett konkret fall. »Concepts like »liberty» and »due process» are too vague in themselves to solve issues. They derive meaning only if referred to adequate human facts.»[46] Traditionen håller i sig; William J. Brennan gick sextio år senare till attack mot preventiv normkontroll med nästan identiska argument.[47] Även i Europa har den uppfattningen att en lagprövningsrätt för domstolarna erbjuder den effektivaste formen av rättighetsskydd dominerat, ända sedan 1920-talet, när Kelsen i Österrike var primus motor bakom Europas första författningsdomstol.[48] Eivind Smith menar t.ex. att en preventiv kontroll visserligen kan leda till att omstridda grundlagsfrågor blir snabbt avklarade och att grundlagsstridiga delar av en lag kan utelämnas från den slutliga lagtexten, men betonar samtidigt att lagens verkningar i praktiken, sedda över en längre tid, inte kan tas med i bedömningen.[49]

Uppfattningen att preventiv normkontroll aldrig kan bli ett fullvärdigt alternativ till domstolarnas lagprövningsrätt, eftersom de som har att göra denna preventiva bedömning aldrig kan ta hänsyn till hur lagen verkligen fungerar, dominerar helt i doktrinen. Detta är i och för sig riktigt, men bör kanske ändå vägas mot fördelarna med att vissa grundlagsstridiga lagar aldrig antas. Att rena maktdelningsaspekter talar mot preventiv normkontroll, som Frankfurter framhöll, är emellertid klart.

I denna avhandling studeras ett antal olika exempel på lagprövningsrätt men bara två exempel på preventiv normkontroll, nämligen C.C. och lagrådet.[50] Det bör då betonas att dessa är sinsemellan mycket olika[51]; C.C. granskar lagar som antagits av parlamentet men ännu inte undertecknats av presidenten och därför inte promulgerats, medan lagrå-

46. A Note on Advisory Opinions, Harv.L.Rev. 1923-24 s. 1004-05, se även Advisory Opinions, i Enc. of Soc.Sc., Vol. I, London 1930 s. 478.
47. Se Why have a Bill of Rights?, Oxford Journal of Legal Studies 1989 s. 427: »...the importance of passing judgment on the propriety of legislation or government conduct in a concrete factual setting cannot be overestimated; not all laws are meaningfully subject to challenge before they have been placed in operation and their ramifications become plain, which is all that an advisory body passing on proposed legislation could consider.» – Här kan också nämnas att Samuel Freeman med hänvisning till effektivitetsskäl kritiserat tanken på kvalificerade majoriteter i parlamentet som ett verksamt inslag i rättighetsskyddet; se Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review, Law and Philosophy 1990-91 s. 354. Även en i USA bosatt landsflyktig tysk som Carl J. Friedrich pekade på lagprövningsrätten som den enda effektiva formen av rättighetsskydd; se Constitutional Government and Democracy s. 256 f o. 265.
48. Jfr Kelsen, La garantie... s. 76 o. 89.
49. A.a.s. 39. Smith menar t.o.m. (s. 17) att domstolsprövning av lagarnas grundlagsenlighet är det enda av de två huvudalternativen »som ikke vilkårsløst overlater til det politiske flertall som til enhver tid sitter, selv å håndheve konstitusjonelle normer.» Såtillvida, menar han, »er slik adgang nødvendig før å gjøre grunnloven »overordnet» den alminnelige lovgivning.» Detta är dock en överdrift; varken krav på kvalificerad majoritet i den lagstiftande församlingen eller preventiv normkontroll av något oberoende organ, som verkligen har makt att förhindra att grundlagsstridiga lagar antas, innebär att villkorslös makt överlämnas till den sittande majoriteten. Detta tycks Smith också vara införstådd med när han senare (s. 326) skriver att det »først og fremst» är domstolar som kan tillvarata behovet av rättighetsskydd. Smith räknar dock (se s. 17 f o. 33 ff samt nedan) C.C. till de organ som ägnar sig åt domstolskontroll av lagar, vilket förklarar det gjorda uttalandet men i sak är tveksamt.
50. Se dock även kap. 4 om minoritetsskyddet i den danska grundlagen och kap. 6 om det finska Grundlagutskottet. Något av en mellanställning intar vidare den abstrakta normkontrollen, som här bara behandlas i sin tyska form (se kap. 7.3.4.2). Vid abstrakt normkontroll kan normalt lagens praktiska verkningar studeras, men inte dess effekter i det konkreta fallet.
51. Se vidare nedan i 8.5.1 o. 19.4.

det granskar regeringsförslag, i allmänhet på regeringens begäran. Den viktigaste skillnaden är emellertid maktaspekten; om C.C. finner en lag grundlagsstridig kan denna inte promulgeras, medan lagrådet helt saknar sådan makt och bara är ett rådgivande organ. Lagrådets möjlighet att bidra till ett effektivt rättighetsskydd är alltså avsevärt mindre, men det har långtifrån varit betydelselöst.[52] Trots de grundläggande skillnader mellan C.C. och lagrådet som är lätta att finna[53], kan den gemensamma nämnaren för de bägge organen framhållas; båda ägnar sig åt granskning av lagar som ännu inte trätt i kraft.[54] Prövningen av en lag eller ett lagförslag sker *a priori,* innan lagens konkreta verkningar kunnat studeras. Det är därför enligt min mening ingen tvekan om att C.C., som överhuvudtaget inte är någon domstol, måste räknas till de organ som utövar en preventiv normkontroll snarare än till författningsdomstolarna, även om rådet sannolikt har lika mycket makt som många författningsdomstolar. Denna distinktion mellan C.C. och författningsdomstolar av traditionellt slag är dock inte så vanlig i den internationella doktrinen; i många samlingsverk och översikter jämställs C.C., kanske främst av praktiska skäl, med författningsdomstolar i andra länder.[55] Rådet framstår där helt enkelt som Frankrikes författningsdomstol. Även i Eivind Smiths breda framställning om lagprövningsrätt från 1993, Høyesterett og folkestyret, framställs C.C. på detta vis.[56] Även om C.C. från flera olika utgångspunkter kan **analyseras** på samma sätt som en författningsdomstol, t.ex. beträffande dess maktställning, demokratiska legitimitet eller lagtolkningsmetoder, är denna tendens att utan vidare jämställa C.C. med en författningsdomstol enligt min mening missvisande.[57]

52. Se kap. 17.1.2.
53. Se t.ex. Smith, Recension av Nergelius, Komparativ statsrätt, TfR 1994 s. 258 f.
54. Jfr David Feldman, Civil Liberties & Human Rights in England & Wales, Oxford 1993 s. 59, som starkt betonar att C.C. inte ägnar sig åt judicial review. Se även Louis Favoreu, La légitimité du juge constitutionnel, RIDC 1994 s. 562 o. 564: »Le contrôle préventif ou *a priori* fait moins l'objet d'un procès que d'une condamnation sans procès...le législateur reste maître des corrections à apporter à son texte qui ensuite aura un caractère définitif et inattaquable, du moins dans le système français.» Dominique Rousseau finner häri (i Droit du contentieux constitutionnel, 3 uppl, Paris 1993 s. 157) »le trait distinctif et original du contrôle français de constitutionnalité».
55. Se t.ex. Eivind Smith, Rettslig håndhevning av konstitusjonelle normer – i Europa och i Norge, TfR 1983 s. 77-133, Louis Favoreu, Les cours constitutionnelles, Paris 1986, Favoreu/Jolowicz, Le contrôle juridictionnel des lois, Paris/Aix-en-Provence 1986, C. Starck/ A. Weber, Verfassungsgerichtbarkeit in Westeuropa, Favoreu (utg.), Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Aix-en-Provence 1982 samt den av C.C. utgivna Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: Concurrence ou complementarité? IX Conférence des cours constitutionnelles européennes, Paris 1993. En mer nyanserad framställning, där det betonas att C.C. från början snarast var tänkt som motsatsen till en författningsdomstol men sedan ändå kommit att likna en sådan, ges av Pierre Bon i Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des Cours Constitutionnelles Européennes, REdDC 1991 s. 45-72. Bon menar dock samtidigt (s. 65 ff) att C.C. för att bli mer likt en verklig författningsdomstol borde reformeras ytterligare.
56. Se t.ex. s. 33 ff. Detta är förvånande mot bakgrund av att Smith samtidigt (s. 39) framhåller det faktum att lagens praktiska verkningar kan tas med i bedömningen som en av domstolsprövningens stora fördelar i förhållande till den preventiva normkontrollen.
57. Jfr till det sagda Pierre Avril/Jean Gicquel, Le Conseil Constitutionnel, 2 uppl, Paris 1993 s. 8: »A la difference des tribunaux européens...cet organe a pour fonction spécifique d'en apprécier (dvs lagen, min anm) la conformité à la Constitution; il se trouve, de ce fait, amenée à intervenir dans le processus de décision politique, au même titre que les autres acteurs de la vie publique, quoique selon des modalités différentes.»

Mer tveksamt är vilken betydelse lagrådet, vars laggranskning enligt RF 8:18 inte direkt givits någon markerad eller framskjuten position i det svenska statsskicket, kan sägas ha, liksom vilken plats som tillkommer lagrådet i denna avhandling. Genomgången nedan i kap. 17-18 visar dock att lagrådet, trots sin formellt svaga position, åtminstone under det senaste decenniet haft större konkret betydelse för rättighetsskyddet i Sverige än domstolarna haft genom sin lagprövningsrätt. Detta säger kanske mer om domstolarnas försiktighet än om lagrådets makt, men lagrådets inflytande har under det senaste decenniet tydligt ökat. Ett uttalande från lagrådet om att en föreslagen lags grundlagsenlighet är tveksam har riksdagsmajoriteten i dag svårt att ignorera. Vad som blev tydligt i maj 1995, när lagrådet bedömde ett regeringsförslag om kommunal skatteutjämning som grundlagsstridigt[58], är att ett tydligt uttalande från lagrådet om att grundlagsstridighet föreligger av allmänhet, journalister och även politiker betraktas som svårt för riksdagsmajoriteten att kringgå (trots att detta formellt är fullt möjligt).[59] Förslaget i fråga blev också föremål för omredigering.[60]

Denna debatt visar, i förening med de svenska domstolarnas alltjämt starka motvilja mot att utöva någon form av lagprövning (inklusive s.k. grundlagskonform lagtolkning)[61], att frågan om en vetorätt för lagrådet, kanske som ett alternativ till utvidgad lagprövningsrätt för domstolarna, måste diskuteras på ett mer allvarligt sätt än tidigare. En av de ledande skeptikerna mot utvidgad lagprövningsrätt i svensk doktrin, Bertil Bengtsson, har tidigare förklarat att en vetorätt för lagrådet – som han i och för sig avvisade – har klara fördelar jämfört med ökad lagprövningsrätt inte minst av rättssäkerhetsskäl, eftersom den situationen att en lag som en part i ett mål förlitat sig på underkänns då aldrig behöver uppstå.[62] Överhuvudtaget tycks, vilket den senaste debatten om lagrådet visat, den mentala beredskapen bland breda lager av jurister, politiker och allmänhet i Sverige vara något bättre för att acceptera en vetorätt för lagrådet än för att fördra en lagprövningsrätt för domstolarna.[63] *De lege ferenda* måste därför möjligheten att lagrådet skulle kunna bli en svensk motsvarighet till C.C. diskuteras[64], även om skillnaderna mellan de bägge organen i dag är så stora att någon egentlig jämförelse dem emellan är omöjlig att göra.

58. Yttrande den 12 maj 1995. Förslaget ansågs strida mot RF 1:7.
59. Se t.ex. CG Kjellander, Lagrådets beslut måste respekteras, DN 16/5 samt uppgifter i samma tidning den 18 maj om en stundande intern partirevolt inom socialdemokratin i fall regeringen trots lagrådets avvisande skulle försöka genomföra förslaget. Däremot har ännu ingen mer ingående juridisk diskussion om lagrådsyttrandets innebörd och konsekvenser förts.
60. Det kan nämnas att även KU (efter lagrådets granskning) avvisade förslaget; se KU 1994/95:6y. Det nya förslaget godkändes av lagrådet i ett yttrande den 13 oktober 1995, trots att förändringarna jämfört med det ursprungliga förslaget var rent tekniska. Som lagrådet konstaterade kan dock den tekniska lösningen ha stor betydelse för förslagets grundlagsenlighet.
61. Jfr nedan i 18.2.4, 18.3.2 och 19.5.
62. Se Om domstolarnas lagprövning, SvJT 1987 s. 241 f.
63. Det sagda gäller även med beaktande av riksdagsledamotens Jan Bergqvist (s) vredesutbrott mot lagrådet i riksdagen den 13 juni 1995 (se Prot. 1994/95:119 s. 23 ff). En enskild riksdagsledamots ogillande av ett beslut som gått honom emot ändrar inte huvudintrycket, och dessutom var utsikten att domstolar skulle komma att åsidosätta lagen därest den inte ändrades sannolikt en av de »hotbilder» som starkast bidrog till att förslaget arbetades om. Tendensen illustreras också av att en av de ledande politiker som starkast argumentet mot ökad lagprövningsrätt för domstolarna, KU:s förre vice ordförande Bertil Fiskesjö (c) i riksdagen motionerat om en vetorätt för lagrådet i grundlagsfrågor (Mot.1986/87:K232).
64. Se nedan i kap. 19.4.

Lagprövningsrätt för domstolar är dock den vanligaste formen av rättighetsskydd. I den internationella doktrinen finns ett stort antal verk som behandlar och jämför författningsdomstolar och andra former av lagprövningsrätt, medan betydligt mindre skrivits om den preventiva normkontrollen. Det är också judicial review som givit upphov till de livligaste diskussionerna om domstolars politiska makt och om rättighetsskydd som en begränsning av eller rentav ett hot mot demokratin. I denna avhandling behandlas som framgått också övriga former av konstitutionellt rättighetsskydd, men lagprövningsrätten framstår som den viktigaste formen och ges störst utrymme.

Den stat som vill uppnå ett optimalt rättighetsskydd borde givetvis införa både lagprövningsrätt för domstolarna och ett starkt organ för att handha den preventiva normkontrollen. Detta tycks dock vara ovanligt och under alla omständigheter finns ej något sådant rättssystem bland de här undersökta. I Frankrike, där den preventiva normkontrollen är mycket stark, saknar domstolarna lagprövningsrätt, medan flertalet övriga stater helt saknar preventiv normkontroll. Sverige framstår som en hybrid genom den parallella existensen av ett inte alltför mäktigt lagråd och en lagprövningsrätt för domstolarna, vilken är snävt utformad och sparsamt utnyttjad. Varken i lagstiftningsprocessen – där det också finns vissa procedurregler för antagande av rättighetsbegränsande lagstiftning – eller i domstolsarbetet är därför det svenska rättighetsskyddet särskilt starkt.

Vidare bör understrykas att den enskilde individens skydd mot **lagstiftarens** eventuella begränsningar av hans rättigheter är avhandlingens huvudfråga.[65] Detta överensstämmer för övrigt med vad som sades i föregående avsnitt om avhandlingens (stats)teoretiska huvudsyfte, dvs att penetrera konflikten mellan majoritetens bestämmanderätt och den enskildes krav på skydd för sina rättigheter. Härav följer att ett antal andra i sammanhanget intressanta frågor, t.ex. om juridiska personers rättigheter eller om den enskildes skydd mot andra privatpersoner eller privaträttsliga subjekt (den s.k. *Drittwirkung*-problematiken) kommer att studeras mer flyktigt.[66] S.k. kollektiva rättigheter behandlas inte alls. Det kan också poängteras att arbetet helt ägnas åt situationen under normala, fredstida förhållanden i de respektive staterna; olika länders undantagslagstiftningar har jag överhuvudtaget inte satt mig in i.[67]

1.4 Vissa avgränsningsfrågor och förtydliganden

1.4.1 Allmänt om förhållandet mellan statsrätt och statsteori

Som tidigare angivits är detta en statsrättslig, komparativ undersökning som baseras på i huvudsak juridiskt material. Detta hindrar dock inte att vissa besvärliga avgränsnings-

65. Jämte skyddet för minoriteten; jfr ovan i n. 15 om innebörden härav.
66. I kap. 19.9 behandlas dock frågan om Drittwirkung i svensk rätt, de lege lata och de lege ferenda, tämligen ingående. Se om skillnaden mellan olika slags rättigheter, t.ex. mellan politiska och civila respektiva sociala och ekonomiska, nedan i avsn. 1.6.
67. Dessutom kan understrykas att avhandlingen, vilket torde ha framgått, endast ägnas åt förhållandena i ett antal demokratiska rättsstater, där det finns anledning att räkna med att domstolar och andra myndigheter, liksom medborgarna i gemen, normalt respekterar och lyder lagen. Därför saknas också anledning att närmare diskutera frågor om civil olydnad o.dyl.

frågor kan uppstå, till att börja med främst av terminologisk natur. Problemen gäller inte i första hand definitionen av statsrätten, som enkelt uttryckt kan sägas vara den juridiska disciplin inom vilka grundlagarna och övriga konstitutionella normer studeras.

Alf Ross poängterade starkt att själva statsbegreppet i stort sett lyser med sin frånvaro inom statsrätten. I stället används ofta andra beteckningar för att karakterisera det handlande statsorganet, t.ex. »lagstiftaren», »kungen» eller »folketinget». »Staten» som sådan tycks däremot vara förutsatt i **själva ämnets** definition, varför det på något sätt är höjt över ämnesdisciplinen »statsrätt» och inte i behov av någon närmare definition inom ramen för detta ämne.[68] Detta var emellertid enligt Ross helt i sin ordning, eftersom det inte gick att ersätta termen »staten» med någon synonym:

> Der findes intet statsbegreb – indeholdt i den sprogbrug der her analyseres – der kan defineres efter formlen: »staten er...» eller »ved staten forstår man...[69]

Att här försöka definiera vad staten är skulle sannolikt föra för långt, men det är möjligt att Ross något överskattade de svårigheter som är förenade härmed.[70] Vad han däremot hade rätt i är att detta inte i första hand är en uppgift för statsrätten, utan ligger närmare till hands för statsteorin eller statsvetenskapen.

Statsteori uppfattas i tysk doktrin, där statsvetenskapen spelar en underordnad roll, normalt som den mer teoretiska grenen av statsrätten.[71] I svensk rätt, där hela statsrätten är en underutvecklad disciplin, torde det för närvarande inte finnas plats för någon självständig, teoretisk gren av statsrätten vid sidan av den övriga statsrättsliga doktrinen. I stället hänvisas statsteorin antingen till statsvetenskapen eller den allmänna rättsläran (eller möjligen idéhistorien), i den mån det i dessa ämnen ges utrymme för politisk teori.

Statsrätten är en del av den offentliga rätten och kan med Ross' enkla definition sägas gälla den offentliga rättens allmänna principer samt reglerna om de översta statsorganen.[72] Ross' definition är dock onödigt snäv och missar några av statsrättens centrala egenskaper. Sålunda är det enligt min mening naturligare att betona statsrättens samband med grundlagen. Statsrätten är den juridiska disciplin där grundlagens, den högsta rättsnormens innehåll studeras, oavsett om denna endast innehåller regler om »de

68. Se Statsretlige studier, Köpenhamn 1959 s. 8 f.
69. Ibid s. 18.
70. Se t.ex. Rex Martin, a.a.s. 5 ff, där en stat anges kunna beteckna antingen ett politiskt organiserat samhälle eller ett organ med förmåga att stifta lagar. Som karakteristiskt för en stat framhäver Martin tre egenskaper, nämligen förmågan att utfärda lagar och andra regler, det faktum att dessa i allmänhet efterlevs samt ett faktiskt monopol på våldsanvändning mot dem som trots allt bryter mot reglerna. Se även Patrick Dunleavy/Brendan O'Leary, Theories of the State – The politics of liberal democracy, London 1987 s. 2, där den moderna staten karakteriseras av fem egenskaper, bland vilka märks beskattningsmakt och suveränitet över alla medborgare, inklusive makthavarna själva.
71. Se t.ex. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2 uppl, München 1984 s. 45 ff.
72. Se Ross, Dansk statsforfatningsret, 3 uppl, Köpenhamn 1980 s. 14. (Termen »offentlig rätt» kan med denna definition ses antingen som en samlingsbeteckning för de bägge juridiska disciplinerna statsrätt och förvaltningsrätt eller också sättas i motsats till civilrätt och därför även inkludera skatterätt, processrätt m.m.)

översta statsorganen» eller om den också räknar upp medborgarnas rättigheter.[73] En annan sak är att det finns lagar som hör till statsrätten trots att de saknar konstitutionell status; exempel från Sverige är Vallagen eller Lagen om lagrådet.

Vad som är särskilt iögonenfallande med statsrätten jämfört med andra juridiska discipliner är dess omedelbara samband med det politiska livet. Statsrätten innehåller en mängd regler av stor politisk betydelse, t.ex. om hur regering och riksdag väljs, hur lagar stiftas osv. Att tänka sig en statsrätt lösgjord från denna politiska dimension och fri från politiska implikationer är i själva verket omöjligt. Emellertid är det viktigt att komma i håg att statsrätten trots detta förblir en juridisk disciplin, som till stor del ägnas tolkningen och tillämpningen av normer. Det är inte rimligt att i statsrätten avstå från vissa argument, eller en viss tolkning av en lag, därför att argumentationen kan antas få politiska konsekvenser. Statsrättens politiska anknytning hindrar inte att tolkning och tillämpning av statsrättsliga regler bör präglas av traditionell juridisk metod och att statsrättsliga framställningar bör syfta till tolkning och systematisering av gällande rätt på området.[74]

Mot bakgrund härav kan frågan ställas om det är möjligt att utreda förhållandet mellan statsrätt och statsvetenskap. Den grundläggande skillnaden dememellan är givetvis att statsrätten är en juridisk vetenskapsgren, en normvetenskap, som därför i enlighet med vad som nyss nämndes är bunden vid den juridiska metoden som arbetsredskap.[75] Statsvetenskap är däremot typiskt sett en mer empiriskt inriktad samhällsvetenskap. På grund av statsvetenskapens mycket breda och heterogena karaktär är det i dag svårt att på samma sätt som i viss äldre doktrin[76] försöka dra en bestämd gräns mellan statsrätt och statskunskap. Vad som kan fastslås är bara att statsrätten som normvetenskap måste skiljas från all beskrivning, analys eller kritik av den politiska processen[77] respektive från olika politologiska ansatser.[78]

73. För Ross var uppenbarligen den förra typen av regler av större betydelse. Stern (a.a.s. 78 ff) för ett längre resonemang om vilka materiella rättsliga krav som kan ställas på en författning värd namnet och menar (s. 94) att endast den grundlag där medborgarnas rättigheter gentemot staten preciseras är en »wahre» und vollständige Verfassung». I samma anda menade Friedrich att konstitutionens främsta syfte var att skydda individerna mot ingrepp i deras skyddade privatsfär; se Constitutions and Constitutionalism, i Enc. of Soc.Sc., Vol 3, London 1968 s. 319. Oavsett vilken uppfattning som är den rätta om vilka grundlagsregler som är verkligt väsentliga, Ross' formella eller Sterns och Friedrichs mer materiella, kvarstår dock faktum att statsrätten är det ämne där grundlagsreglerna studeras. En annan sak är att det möjligen kan hävdas att det i dagens västliga demokratier finns ett underförstått krav på att grunddragen i förhållandet mellan staten och medborgaren skall regleras i en konstitution. Inte heller detta är emellertid säkert; i Storbritannien finns ju överhuvudtaget ingen skriven grundlag.
74. Se till det sagda Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991 s. 20 f o. 25 ff.
75. Jfr Böckenförde, a.a.s. 18.
76. Se t.ex. Castberg, a.a.s. 151 f, C.A. Reuterskiöld, Statsrätt och statskunskap, TfR 1929 s. 70 ff och Nils Stjernquist, Statsrätt och statskunskap, i Festskrift till Poul Andersen, Köpenhamn 1958 s. 371.
77. Jfr Böckenförde, a.a.s. 18.
78. Jfr Jens Peter Christensen, Forfatningsretten og det levende liv, Köpenhamn 1990 s. 167 ff. Denna distinktion återspeglar f.ö. i viss mån en mycket klassisk terminologi inom statsteorin, lanserad av Georg Jellinek, enligt vilken staten kan studeras från två perspektiv; antingen som en modell för mänsklig samlevnad, varvid de faktiska förhållandena står i förgrunden, eller som en rättslig institution. Se Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2 uppl, Berlin 1905 s. 10 f. Jfr även Bobbio, Democracy and Dictatorship s. 47: »This reconstruction of the state as a legal

1.4.2 Avgränsning mot folkrätten

1.4.2.1 ALLMÄNT

Särskilt i vår tid, när övernationella domstolar som ECtHR fått stor praktisk betydelse för rättighetsskyddet i de länder som underkstat sig domstolens jurisdiktion, finns det anledning att behandla frågan om förhållandet mellan konstitutionell och internationell rätt[79], varvid givetvis främst folkrätten är av intresse. Denna fråga har många olika juridiska, principiella och politiska aspekter, som på olika sätt berör staternas suveränitet. Här kan dock endast frågan om de mänskliga rättigheternas ställning i de båda disciplinerna behandlas närmare.

Det finns i dag, parallellt med eller som ett komplement till det konstitutionella skydd som finns på nationell nivå, ett omfattande rättighetsskydd i den internationella rätten. Detta skydd, som finns både på global och regional nivå, har vuxit fram efter andra världskriget, i huvudsak inom ramen för samarbetsorgan som det globala FN och det regionala Europarådet; även de regionala rättighetskonventioner som finns t.ex. i Afrika och inom de amerikanska staternas samarbetsorganisation kan nämnas i sammanhanget. Framväxten av detta rättighetsskydd bygger på en utveckling av folkrätten, som historiskt sett endast ansågs ge stater rättigheter och förpliktelser mot varandra; att folkrätten också kunde leda till förpliktelser för stater gentemot individer är en syn som vuxit fram under 1900-talet, särskilt under efterkrigstiden. Den traditionella uppfattningen inom folkrätten är att staternas behandling av sina medborgare tillhör deras inre angelägenheter, som andra stater inte kan ha synpunkter på.[80]

Det är lätt att se att olikheterna mellan det konstitutionella och det internationella rättighetsskyddet är betydande. Visserligen tillerkänns individer i stor utsträckning samma rättigheter i de bägge systemen, men i formerna för övervakning och rättslig kontroll finns tydliga skillnader, liksom beträffande effektiviteten i de bägge skyddsmekanismerna. Generellt sett präglas det internationella rättighetsskyddet av mycket låg effektivitet. Det enda synliga undantaget är den rättspraxis, baserad på ECHR, som utvecklats av ECtHR. Just denna skillnad i effektivitet och praktisk betydelse mellan det regionala folkrättsliga rättighetsskyddet i Europa och övriga former av internationellt rättighetsskydd antyder att svagheterna i det internationella skyddet har två orsaker: Dels att det skydd som byggts upp exempelvis inom FN och i princip är tänkt att vara världsomfattande omfattar en mängd olika länder, med olika traditioner och olika inställning till idén om mänskliga rättigheter, medan det överstatliga rättighetsskyddet i t.ex. Europa omfattar mer homogena stater med likartade traditioner och förhållandevis stor respekt för mänskliga rättigheter i traditionell bemärkelse. Dels saknas inom FN-systemet lika effektiva skyddsmekanismer, i form av t.ex. en domstol för övervakning av de mänskliga rättigheternas efterlevnad, som finns i Europa.

Generellt kan det internationella rättighetsskyddet beskrivas som svagare än det kon-

structure, however, should not allow us to forget that the state, through law, is also a form of social organization and as such cannot be dissociated from society and from underlying social relations.»

79. Se för en hänvisning till litteratur där detta ämne behandlats Felix Ermacora, General Problems of Relations between Constitutional Law and International Law, i The New Constitutional Law, Fribourg 1991 s. 267 n. 1-2.
80. Jfr t.ex. Torkel Opsahl, Idéen om menneskerettighetene, Jussens Venner 1981 s. 272 f.

stitutionella. Det regionala europeiska överstatliga rättighetsskyddet är dock starkare än någon annan form av internationellt rättighetsskydd. Vissa av de nedan berörda svagheterna i det internationella rättighetsskyddet gäller därför alla former av sådant skydd, medan andra åtminstone inte gäller den kontroll som på europeisk nivå sker av att ECHR efterlevs.

Rättighetsskyddet inom FN är det mest utvecklade och sannolikt det viktigaste världsomfattande internationella rättighetsskyddet. Till detta skydd kan räknas dels existensen av en mängd olika rättighetsdeklarationer och konventioner, t.ex. 1948 års deklaration om de mänskliga rättigheterna eller 1951 års Genèvekonvention om flyktingar, dels det mer utvecklade skyddssystem som byggts upp för att främja efterlevnaden av 1966 års konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. Några ord kan sägas om det senare, som alltså erbjuder de mest utvecklade skyddsmekanismerna inom FN-systemets ram.

För övervakning av att den nämnda konventionen från 1966 efterlevs har inrättats en särskild kommitté med arton ledamöter (se art. 28 i konventionen). Enligt art. 41 kan alla stater som anslutit sig till konventionen förklara att de erkänner kommitténs rätt att pröva klagomål *från en annan stat* om att staten i fråga brutit mot konventionen. Om de bägge staterna inte enas på egen hand skall kommittén enligt art. 41 st. 1 e. erbjuda sina tjänster i syfte att uppnå en »vänlig lösning» mellan staterna, grundad på respekt för de mänskliga rättigheterna. Om någon lösning inte nås skall kommittén avge en rapport med en redogörelse för förhållandena (art. 41 st. 2). Eventuellt kan även en förlikningskommission med liknande uppgifter och befogenheter tillsättas, jfr art. 42. Enligt det första tilläggsprotokollet till konventionen har enskilda stater därutöver möjlighet att erkänna även individuell klagorätt till kommittén.[81] Om denna klagorätt godkänts kan kommittén pröva klagomål från enskilda individer i vederbörande stat vilka påstår att deras i konventionen garanterade rättigheter kränkts, under förutsättning att inhemska rättsmedel uttömts och att samma ärende inte är föremål för någon annan form av internationell undersökning (se art. 5 i tilläggsprotokollet). Efter granskningen överlämnar kommittén sina synpunkter till berörda stat och individ. Detta rättighetsskydd kan knappast sägas vara särskilt starkt.[82]

Folkrätten skapar i första hand rättigheter och skyldigheter mellan stater; även om ett antal rättigheter för enskilda människor skrivs in i olika internationella konventioner, och därmed för den stat som ratificerar konventionen skapar en folkrättslig skyldighet gentemot andra undertecknande stater att respektera rättigheterna, så blir dessa egentligen möjliga för enskilda att göra gällande först när en stat erkänt att ett internationellt organ, som ECtHR, får någon form av jurisdiktion över staten i fråga. Hittills har få stater varit beredda att göra detta; erfarenheten visar att det är lättast att etablera denna

81. Per den 1 juli 1994 hade 127 stater ratificerat konventionen och 76 stater ratificerat det första tilläggsprotokollet.
82. Hans Danelius framhäver som särskilda svagheter i kontrollsystemet problemet med de anslutna staternas stundtals bristande lojalitet samt det faktum att kommitténs prövning inte mynnar ut i något bindande beslut. Enligt Danelius har kommittén från 1977 till 1992 registrerat 514 klagomål avseende 42 olika stater, vilket är ett mycket lågt antal jämfört med omfattningen av verksamheten vid konventionsorganen i Strasbourg. Se närmare Mänskliga rättigheter, 5 uppl, Stockholm 1993 s. 22 f. Vid beaktande av att övriga av FN antagna rättighetsregler övervakas ännu mindre måste man göra bedömningen att det internationella rättighetsskyddet är svagt. B.G. Ramcharan har beskrivit situationen för de mänskliga rättigheterna inom FN på följande sätt: »In the United Nations protection is still secondary to promotion. The United Nations promotes better than it protects...It is more 'encouragement' than protection. It emphasizes dialogue, persuasion and co-operation.» Se The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights – Forty Years after the Universal Declaration, Dordrecht 1989 s. 355.

form av kontrollorgan i en viss region eller del av världen, där ett antal länder har likartade värderingar om människors rättigheter.[83] Denna empiriska slutsats är dock inte liktydig med den värderelativistiska uppfattningen att de mänskliga rättigheterna blott är giltiga i en viss kulturkrets eller en viss del av världen, utan enbart ett konstaterande av vissa praktiska problem i det internationella rättighetsskyddet.

Det sagda innebär inte heller att det internationella rättighetsskyddet är meningslöst. Tvärtom är det givet att det skydd, eller åtminstone den reglering av mänskliga rättigheter som under efterkrigsperioden vuxit fram i den internationella rätten kan ha en mängd positiva effekter; ett svagt rättighetsskydd är att föredra framför inget alls.[84] Det internationella rättighetsskyddet bör kanske främst ses som ett komplement till det konstitutionella: Huvudansvaret för efterlevnaden och respekten för de mänskliga eller medborgerliga rättigheterna åvilar de enskilda staterna. Dessa måste säkerställa att rättigheterna respekteras och verkligen går att utnyttja för de individer som har behov härav. Det internationella skyddet kan vara ett kompletterande skydd i de fall de enskilda staterna inte fullföljer sina förpliktelser (och även bidra till att globalt främja rättighetsideérna och de värden dessa är uttryck för).[85]

Trots att det internationella rättighetsskydd som finns i Europa sannolikt är betydligt effektivare än andra former av internationellt rättighetsskydd gäller de nämnda principerna om förhållandet mellan konstitutionellt och internationellt rättighetsskydd i princip även i Europa, såvitt avser förhållandet mellan ECHR/ECtHR och det konstitutionella rättighetsskyddet i enskilda länder. Det skydd som ECtHR upprätthåller av rättigheterna i ECHR är, även om det i praktiken kan vara lika betydelsefullt[86], i grunden subsidiärt till det konstitutionella skyddet i enskilda länder[87] (varvid kan erinras om att ECtHR i de stater **där den införlivats** i nationell rätt enligt den definition som angivits ovan i 1.3 räknas till det konstitutionella skyddet). Den medborgare i en europeisk stat som anser sig ha fått sina rättigheter kränkta måste ha uttömt alla inhemska rättsmedel innan han kan föra sin sak till konventionsorganen i Strasbourg. Ifrågavarande individs

83. Jfr till det sagda Henkin, The Age of Rights s. 21, 26 o. 35, Nino, The Ethics of Human Rights s. 3 samt Eibe H. Riedel, Assertion and Protection of Human Rights in International Treaties and their Impact in Basic Law, i C. Starck (utg.), Rights, Institutions and Impact of International Law according to German Basic Law – The contributions of the Federal Republic of Germany to the Second World Congress of the International Association of Constitutional Law, Baden-Baden 1987 s. 203.
84. Jfr Riedel a.a.s. 203 f.
85. Jfr till det sagda Henkin, a.a.s. 17 och 32, Ramcharan a.a.s. 356, Riedel s. 204, R. Bernhardt/H. Petzold, Cour Européenne des droits de l'homme, i Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, IX Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris 1993 s. 662 och Jacques Robert, Constitutional and International Protection of Human Rights: Competing or Complementary Systems, HRLJ 1994 s. 7.
86. Huruvida så är fallet beror naturligtvis på hur välutvecklat det konstitutionella rättighetsskyddet är i landet i fråga. I Tyskland har t.ex. det internationella rättighetsskyddet och avgöranden från ECtHR spelat tämligen liten roll för rättsutvecklingen, eftersom författningsdomstolens praxis och befogenheter är så omfattande. Däremot har ett antal fällande domar från ECtHR spelat en inte obetydlig roll för utvecklingen av den svenska konstitutionella rätten under det senaste decenniet.
87. Jfr bl.a. Iain Cameron/Maja Kirilova Eriksson, An Introduction to the European Convention on Human Rights, Uppsala 1993 s. 27 o. 44, Bernhardt/Petzold, a.a.s. 697 f och Stefan Trechsel, Commission Européenne des droits de l'homme, i Protection constitutionnelle et protection internationale des Droits de l'homme s. 644.

första åtgärd måste därför vara att försöka få en rättelse till stånd inför de nationella organen; det är först när detta misslyckas som det internationella (här europeiska) rättighetsskyddet kan få betydelse.[88] Trots ökad måltillströmning i Strasbourg under senare år är det av allt att döma också mycket sällan som frågor om rättighetskränkningar förs till konventionsorganen, jämfört med den mängd frågor av detta slag som prövas av nationella organ i olika europeiska länder. Åtminstone jämfört med de författningsdomstolar som finns i olika europeiska länder märks också den skillnaden att ECtHR inte kan ogiltigförklara en nationell lag eller åsidosätta ett avgörande eller beslut som strider mot ECHR, utan endast förklara att konventionen kränkts (varefter de enskilda länderna enligt art. 53 ECHR är förpliktade att efterleva avgörandet, men själva avgör på vilket sätt detta skall ske). Här är dock likheterna med den *decentraliserade* lagprövning som finns i t.ex. de nordiska länderna större; om en svensk eller norsk domstol finner att en lag strider mot grundlagen innebär inte detta att lagen ogiltigförklaras, utan endast att den inte skall tillämpas i det aktuella fallet.[89]

Det internationella rättighetsskyddets subsidiära karaktär är ett av skälen till att här inte görs en lika djupgående studie av rättspraxis vid ECtHR som beträffande flertalet andra undersökta rättssystem. Jag finner det som sagt angeläget av ämnesdisciplinära och systematiska skäl att upprätthålla distinktionen mellan statsrätt och folkrätt.[90] Samtidigt går det dock inte, p.g.a. den stora betydelse som ECtHR och praxis från ECHR i dag har i så gott som samtliga europeiska länder, att skriva om konstitutionellt rättighetsskydd på ett någorlunda fullständigt sätt utan att också behandla denna materia.

Ytterligare ett skäl, utöver de rent ämnesdisciplinära, att här behandla t.ex. tysk och amerikansk konstitutionell rättspraxis mer ingående än ECtHR är att BVerfG och S.Ct. normalt tycks föra något mer sofistikerade och teoretiskt genomtänkta juridiska och konstitutionella resonemang än ECtHR. I den mån inspiration söks för svensk rättspraxis har därför domstolar som BVerfG och S.Ct. mer att erbjuda än ECtHR. Därtill kommer att en verkligt ingående behandling av Europadomstolens rättspraxis sannolikt helt skulle spränga alla kvantitativa gränser för den redan ganska omfattande framställningen.

1.4.2.2 NÄRMARE OM KONSEKVENSERNA I VISSA FALL AV FOLKRÄTTENS INFÖRLIVANDE I NATIONELL RÄTT

Den internationella rätten uppställer inga krav för **hur** internationell rätt skall införlivas i den nationella rätten. Varje stat är fri att använda den metod som befinns lämplig.[91] Traditionellt görs en distinktion mellan *transformering*, då texten i en internationell konvention omarbetas till en nationell lag, och *inkorporering*, då det i en lag anges att texten

88. Jfr Robert, a.a.s. 7 f.
89. Se närmare om de olika formerna för lagprövningsrätt nedan i kap. 3.3.1.
90. Situationen är däremot lite annorlunda beträffande EG-rätten, eftersom denna enligt EG-domstolens praxis, som godtagits i doktrinen och accepterats av medlemsländerna, inte är sedvanlig internationell rätt utan en autonom rättsordning, med företräde framför medlemsländernas nationella rätt. Se närmare kap. 11. Här finns alltså en klar skillnad gentemot folkrätt och annan internationell rätt, vilken i den mån den erkänns som en del av den nationella rätten i någon stat har denna ställning i kraft av den nationella rätten i staten i fråga. Denna skillnad gör det mot bakgrund av avhandlingsämnet motiverat att behandla EG-rätten något mer utförligt än ECHR och förfarandet inför ECtHR.
91. Jfr bl.a. P. van Dijk/G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2 uppl, Deventer/Boston 1990 s. 12.

i en viss konvention skall gälla som lag i staten i fråga.[92] Det förekommer också att en stat anger i sin grundlag att allmän folkrätt och/eller ratificerade internationella konventioner alltid skall vara gällande nationell rätt.[93] Dessa olika former för införlivande sammanhänger med skillnaden mellan en dualistisk och monistisk syn på förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt. Enligt den dualistiska synen blir folkrätten en del av nationell rätt först efter införlivande, medan monismen bygger på att folkrätten blir en del av nationell rätt så snart en stat ratificerat en internationell konvention (eller erkänt en folkrättslig sedvaneregel som gällande). Enligt den dualistiska synen är folkrätt och nationell rätt två åtskilda rättssystem, medan monismen mer ser dem som delar av en allomfattande internationell rättsordning.[94]

Av väl så stor betydelse är att den internationella rätten inte har något att säga om vilken *status* införlivad internationell rätt skall ha i nationell rätt. Detta avgör respektive stat suveränt. Här kan alltså en mängd olika alternativ tänkas beträffande den införlivade folkrättens förhållande till nationell lag och grundlag. Skapar införlivad folkrätt omedelbara rättigheter och skyldigheter för enskilda medborgare, vilka dessa kan åberopa inför nationella domstolar? Kan nationella domstolar i så fall åsidosätta lagar som strider mot införlivad folkrätt? Då får ju den införlivade folkrätten i praktiken samma status som den nationella grundlagen. Kan den rentav, i händelse av konflikt, ha företräde framför den nationella grundlagen? Ett särskilt praktiskt problem är om införlivande av ECHR automatiskt innebär ett införlivande även av all praxis från ECtHR; om så inte är fallet är det bäddat för tolkningstvister mellan ECtHR och de nationella domstolarna.[95] Som kommer att framgå är dessa frågor av stor praktisk betydelse i flera rättssystem.

1.5 Metod och material

1.5.1 Tankar om den komparativa metodens användbarhet

Komparativ rätt i betydelsen jämförelse mellan olika rättssystem har förekommit inom rättsvetenskapen sedan 1800-talet.[96] Enligt Bogdan omfattar den komparativa rättskunskapen för det första jämförande av olika rättssystem med syfte att utröna deras likheter och skillnader, för det andra bearbetning av de fastställda likheterna och skillnaderna samt för det tredje behandling av de metodologiska problem som är förknippade

92. Transformering kan i sin tur gå till på olika sätt, t.ex. genom att konventionstexten översätts till svenska varefter den svenska texten blir gällande lag, eller genom omskrivning, så att en ny lag utarbetas utifrån konventionstexten utan att slaviskt följa denna. – Även s.k. *konstaterande av normharmoni* kan nämnas i detta sammanhang; denna metod, som bl.a. användes av Sverige vid ratificeringen av ECHR, innebär som uttrycket anger att staten nöjer sig med att konstatera att dess inhemska rättsordning uppfyller konventionens krav, varefter inga ytterligare åtgärder vidtas.
93. Jfr t.ex. art. 25 GG och art. 55 i den franska konstitutionen.
94. Jfr van Dijk/van Hoof, a.a.s. 11.
95. Se till det sagda t.ex. Ermacora, a.a.s. 276 o. Robert, a.a.s. 3 o. 6.
96. Se om den komparativa rättens historia bl.a. Dufwa, a.a.s. 528 f, Weir, a.a.s. 41 ff, Folke Schmidt, Komparativt rättsstudium, TfR 1951 s. 473 f samt Michael Bogdan, Komparativ rättskunskap, Stockholm 1993 s. 18 not 2 med ytterligare litteraturhänvisningar.

härmed.[97] *Jämförelsen*, som går ut på att mot varandra ställa jämförbara element i två eller flera rättssystem för att påvisa likheter och skillnader mellan dem, är enligt Bogdan kärnan i det komparativa arbetet.[98] Detta gäller även om jämförelsen saknar **omedelbart** praktiskt värde eller främst mynnar ut i en vidarebearbetning av teoretisk karaktär. En av de frågor som därvid kan analyseras är vilken undersökt lösning på ett rättsligt problem som kan sägas vara »den bästa». En sådan jämförande värdering kan t.ex. vara betydelsefull vid de lege ferenda-resonemang.[99]

Ett forskningsarbete i komparativ rätt är normalt också ett arbete inom något annat juridiskt ämnesområde, eftersom det i allmänhet är motsvarande rättsinstitut i olika rättsordningar som jämförs.[100] I mitt fall avser jämförelsen det konstitutionella rättighetsskyddet i ett antal länder, varför arbetet omfattar både statsrätt och komparativ rätt. Frågan är då hur en sådan jämförelse rent praktiskt bör utföras.

För det första är det nödvändigt att studera de utländska rättsordningarna mer eller mindre i sin helhet (även om redogörelsen för de olika rättssystemen här inte kan göras så bred). Detta beror på vad som ibland kallas *kompensationsfenomenet*, dvs att regler av central betydelse i en viss rättsordning saknas i en annan, men där i stället kompenseras med andra regler på något annat område, vilka leder till samma effekt.[101] För att jämförelsen skall bli meningsfull måste emellertid jämförelseobjekten ha åtminstone något gemensamt drag, någon gemensam egenskap. Här bör kravet ställas så högt att jämförelsen avser rättsregler i de olika rättsordningarna som syftar till att lösa eller reglera samma rättsliga problem. Enligt Bogdan förutsätter jämförelsen att de behandlade rättsreglerna har samma *funktion*, dvs att de reglerar samma faktiska rättsförhållanden.[102] Däremot krävs inte, utom vid de lege ferenda-resonemang, att de har samma rättspolitiska syfte.[103] I mitt fall fyller samtliga undersökta regler och institutioner funktionen att precisera medborgarnas rättigheter gentemot staten, att ange förutsättningar för statens möjligheter att begränsa dessa rättigheter eller att på rättslig väg skydda rättigheterna. De undersökta reglerna torde också ha i stort sett samma syfte, varför själva jämförbarhetsproblemet inom detta rättsområde inte är så stort.

Vad som däremot kan vara svårare är att avgöra hur det utländska materialet skall nyttjas i framställningen och vilken ställning det bör ges. Att det rent kvantitativt tillerkänns ett betydande utrymme är uppenbart, men detta har knappast avgörande betydelse härvidlag.

Strömholm har gjort en distinktion mellan rättsvetenskapliga arbeten som har en direkt komparativ inriktning och sådana där det egna rättssystemet står i förgrunden (och där det främmande materialet har »blott en traditionell, man frestas säga dekorativ funktion»).[104] Om tyngdpunkten ligger på bearbetningen av ett bestämt rättssystem, får

97. A.a.s. 18. Jfr Ole Lando, Komparativ ret som emne for forskning og undervisning, JFT 1966 s. 262 f.
98. A.a.s. 22. Jfr Weir, a.a.s. 5.
99. Bogdan s. 22 ff.
100. Ibid s. 25.
101. Jfr Bogdan s. 50 ff.
102. A.a.s. 63 f. Se även Weir, a.a.s. 4, 25 o. 36.
103. Jfr Bogdan s. 64 o. 82 f.
104. Se Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, SvJT 1971 s. 251 ff och Har den komparativa rätten en metod?, SvJT 1972 s. 457.

material från andra rättssystem en principiellt annan ställning än om de vetenskapliga problemen hänför sig till själva rättsjämförelsens metodik eller till frågor som avses besvaras med giltighet för flera rättssystem.[105] I mitt fall ger detta upphov till ett praktiskt problem, som beror på arbetets dubbla syfte: Detta är ju dels att bearbeta svensk rätt med användande av material från utländska rättssystem, dels att på ett mer principiellt plan diskutera frågor som är av betydelse för flera olika rättssystem. Problemet minskar dock om en annan av Strömholms distinktioner anammas, nämligen den mellan rent komparativa framställningar och sådana där främmande rätt har en mer underordnad eller »tjänande» roll.[106] Kriteriet för en rent komparativ framställning är enligt Strömholm att behandlingen av utländsk rätt normalt »sväller ut» till en självständig problemanalys och att de utländska rättsreglerna intar »en huvudsaklig eller med den egna rättsordningen jämställd position som föremål för undersökning».[107] Mitt arbete är då en rent komparativ framställning såtillvida att det utländska materialet har en avgörande betydelse för de slutsatser som dras om svensk rätt, liksom för de statsteoretiska principfrågorna. Samtidigt kan sägas att det utländska materialet fyller en »tjänande» funktion genom att det utnyttjas som argument för slutsatser de lege ferenda.[108]

En särskild fråga är vilket behov av komparativa undersökningar som egentligen föreligger inom statsrätten. Enligt en traditionell uppfattning är behovet av komparativa undersökningar, bl.a. av praktiska skäl, betydligt större inom civilrätten än inom statsrätt och övrig offentlig rätt.[109] Allmänna internationaliseringstendenser i kombination med ett stort antal politiska förändringsprocesser runtom i världen, där de konstitutionella frågorna ofta står i förgrunden, leder dock till att en sådan gradering blir svårare att motivera; behovet av komparativa statsrättsliga studier är i dag större än tidigare.[110]

1.5.2 Vissa frågor rörande materialet

Aleksander Peczenik har lanserat en rättskällelära, enligt vilken vissa rättskällor (lagar och andra föreskrifter samt i vissa fall sedvänjor och avtal) **skall** beaktas i juridisk argumentation, andra **bör** beaktas medan åter andra **får** beaktas. Till de rättskällor som bör beaktas hör främst prejudikat, lagförarbeten och internationella konventioner som lig-

105. SvJT 1971 s. 251 f.
106. Ibid s. 252.
107. Strömholm 1971 s. 252 f.
108. Jfr ibid s. 258.
109. Se t.ex. Strömholm, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, RabelsZ 1992 s. 615 f.
110. Jfr Peter Häberle, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992 s. 27, Smith, Recension av Nergelius, Komparativ statsrätt, TfR 1994 s. 259 och Markku Suksi, Om komparativ juridik särskilt inom statsförfattningsrättens område, JFT 1993 s. 263 ff. Det sagda gäller även om min ovan i avsnitt 1.2 angivna utgångspunkt följs, dvs att den konkreta utformningen av olika länders rättighetsskydd måste ta hänsyn till rättstraditioner, kulturarv osv; avsaknaden av universella lösningar hindrar härvidlag inte att olika länder kan lära av varandra. Jfr Mauro Cappelletti, The »Mighty Problem» of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis, Southern California Law Review 1980 s. 412 och Repudiating Montesquieu? – The Expansion and Legitimacy of »Constitutional Justice», Cath.Univ.L.Rev. 1985 s. 27: »The »mighty problem» of the legitimacy of judicial review cannot be solved by means of purely speculative, abstract solutions valid for any place and time. Indeed there are no such universal solutions; and surely a page of realistic comparative analysis can be more worthy than many books of such abstract speculations.»

ger till grund för inhemsk lagstiftning, medan bl.a. vissa beslut (t.ex. domar från lägre instanser), vissa institutionella rekommendationer, den rättsvetenskapliga litteraturen samt utländsk rätt får beaktas.[111] Denna rättskällelära är avsedd att tillämpas både av domstolarna och i rättsvetenskapliga framställningar.

I denna avhandling utnyttjas flertalet av de av Peczenik nämnda rättskällorna; lagar (inklusive grundlagar och andra föreskrifter), prejudikat från svenska och utländska domstolar, vissa internationella konventioner och såvitt gäller svensk rätt vissa lagförarbeten, vissa domar från lägre instanser (främst från Danmark, Storbritannien och Sverige), åtskillig rättsvetenskaplig och viss annan litteratur samt givetvis utländsk rätt. Framställningen bygger på dessa traditionella rättskällor.

Det utländska materialet i min framställning består av beskrivningar av rättighetsskyddet i de nordiska länderna (förutom Island), Tyskland, Frankrike, Storbritannien och USA samt inom EG-rätten, varjämte en översikt görs av ECHR och förfarandet inför ECtHR. Att just dessa rättssystem valts beror på att svensk rätt därigenom kan bedömas i ljuset av rättighetsskyddet i ett brett urval av västliga demokratier. De valda rättssystemen erbjuder dessutom ett i sak intressant och allsidigt jämförelsematerial: De nordiska länderna representerar i förhållande till Sverige en snarlik rättskultur, varför det är intressant att se hur rättighetsskyddet är utformat där. Frankrike har som tidigare nämnts en fungerande och effektiv preventiv normkontroll, medan Tyskland och USA ger exempel på en stark lagprövningsrätt, genom en särskild författningsdomstol respektive ett mer decentraliserat system, där alla domstolar har lagprövningsrätt men endast avgöranden från S.Ct., den högsta instansen, är prejudicerande. Storbritannien är så ett av de mycket få länder i dagens värld, åtminstone bland de demokratiska staterna, som saknar formellt rättighetsskydd, varför det är intressant att se vilka konsekvenser detta fått. EG-rätten är med för att det är intressant att se vilka problem en framväxande, överstatlig organisation brottas med på detta område och hur dessa löses, medan ECHR och ECtHR främst behandlas på grund av konventionens stora praktiska betydelse i flera länder, liksom inom EG-rätten. Sedan Sverige den 1 januari 1995 blivit medlem av EU, samtidigt som ECHR införlivats i den nationella svenska rätten är det f.ö. uppenbart att både EG-rätten och ECHR har stor praktisk betydelse i svensk rätt.

Vad gäller det svenska materialet kan noteras att de stora konstitutionella förändringarna under det senaste decennierna varit betingade av politiska skäl (missnöje med en föråldrad grundlag som efter flera decenniers utredningsarbete ledde till införandet av RF och därefter närmandet till övriga Europa under 1990-talet). Kanske är det, p.g.a. statsrättens nödvändiga samband med det politiska livet (jfr ovan i 1.4.1), karakteristiskt för denna juridiska disciplin att den mer direkt än andra juridiska ämnesgrenar påverkas och är betingad av grundläggande politiska förändringar i samhället. Detta hindrar dock inte att doktrin och rättspraxis i många andra rättssystem har spelat större roll än i Sverige.

Vidare kan den speciella omständigheten noteras att Sverige i ett internationellt perspektiv framstår som mycket ovanligt genom att ha inte mindre än fyra grundlagar. I

111. A.a.s. 47 f, se även Juridisk argumentation, Stockholm 1990 s. 144 ff.

flertalet stater finns blott en grundlag med företräde framför vanliga lagar.[112] En variant härav, som förekommer i bl.a. USA och Frankrike, är att både en konstitution och en rättighetskatalog tillerkänns konstitutionell status. Motsatsen, att **inga** lagar tillerkänns särskild konstitutionell vikt, är mycket ovanlig och förekommer bland de här undersökta rättssystemen endast i Storbritannien.

Av de svenska grundlagarna är Successionsordningen från 1810 av förklarliga skäl av mindre intresse i detta sammanhang; den kommer inte att ägnas någon närmare uppmärksamhet. TF och YGL innehåller närmare bestämmelser om yttrandefriheten i tryckta skrifter och andra media, medan huvudreglerna om individernas fri- och rättigheter (inklusive yttrandefriheten) återfinns i RF. Även bestämmelserna om hur rättigheterna får begränsas samt om lagrådet och domstolarnas lagprövningsrätt återfinns i RF, vars regler alltså är mer centrala för ämnet än TF och YGL. TF och YGL innehåller också en mängd specialbestämmelser som rör media samt olika straff- och processrättsliga stadganden; alla dessa specialregler saknar direkt samband med avhandlingsämnet.

I framställningen om svensk rätt kommer därför rättighetsreglerna i RF, jämte övriga regler av betydelse i denna grundlag, att ägnas en mer ingående behandling än TF och YGL. Även de rena rättighetsreglerna i de senare grundlagarna kommer dock att genomgås, varjämte viss uppmärksamhet ägnas förhållandet mellan de olika former av yttrandefrihet som uppdelningen av denna rättighet på tre olika grundlagar givit upphov till.

Denna inriktning beror också på att ämnet för avhandlingen är rättighets*skydd* och inte någon enskild rättighet. TF har med vissa avbrott varit grundlag ända sedan 1766. Orsaken till att just tryckfriheten skyddades i grundlag var den betydelse de tryckta skrifterna ansågs ha för samhällsdebatten. Att sedan YGL gavs en liknande ställning beror givetvis på att andra media, främst TV och radio, i dag har minst lika stor betydelse för denna. Det kan te sig märkligt att en viss rättighet, yttrandefriheten, förutom i RF skall regleras i två särskilda grundlagar och där ges ett jämfört med andra rättigheter starkare skydd, som endast kan avskaffas genom grundlagsändring. Internationellt sett är denna ordning utomordentligt ovanlig. Det viktiga är emellertid att konstatera att yttrandefriheten i flertalet media genom TF och YGL givits ett i förhållande till andra rättigheter något starkare skydd samt att notera vilka former detta förstärkta skydd tar sig, inte att i detalj redogöra för olika yttrandefrihetsrättsliga spörsmål.

1.6 Rättighetsklassificeringar och vissa andra terminologiska frågor

Det mest frekventa ordet i denna avhandling torde vara »rättigheter», varför det är på sin plats att försöka förklara i vilken bemärkelse detta ord används här.

Kring vissa terminologiska frågor rörande rättigheter råder i stort sett enighet i doktrinen. Det gäller t.ex. bruket av termerna mänskliga respektive medborgerliga rättigheter, där ingen tycks ifrågasätta att den förra termen syftar på rättigheter som gäller eller påstås gälla för alla människor i hela världen, medan medborgerliga rättigheter är sådana som gäller för medborgarna i en viss stat och kan åberopas av dem gentemot makthavarna i den staten. Men vad är det då som skall ges beteckningen »mänskliga rättighe-

112. Här bortses från den mellanställning mellan grundlag och vanlig lag som vissa lagar, t.ex. RO i Sverige, kan ha i olika rättsordningar.

ter»? Är det endast de rättigheter, *legal rights*, som kan härledas från någon form av lagtext eller internationell konvention[113], eller är det de rättigheter, *moral rights*, vilka har en moralisk dignitet som gör att de gäller trots att de inte återfinns i någon rättsligt bindande text? Denna fråga tycks i viss aktuell doktrin ha fått samma funktion som äldre tiders debatt mellan positivister och naturrättsanhängare och återspeglar givetvis till stor del samma motsättning.[114]

Enligt en annan uppfattning, som företrätts av bl.a. Cranston, är mänskliga rättigheter de som till skillnad från moraliska rättigheter gäller för alla människor i hela världen, vid alla tidpunkter och alla situationer, och som är teoretiskt möjliga att förverkliga för alla människor.[115] Mänskliga rättigheter kan enligt denna uppfattning samtidigt vara legala eller positiva rättigheter, nämligen i den mån de åtnjuter någon form av lagstöd.[116] Kriteriet »mänskliga» rättigheter är då uppenbarligen en följd av rättigheternas moraliska karaktär i kombination med deras teoretiska genomförbarhet (medan det däremot saknar betydelse om det finns **faktiska** förutsättningar för deras förverkligande). Moraliska är enligt denna uppfattning de rättigheter som har samma moraliska kvaliteter, oberoende av positivrättsligt stöd, men av ekonomiska och praktiska skäl aldrig kommer att kunna förverkligas fullt ut (diskussionen har därvidlag främst rört sig om sociala och ekonomiska rättigheter, varom mera nedan) medan epitetet legala eller positiva kan ges de rättigheter som faktiskt erhållit någon form av positivrättsligt stöd. Begreppet legal rights saknar enligt Cranston självständig betydelse och innebär bara att en rättighet erhållit en viss formell rättslig status. Enligt denna modell tillmäts således inte det faktiska förverkligandet av rättigheten någon betydelse för dess status såsom mänsklig rättighet, medan *förverkligandemöjligheten* ges en avgörande betydelse.

Givetvis kan man tänka sig fler grupper av rättigheter.[117] Dissidenter i det forna Sovjet åtnjöt ingen yttrandefrihet. Om de ville protestera mot detta kunde de åberopa sina medborgerliga rättigheter och hävda att förhållandet stred mot den sovjetiska konstitutionen (vilket formellt var alldeles sant). De kunde också hänvisa till internationella konventioner och hävda att deras i folkrätten garanterade legala rättigheter kränkts. Vidare kunde de hävda att deras naturliga eller moraliska rätt att yttra sig fritt kränkts. Anhängare av tanken att endast legala rättigheter är sant mänskliga skulle bara ha godtagit det andra argumentet (de positivistiskt lagda av dem skulle dock ha underkänt även detta, eftersom Sovjet i praktiken inte respekterade internationella konventioner om mänskliga rättigheter, och bara konstaterat att sovjetiska medborgare saknade yttrandefrihet).

Svårigheterna med att avgöra när någon har en rättighet visas även av de svartas medborgarrättskamp i USA.[118] **Saknade** verkligen de svarta rösträtt, rätt att slippa bli diskri-

113. Detta hävdas av Rex Martin i Rawls and Rights, Kansas City 1985 s. 38.
114. Skillnaden är naturligtvis att argumentationen för moraliska rättigheter inte på samma sätt som de äldre naturrättsargumenten bygger på att rättigheterna kan härledas från den mänskliga naturen eller universums uppbyggnad eller något liknande. Jfr Rex Martin/James W. Nickel, Recent Work on the Concept of Rights, American Philosophical Quarterly 1980 s. 175. Samtidigt är traditionella, uttalat rättspositivistiska argument i dag mycket ovanliga i doktrinen.
115. Jfr t.ex. Maurice Cranston, What are Human Rights?, London/Sydney/Toronto 1973 s. 21.
116. Ibid s. 6. Jfr även Martin, A System of Rights s. 75.
117. Resonemanget nedan har till stor del inspirerats av ett exempel hos Donnelly. Jfr Donnelly, a.a.s. 17 ff.
118. Se närmare härom kap. 10.9 o. 10.11.

minerade i utbildningssystemet osv innan S.Ct. på 1950- och 1960-talen slog fast att de hade dessa rättigheter? Om inte, vilket slags rättigheter hade de då? Innebar avsaknaden av legala rättigheter att de hade mänskliga eller medborgerliga rättigheter som inte gick att förverkliga? Kan det ha varit så komplicerat att de både hade och inte hade vissa medborgerliga rättigheter? De hade rättigheterna därför att dessa gällde lika mycket för de svarta som för andra, men de *åtnjöt* dem samtidigt inte eftersom de inte kunde genomdriva dem. Kanske är det lämpligt att på detta sätt skilja mellan innehavet och åtnjutandet av en rättighet; de viktiga anti-diskrimineringsavgörandena från S.Ct. kan inte sägas ha skapat några nya rättigheter, eftersom de bara gav uttryck åt rättigheter som återfinns i den amerikanska konstitutionen, men samtidigt är det omöjligt att hävda att de svarta åtnjöt samma rättigheter på 1940-talet som efter dessa avgöranden.[119]

Om vi återgår till de sovjetiska dissidenterna och ser till vilka av deras tänkbara argument som vore lämpligast att föra fram, så måste det ha varit något av de bägge senare.[120] Sovjetiska myndigheter ignorerade sannolikt helt deras invändningar om att de behandlades i strid med den sovjetiska konstitutionen. Däremot kunde de inför en internationell opinion hävda att deras mänskliga (legala eller moraliska) rättigheter kränkts och hoppas på att därigenom fånga världsopinionens intresse. De svarta medborgarrättsgrupperna i USA åberopade däremot konsekvent sina medborgerliga eller grundlagsenliga rättigheter och krävde att dessa skulle respekteras. Vad beror denna skillnad på? Jo, sannolikt att de svarta i USA kunde ha en berättigad förhoppning om att domstolar och myndigheter i sinom tid skulle tvingas tillämpa den amerikanska konstitutionen. Härav kan man kanske dra slutsatsen att alla rättighetsanspråk med Donnellys ord är »a sort of last resort»[121]; rättigheter åberopas när de inte åtnjuts och vilken typ av rättigheter som åberopas beror på möjligheterna till framgång för den klagande. Om det är möjligt att med utsikt till framgång åberopa sina medborgerliga rättigheter enligt nationell rätt finns normalt ingen anledning att åberopa sina mänskliga rättigheter. De sovjetiska dissidenterna tvingades i sista hand åberopa sina moraliskt grundade mänskliga rättigheter, men det faktum att de aldrig kom i åtnjutande av dessa bör inte leda till den positivistiskt färgade slutsatsen att de inte »hade» någon yttrandefrihet. Positivistiskt färgade författare framhäver med rätta det faktiska förverkligandets betydelse för rättighetens åtnjutande, men gör samtidigt misstaget att överdriva förverkligandets betydelse genom att också göra det till ett kriterium för rättighetens existens.[122]

En annan aspekt på frågan om rättighetsbegreppets innebörd är vilken sorts frihet för den enskilde rättigheterna skall skydda och, i anslutning därtill, vilken typ av agerande från statens sida som existensen av en rättighet för den enskilde påbjuder. Som Robert

119. Jfr till det sagda Martin, A System of Rights s. 68 f.
120. För enkelhetens skull bör vi här utgå från de förhållanden som rådde under de mindre barbariska perioderna i Sovjetväldets historia. Under Stalintidens terror var det sannolikt omöjligt att alls försöka kritisera den rådande ordningen, men det här förda resonemanget torde däremot vara relevant för de förhållanden som rådde från och med 1956 (med reservation för att diktaturen även därefter kan ha varit hårdare under vissa perioder än under andra).
121. A.a.s. 21.
122. Se för ett modernt exempel på sådan argumentation Martin, a.a.s. 83 ff, särskilt s. 87. Jfr dock s. 93 ff, där tidigare kategoriska uttalanden modifieras eller tas tillbaka. – En annan fråga är givetvis vad det djupast sett innebär att en rättighet förverkligas och när så kan anses ha skett. Denna fråga kan dock p.g.a. sina djupgående filosofiska konnotationer inte utredas närmare här.

Alexy har framhållit[123] kan den allra enklaste modellen för *innehavet* av en rättighet helt enkelt uttryckas som att en person, a, gentemot någon annan, b, har en rättighet till något (G). Alexy menar att a:s rättighet motsvaras av en förpliktelse för B, närmare bestämt en handlingsskyldighet. Detta schema är användbart oavsett om rättigheten gäller gentemot en eller flera personer eller gentemot staten.[124]

I detta sammanhang, liksom f.ö. i Alexys framställning, står den enskildes rättigheter gentemot staten i fokus. Som exempel på komplexiteten i rättighetsbegreppet anför Alexy rätten till liv. BVerfG har angående denna uttalat att den innefattar både en negativt definierad rätt till liv, som innebär att staten inte under några omständigheter har rätt att döda en person, dels en positivt definierad rätt att kräva av staten att denna försöker skydda honom mot ingrepp från andra som kan hota hans liv.[125] Rätten till liv påbjuder således både en positiv och en negativ handling från statens sida.[126] Den negativt definierade rättigheten är gemensam för så gott som alla traditionella mänskliga rättigheter och kan definieras som rätten för den enskilde att få vara i fred, att inom ramen för sin privata sfär lämnas i fred av staten och fritt få utöva de medborgerliga rättigheterna.[127] Vissa av de mänskliga eller medborgerliga rättigheterna kan dock svårligen upprätthållas utan en mer eller mindre aktiv insats från statens sida[128]; detta gäller t.ex. rätten till en »fair trial» eller till domstolsprövning av frihetsberövande, vilka inte kan gälla utan ett fungerande domstolsväsen och en processrättslig lagstiftning. Så långt är därför Alexys analys okontroversiell.

Vad som däremot sedan länge är omstritt, både i politisk och rättsteoretisk debatt världen över, är hur långt omfattningen av statens positiva handlingsskyldighet sträcker sig. Denna fråga hänger samman med det grundläggande spörsmålet vilka rättigheter som egentligen räknas till de mänskliga rättigheterna. Frågan är därför om statens skyldighet att positivt bidra till rättigheternas förverkligande endast innefattar vad som nämndes här ovan eller om den kan sträckas så långt att de mänskliga rättigheterna utöver de traditionella medborgerliga rättigheterna skall innefatta även s.k. sociala och ekonomiska rättigheter. Detta har i doktrinen hävdats av bland andra D.D. Raphael, som med användande av ungefär samma begreppsapparat som Alexy förklarat att de traditionella medborgerliga rättigheterna **tillåter** individerna att handla på ett visst sätt (eller låter dem bli lämnade i fred), medan de sociala och ekonomiska rättigheterna ger

123. Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986 s. 171 ff.
124. Analyser av detta slag kan givetvis drivas ännu längre. Det kanske mest kända exemplet är W.N. Hohfelds analys av rättighetsbegreppet, som lades fram 1913 och utkom i bokform första gången 1919 (Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning). Denna genomgås dock inte här, främst av det skälet att avhandlingen som nämndes i inledningen inte ägnas åt analysen av någon enskild rättighet.
125. BVerfGE 1, 97 (105) resp. 46, 160 (164), jfr Alexy, a.a.s. 173.
126. Denna distinktion bör inte sammanblandas med den diskussion som finns i viss teoridoktrin om negativa (eller passiva) kontra positiva (eller aktiva) rättigheter. Se härom bl.a. Theodore M. Benditt, Rights, Totowa 1982 s. 65, Håkan Strömberg, Grundlag och medborgarrätt, Lund 1974 s. 24 ff och Richard Tuck, Natural rights theories, Cambridge 1979 s. 6 f.
127. Med en tysk term betecknas de medborgerliga rättigheterna i denna traditionella form som Abwehrrechte; se härom t.ex. Bernhard Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984 s. 457-468.
128. Jfr även Henkin, The Age of Rights s. 3.

människor en rätt att **erhålla** något från staten.[129]

Distinktionen mellan medborgerliga och politiska respektive sociala och ekonomiska rättigheter har framförallt i den internationella rätten blivit vedertagen efter utarbetandet av de båda FN-konventionerna från 1966, vilka ju behandlar var sin av dessa rättighetstyper.[130] Just det faktum att bägge dessa konventioner antogs kan tas till intäkt för att båda kategorierna av rättigheter utgör grundläggande mänskliga rättigheter, om än av olikartad rättslig karaktär, vilka åtminstone på pappret är erkända i i stort sett hela världen. Att de inte är av exakt samma karaktär, och kanske inte har samma rättsliga status, är f.ö. också gällande svensk rätt; de sociala rättigheterna (rätten till arbete, bostad och utbildning, social omsorg och en god levnadsmiljö) har införts i ett s.k. målsättningsstadgande i RF 1:2, medan de grundläggande (medborgerliga) fri- och rättigheterna återfinns i bindande rättsregler i RF 2 kap.[131]

Uppfattningen att de sociala och ekonomiska rättigheterna inte hör till de mänskliga rättigheterna[132] framfördes i den rättsteoretiska doktrinen på 1960-talet med viss emfas av Cranston.[133] Hans ilska riktade sig mot de bestämmelser i FN-deklarationen från

129. Human Rights, Old and New, i Raphael (utg.), Political Theory and the Rights of Man, London/Melbourne/Toronto 1967 s. 60. Se även Gregorio Peces-Barba, Reflections on economic, social and cultural rights, HRLJ 1981 s. 284. Här är det kanske adekvat att tala om en skillnad mellan positiva och negativa krav som den enskilde kan ställa på staten. – Som något av ett specialfall framstår här de s.k. kulturella rättigheterna, vilka sannolikt inte alltid ådrar staten motsvarande kostnader. Skillnaden mellan kulturella rättigheter och andra sociala och ekonomiska rättigheter kan dock inte utredas närmare här. Det kan vidare noteras att äganderätten intar något av en mellanställning mellan de medborgerliga och politiska respektive de sociala och ekonomiska rättigheterna. Å ena sidan är givetvis äganderätten en form av ekonomisk rättighet, en rätt till innehav av ekonomiskt värdefulla ting. Målsättningsstadgandet i RF 1:2 om att det åligger det allmänna att trygga rätten till bl.a. arbete och bostad kan anses ge ett visst minimiskydd för äganderätten; jfr Bogdan i FT 1988 s. 73-74. Å andra sidan förpliktar inte respekten för äganderätten staten till några kostsamma åtaganden. Äganderätten har också genom historien i någon form förekommit i flertalet klassiska rättighetsdeklarationer, även i den för sin tid radikala (jfr kap. 2.2.3.1) franska rätttighetsdeklarationen (art. 17). Uppenbarligen kan äganderätten också uppfattas som en klassisk medborgerlig rättighet.

130. Givetvis finns det i doktrinen även en mängd andra rättighetsklassificeringar; jfr t.ex. i kap. 7.5 om den diskussion härom som förts och förs i den tyska rätten. I själva verket finns det så många sådana klassificeringar att det framstår som omöjligt att här göra någon översikt över dem.

131. Efter grundlagsändringen den 1 januari 1995 återfinns dock barns rätt till utbildning samt allemansrätten, som väl kan räknas som en social rättighet, i RF 2 kap.

132. Frågan om de sociala och ekonomiska rättigheternas specifika idéhistoriska ursprung – som till skillnad från de medborgerliga rättigheterna inte berörs närmare nedan i kap. 2 – har behandlats av Gregorio Peces-Barba, som ser dem som ett uttryck för den revisionistiska socialismen i slutet av 1800-talet. Marxismen avvisade, åtminstone i den leninistiska versionen, helt idén om grundläggande mänskliga rättigheter p.g.a. dess liberala ursprung, medan den reformistiska socialismen i princip var beredd att acceptera rättighetsidén men gärna ville införliva en »jämlikhetskomponent» i det liberala tankegodset, för att korrigera de ekonomiska orättvisor som de liberala idéerna kunde leda till om de tillämpades oinskränkt och för att använda rättigheterna som ett medel både för personlig frihet och ekonomisk jämlikhet. Se a.a.s. 283 f o. 287.

133. Se Human Rights, Real and Supposed, i Political Theory and the Rights of Man s. 43-53: »I shall argue in this paper that a philosophically respectable concept of human rights has been muddied, obscured, and debilitated in recent years by an attempt to incorporate into it specific rights of a different logical category. The traditional human rights are political and civil rights such as the right to life, liberty and a fair trial. What are now being put forward as universal human rights are social and economic rights, such as the right to unemployment insurance,

1948 vilka skyddade sociala rättigheter (förutom de nämnda bl.a. rätten till betald semester, vilket förargade Cranston särskilt). Huvudargumentet, vilket sedan ofta återkommit i senare debatt, var att rätten till arbete, social trygghet osv till skillnad från de medborgerliga rättigheterna inte automatiskt kunde garanteras eller värnas av den stat som önskade göra detta, eftersom det här inte räcker med god vilja utan också krävs ekonomiska resurser.[134] De sociala och ekonomiska rättigheterna är alltså, till skillnad från flertalet medborgerliga och politiska, för sitt förverkligande beroende av att staten har ekonomiska resurser att förverkliga dem.[135] I enlighet med vad som anfördes ovan kan dock inte detta faktum anföras som argument för att frånkänna de sociala rättigheterna giltighet. Jag menar inte som Cranston att de sociala och ekonomiska rättigheterna inte skulle vara fullvärdiga mänskliga rättigheter, men vill ändå understryka skillnaden i rättslig karaktär mellan de bägge rättighetstyperna, vilken indikerar att de inte bör ha samma konstitutionella status; en sådan åtgärd är meningslös, eftersom de sociala rättigheternas förverkligande oavsett deras konstitutionella reglering i slutändan är avhängig statens ekonomiska resurser.[136]

Möjligheterna till förverkligande av olika rättigheter, principiellt och i konkreta situationer, är således av stor betydelse för enskilda människors möjligheter att verkligen utnyttja eller åtnjuta en rättighet, men däremot inte avgörande för om rättigheten som sådan existerar eller för dess giltighet.[137]

Ytterligare något bör sägas om den enskildes möjlighet att konkret åtnjuta och utnyttja sina rättigheter. Frågan är nämligen var gränsen går för statens möjlighet att *begränsa* eller inskränka medborgarnas rättigheter.

old-age pensions, medical services, and holidays with pay. I have both a philosophical and a political objection to this. The philosophical objection is that the new theory of human rights does not make sense. The political objection is that the circulation of a confused notion of human rights hinders the effective protection of what are correctly seen as human rights.»

134. Se a.a.s. 50-51.
135. Jfr Böckenförde, a.a.s. 150 ff. – De som vänder sig mot detta resonemang skulle kunna invända att även en på anfört sätt negativt bestämd rättighet, t.ex. yttrandefriheten, kan vara svår att förverkliga; yttrandefriheten innebär t.ex. inte att den som har något på hjärtat automatiskt ges tillträde till media, där han kan göra sin röst hörd. Detta resonemang bygger emellertid på en felbedömning av yttrandefrihetens innebörd; denna ger t.ex. ingen grund för anspråk att få framträda i TV utan innebär endast att det är tillåtet att yttra sig obehindrad och utan risk för påföljder. Jfr Strömberg, Grundlag och medborgarrätt s. 25.
136. Här kan hänvisas till den spanska grundlagen, som innehåller en bestämmelse (art. 35) som ger alla rätt till arbete. Detta hindrar dock inte att Spanien har Västeuropas högsta arbetslöshet. Exempel förutom RF på en konstitution som inte skyddar de sociala rättigheterna annat än i allmänna ordalag är GG; jfr nedan kap. 7.1.3-4 o. 7.5.2.4. – Som ett uttryck för det synsätt som jag här givit uttryck för i den rättsteoretiska doktrinen kan Rawls bägge rättviseprinciper ses; dessa bygger på att de medborgerliga rättigheterna och den personliga friheten värderas något högre och skall ges ett starkare institutionellt skydd än de rättigheter som är avsedda att främja social och ekonomisk utjämning (jfr ovan i 1.2 på s. 28 samt i 2.4.3). Ett sätt att åberopa en ekonomisk rättighet som rätten till arbete, som skulle kunna ge denna en konkret rättslig innebörd, vore kanske att åberopa den t.ex. då avskedande skett på osaklig grund eller i liknande situationer; den ekonomiska rättigheten kan då tänkas ha en viss Drittwirkung-effekt. Jfr allmänt om Drittwirkung nedan i kap. 19.9.
137. Rex Martin kallar (a.a.s. 83) rättigheter vilka för ögonblicket tycks sakna alla reella möjligheter till förverkligande för nominella rättigheter och menar att deras värde är obetydligt. Detta resonemang bygger dock på en oförmåga att frikoppla rättigheternas principiella, potentiella eller om man så vill moraliska vikt, inte minst för den enskilde, från deras konkreta rättsliga genomslagskraft.

Att staten har rätt och möjlighet att begränsa flertalet medborgerliga rättigheter är uppenbart.[138] Det är i själva verket karakteristiskt för moderna rättighetskataloger att de innehåller noggranna regleringar av när och hur staten får lov att begränsa medborgarnas rättigheter; se t.ex. 2:12-14 RF, sektion 1 i ECHR och art. 1-19 i GG. Förklaringen härtill är enkel, nämligen att rättigheter vilka lagstiftaren har en generell rätt att begränsa är av föga rättsligt värde eftersom de aldrig kan åberopas gentemot en begränsning som görs i lag.

Absoluta rättigheter, som aldrig kan begränsas, är sällsynta men existerar naturligtvis; se t.ex. rätten till liv i 2:4 RF. Flertalet rättigheter, ja, kanske så gott som alla vilka inte direkt skyddar livet och mot allvarliga kroppsliga övergrepp som tortyr, måste dock av praktiska skäl kunna begränsas. Yttrandefriheten begränsas t.ex. av regler om förtal, rörelsefriheten av trafikregler osv. Frågan är då om det går att upprätta något rättsligt schema för vilka begränsningar som är godtagbara. I svensk rätt skiljs mellan absoluta och relativa, dvs begränsningsbara rättigheter.[139] I den tyska doktrinen används ibland i diskussionen om rättigheternas ställning uttryck som Eingriff, Schranken, Beschränkung, Einschränkung och Verkürzung. Alla dessa begrepp betecknar tänkbara ingrepp i enskildas rättigheter. Som Alexy konstaterat[140] existerar det dock ännu inte, trots att en mängd olika försök till klassificeringar gjorts, någon enhetlig eller systematisk indelning av dessa olika termer.

I doktrinen finns åtskilligt stöd för att den avgörande skiljelinjen måste gå mellan de begränsningar av ovan antytt slag vilka kan betraktas som självklara eller underförstådda och de som utgör reella inskränkningar av rättigheterna.[141] Yttrandefriheten innebär inte en rätt att yttra sig när eller hur som helst och inte en rätt att ofreda andra för att tvinga på dem åsikter.[142] Men hur skall de självklara inskränkningarna kunna skiljas från de verkliga?

I tysk rätt anses detta bäst kunna ske genom en hänvisning till varje rättighets »skyddszon». Detta perspektiv genomgås närmare i kap. 7.2.2, men det är enligt min mening alltför nära bundet till tysk rätt och terminologi för att erbjuda någon generell lösning. Jag vill i stället ansluta mig till en modell som torde vara enklare att tillämpa.

Strömberg har föreslagit att det enklaste är att göra en distinktion mellan begränsningar som bara reglerar de yttre formerna för en rättighets utövning och begränsningar som utgör verkliga hinder för denna utövning. Rörelsefriheten hotas t.ex. inte på allvar av trafikregler, medan hänsynen till trafiken, om den ensam var avgörande, allvarligt skulle kunna hindra utövandet av t.ex. demonstrationsfriheten.[143] Detta motsvarar tämligen exakt den distinktion mellan »*restriction*» och »*regulation*» av en rättighet som

138. Se bl.a. Henkin, The Age of Rights s. 4 o. 8 f samt Esin Örücü, The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits, i T. Campbell/D. Goldberg/S. McLean/T. Mullen, Human Rights – From Rhetoric to Reality, Oxford 1986 s. 37 ff.
139. Se kap. 14.1.1 samt närmare om innebörden härav Strömberg, a.a.s. 32 ff.
140. A.a.s. 258.
141. Se t.ex. Strömberg, a.a.s. 51 f samt Henkin och Örücü, a.a.
142. Se om problematiken förutom Strömberg bl.a. Alexander Meiklejohn, Political Freedom, New York/Oxford 1965 s. 24 ff.
143. A.a.

föreslagits av Rawls.[144] Vanliga regleringar av en rättighet är enligt Rawls sådana som inte hindrar deras »central range of application». Ordningsbestämmelser för en debatt hindrar t.ex. inte i sig den fria diskussionen vid ett möte[145] och skall därför inte förväxlas med restriktioner som t.ex. innebär förbud mot vissa religiösa eller politiska läror.[146]

Dessa distinktioner är förvisso inte knivskarpa. Jag tror emellertid att de utgör lämpliga allmänna utgångspunkter för bedömningar av vilka rättighetsbegränsningar som i konkreta fall bör vara tillåtna i en demokrati.

På en punkt finns det dock anledning att anknyta till tysk doktrin. Frågan är hur stort utrymmet för de reella inskränkningarna är: Är alla inskränkningar som sker med stöd av lag och inte strider mot grundlagen tillåtna eller har varje rättighet en kärna, ett *väsensinnehåll* (jfr art. 19 st. 2 GG) som aldrig får inskränkas?[147] Finns det en gräns, en »limit of limitations» eller *s.k. Schranken-Schranken*, för hur långt en rättighetsbegränsning får gå? Svaret på denna fråga beror givetvis till stor del på regleringen i nationell rätt i respektive land. I Tyskland skyddas t.ex. varje rättighets väsensinnehåll, medan det i brittisk rätt inte råder någon tvekan om att lagstiftaren har en generell rätt att begränsa medborgarnas rättigheter. I svensk rätt saknas uttryckliga regler om rättigheters väsensinnehåll[148], men däremot finns utförliga bestämmelser om för vilka ändamål rättigheter får begränsas (jfr RF 2:12 st. 2 och 2:13-14). Vad som mer generellt kan sägas är att rättigheterna som sådana kan bli innehålls- och meningslösa om inte en viss kärna postuleras, vilken lagstiftaren i princip saknar möjlighet att angripa. Om existensen av mänskliga rättigheter godtas, ligger alltså tanken att varje rättighet har en inre kärna, som alltid måste kunna åtnjutas, nära till hands.[149] Utanför denna kärna kan däremot

144. Se Political Liberalism s. 295 ff. Örücü gör i stället (a.a.s. 40 f) en distinktion mellan »regulation» och »limitation». Någon skillnad i sak torde inte föreligga.
145. Jfr även Meiklejohn, a.a.
146. I den amerikanska statsrätten motsvaras Rawls' uppfattning av den modell för tillåtligheten av yttrandefrihetsbegränsningar som utarbetats av Tribe och som bygger på begränsningar mot yttrandens »communicative» respektive »non-communicative» impact. Se American Constitutional Law, Mineola 1978 s. 580 ff. För en illustration av hur denna distinktion kan fungera i svensk rätt kan hänvisas till de bägge rättsfallen RÅ 1981 2:1 och 2:15. I bägge fallen överklagades kommunfullmäktiges beslut att anta en arbetsordning, enligt vilken ordföranden kunde fränta den ordet, som i sitt yttrande avlägsnade sig från ämnet eller uppträdde på ett sätt som stred mot god ordning. I det första fallet fördes talan bara mot den del av föreskriften som gällde avlägsnande från ämnet, medan besvären i det andra fallet avsåg arbetsordningen i dess helhet. Såvitt gällde avlägsnande från ämnet fann RegR att det var fråga om en ordningsföreskrift som jämlikt 2:13 st. 3 inte innebar någon begränsning av yttrandefriheten, men bedömningen blev en annan i det andra fallet (1981 2:15); domstolen fann där att arbetsordningen gav ordföranden möjlighet att ingripa mot talare även på grund av innehållet i dennes yttrande och därför innebar en begränsning av yttrandefriheten, som endast kunde beslutas i lagform.
147. Termen »väsensinnehåll» kan möjligen upplevas som något otymplig på svenska. I och för sig kan även uttrycket »kärna» användas, vilket f.ö. varit brukligt i svenskspråkig finsk doktrin (jfr kap. 6.1). I anslutning till dansk teoridoktrin (se kap. 4.5) och den vedertagna tyska termen Wesensgehalt används här trots allt termen väsensinnehåll, som något bättre än »kärna» återspeglar det tyska uttryckets innebörd.
148. Jfr om väsensinnehåll i svensk rätt nedan i kap. 19.7.
149. Jfr Örücü, a.a.s. 45 ff, särskilt s. 52.

lagstiftaren inte hindras att begränsa utövandet av rättigheten, förutsatt att detta medges i lag och grundlag. Omfånget av kärnan måste dock definieras individuellt för varje rättighet[150] (en uppgift som dock är för stor för att utföras här).[151]

1.7 Översikt över framställningen

Avhandlingen är indelad i fyra delar. Denna första teoretiska del består förutom av detta inledningskapitel av en idéhistorisk tillbakablick (kap. 2), som ägnas åt själva rättighetsidéns framväxt och framförallt dess införlivande i och betydelse för moderna konstitutionella och ideologiska synsätt, samt vidare av kap. 3, som helt ägnas sambandet mellan rättighetsskyddets utformning och olika demokratiuppfattningar. I del II, kap. 4-13, behandlas all utländsk rätt och i del III, kap. 14-18, den svenska rätten. Framförallt i den del som berör utländsk rätt får stora avsnitt oundvikligen en övervägande deskriptiv karaktär, med presentation av olika domstolar, innehållet i olika rättighetskataloger osv. Rättshistorien har varierande betydelse för olika rättssystem, vilket också präglar framställningen; för vissa länders del, t.ex. USA, ägnas stort utrymme åt den historiska utvecklingen, medan denna är av helt underordnad betydelse i exempelvis Danmark.

Del IV, omfattande de avslutande kapitlen 19-20, har en mer rättspolitisk karaktär. I kap. 19 analyseras det svenska rättighetsskyddet, i konkreta rättsliga avseenden, i det breda internationella perspektiv som de här undersökta rättsordningarna erbjuder, medan kap. 20 ägnas en friare rättspolitisk diskussion. I denna del blir det också möjligt att summera arbetet och uttala sig om avhandlingens resultat.

Diskussionen i kap. 19 förs till största delen *de sententia ferenda,* eftersom syftet främst är att undersöka förutsättningarna och plädera för en ändrad svensk rättspraxis i vissa avseenden[152], närmast genom att domstolarna bör tillgodogöra sig vissa rättighetsteorier som sedan länge är vanliga i utländsk rätt. (Den enda (grund)lag(s)ändring jag föreslår är att det s.k. uppenbarhetskravet i RF 11:14 skall avskaffas.) Denna inriktning bygger på att den av Ross gjorda distinktionen mellan rättspolitiska utsagor de lege respektive de sententia ferenda godtas. Preben Stuer Lauridsen menar att denna distinktion var konstlad, eftersom rättspolitiska argument endast kan riktas mot lagstiftaren. Domstolarna dömer nämligen enligt Lauridsen alltid enligt gällande rätt, varför det är

150. Ibid s. 52 ff, särskilt s. 55.
151. I olika internationella konventioner och rättighetskataloger finns, liksom i t.ex. 1 kap. GG och 2 kap. RF, närmare angivet när, hur och för vilka ändamål de inkluderade rättigheterna får begränsas. Vad gäller FN-konventionen från 1966 om medborgerliga och politiska rättigheter har ett antal kända människorättsjurister vid en konferens i Siracusa, Italien 1984 slagit fast ett antal tolkningsprinciper för begränsningsstadgandena (»the Siracusa Principles»). Dessa har inte fått status som officiellt FN-dokument, men är ändå av visst generellt intresse här. Bl.a. föreslås (p. 2-3) att varje rättighets väsensinnehåll skall skyddas och att alla begränsningsregler skall tolkas restriktivt. Begränsningar får bara ske för det syfte som anges i konventionen och aldrig gå längre än nödvändigt med hänsyn till syftet (p. 6 o. 11). Begränsningen måste ha stöd i lag som inte strider mot konventionen (p. 15). Respektive stat har bevisbördan för att begränsningen är motiverad och nödvändig i ett demokratiskt samhälle (p. 12 o. 20). Se för en närmare genomgång av the Siracusa Principles bl.a. Human Rights Quarterly 1985 s. 1-14.
152. Jfr Ross, Om ret og retfaerdighed, 3 uppl, Köpenhamn 1971 s. 58 ff o. 417 ff.

futilt att uppmana dem att döma på ett sätt som »strider mod god juridisk skik og brug».[153] Enligt min mening har dock Ross' distinktion ett stort värde, eftersom det mycket väl kan tänkas att domstolarna missuppfattat något stadgande, baserat en serie avgöranden på tvivelaktiga förutsättningar eller förbisett en enkel lösning på något rättsligt problem. Rättspolitiska uppmaningar till domstolarna att ändra sin praxis, oberoende av samtidiga uppmaningar till lagstiftaren att ändra lagen, är därför fullt tänkbara och rentav naturliga.

I kap. 20 förs som nämnts en något friare rättspolitisk diskussion. Enligt Ingemar Hedenius utgör alla påståenden om rättsläget i rättsligt osäkra fall rättspolitiska utlåtanden, eftersom de inte anger vad som är rätt utan vad som borde vara det.[154] Jag använder dock termen rättspolitik i en mer vedertagen mening av förbättringsförslag (och i kap. 20 om *slutsatser* om vissa faktorer som tycks vara nödvändiga vid utformningen av ett starkt rättighetsskydd, respektive om vilka konsekvenser ett bristfälligt rättighetsskydd tycks få i den moderna demokratin). Förutsättningen för att inkludera denna typ av resonemang i en rättsvetenskaplig avhandling är att rättspolitiken i den här angivna eller någon snarlik mening anses höra till rättsvetenskapen, vilket jag menar är fallet.[155] Gränsen mellan slutsatser och personliga uppfattningar kan dock här vara hårfin och det torde ligga i sakens natur att författarens personliga värderingar inte minst på detta stadium präglar framställningen.

153. Se Lauridsen, Studier i retspolitisk argumentation, Köpenhamn 1974 s. 329 ff.
154. Se Om rätt och moral, 2 uppl, Stockholm 1965 s. 118 f.
155. Jfr Lauridsen, a.a.s. 71 ff, som menar att rättspolitiken utan tvekan hör till rättsvetenskapen så länge det ställs samma vetenskapsteoretiska och -etiska krav på rättspolitik som på annan rättsvetenskap. En fråga är då hur ett rättsvetenskapligt verk som är **helt** rättspolitiskt präglat bör bedömas. Troligen bör också det betraktas som rättsvetenskapligt, under förutsättning att de av Lauridsen uppställda kraven iakttas. Som särskilt viktigt framstår det i ett sådant fall att författaren noga redogör för sina egna (rätts)ideologiska utgångspunkter.

2. Idéhistorisk tillbakablick

2.1 Inledning. Allmänt om människorättsidéns historiska utveckling

Avsikten är att i detta kapitel skildra människorättsidéns historia, bakgrund och framväxt. En sådan framställning blir med nödvändighet översiktlig. De nackdelar som är förknippade med en alltför ytlig genomgång kan dock i viss mån motverkas genom att tyngdpunkten läggs vid den »senare» utvecklingen, från det sena 1600-talet till vår tid. Det är under denna period som den äldre föreställningen om en evig, oföränderlig, för alla tider och folk gällande högre, »naturlig» rätt successivt överges och individens intressen i stället hamnar i fokus.[1] Uttrycket *medborgerliga* rättigheter, gällande för alla medborgare i en viss stat, härrör från 1700-talet; detta begrepp ersätter dock inte tanken på naturliga, för alla människor gällande rättigheter utan är t.ex. i den franska rättighetsdeklarationen från 1789[2] snarare ett komplement till dessa. Det är också med revolutionerna i USA och Frankrike på 1780-talet och den demokratiska utveckling dessa så småningom kom att inspirera som de medborgerliga rättigheterna allt mer blir en del av den liberala politiska ideologin (även om olika liberala tänkare tilldelat dem varierande betydelse).[3]

Som karakteristiskt i den liberala rättstraditionen kan härvid framhävas antingen dess uttalade individualism, där den enskilde individens fri- och rättigheter sätts i centrum[4], eller de bestämda krav som liberalismen ställer på staten: Denna måste skydda medborgarnas rättigheter[5] samtidigt som den inte får växa sig för stark. Tanken att statsmakten måste vara begränsad har gamla rötter i den liberala traditionen.[6] Denna begränsning av statsmakten måste i princip säkerställas med rättsliga medel, vilket i första hand kan ske genom konstitutionen.[7] Givetvis finns det ett visst samband mellan dessa bägge beståndsdelar; liberalismen vill ju först och främst värna *individens frihet mot statsmakten*. Samtidigt medger liberalismen, åtminstone i dess traditionella form, att statsmakten behövs och att friheten av hänsyn till t.ex. ordning, säkerhet och trivsel i samhället inte kan vara oin-

1. Jfr Frede Castberg, Naturrett og menneskerettigheter, Oslo 1967 s. 18.
2. Vars officiella namn är »La declaration des droits de l'homme et du citoyen», Deklarationen om de mänskliga och medborgerliga rättigheterna.
3. Att de äldre rättighetsteorierna inte har något uttalat liberalt innehåll framhävs bl.a. av Tuck, Natural rights theories s. 3. Se om sambandet mellan liberalism och rättigheter samt demokrati även nedan i 3.2.4.1.
4. Liberalismen kan ses som den politiska ideologi som främst värnar om individens frihet, varvid sambandet mellan liberalismen och rättighetsidéerna är klart. Se t.ex. Bobbio, Democracy and Dictatorship s. 115 o. Liberalism and Democracy s. 9, 16, 41 o. 43.
5. Jfr Friedrich, Limited Government s. 67.
6. Jfr Bobbio, Liberalism and Democracy s. 1 och 11 samt Slagstad, a.a.s. 220.
7. Jfr Bobbio, a.a.s. 9. Se även Elster, Ulysses and the Sirens, anf ovan i 1.3 vid n. 30.

skränkt för alla. All liberalism eftersträvar inte en minimal nattväktarstat.[8] Den centrala rättsliga frågan är när och i vilken utsträckning individens fri- och rättigheter kan begränsas.[9]

I kap. 2.2 och 4 behandlas här också flera mot rättighetsidén eller liberalismen kritiska tänkare, som Rousseau, Burke och Hägerström. Däremot görs ingen systematisk genomgång av tänkare eller ideologier som kritiserat tanken på individuella, mänskliga eller medborgerliga, rättigheter; huvuddragen i t.ex. nazismen eller marxismen får antas vara allmänt bekanta.

Ursprunget för den klassiska naturrätten är svårt att ange exakt. Uppfattningen att reglerna för människans handlande tillhörde en naturens ordning förekom emellertid i antikens grekiska filosofi. Denna avvek från en äldre, fornbabylonsk eller i vart fall österländsk uppfattning om staten som en gudomlig inrättning, enligt vilken stats- eller furstemakten var given av Gud (den s.k. teokratismen).[10]

Flera av de stora grekiska filosoferna sökte förklaringar till människornas sammanslutning i samhällen, med de rättsliga konsekvenser detta medförde. Här kan hänvisas till klassiska verk från 300-talet f.Kr. som Staten av Platon och Politiken av Aristoteles. Av betydelse för eftervärlden blev förutom dessa kända namn bl.a. den filosofiska inriktning som kallas stoicismen, vilken menade att både naturen och människorna styrs av en förpliktande världslag (logos). Stoicismen inspirerade den romerske författaren Cicero (106-43 f.Kr.), som i sina skrifter tydligare än någon föregångare uttryckte dessa naturrättslärors grundtanke, nämligen att det finns en evig och oföränderlig rätt för alla folk och att de mänskliga lagarna har sin grund i denna naturliga rätt.[11]

Antikens grekiska och romerska naturrättsidéer upptogs senare av kristendomen, som dock gav dem ett delvis nytt, mer teologiskt innehåll. Den främste representanten för antikens kristna naturrättslära var Augustinus (354-430 f.Kr.), som i likhet med Cicero menade att de jordiska lagarna inte var giltiga om de inte överensstämde med en naturlig, evig rätt, vilken enligt honom var identisk med Guds vilja. Här framläggs för första gången den religiösa synen på naturrätten, dvs tanken att denna är given av Gud. Dessa idéer kom sedan på medeltiden att av Thomas av Aquino utvecklas till en mer allomfattande rättslära, vilken alltjämt gäller som den katolska kyrkans rättslära.[12]

Motvikten eller oppositionen i den äldre, »pre-revolutionära» rätts- och statsläran till denna länge dominerande religiösa naturrättsuppfattning kom med den rationalistiska naturrättslära som slog igenom på 1600-talet. Företrädarna för denna – Grotius, Pufendorf, Locke m.fl. – menade att naturrätten bestod av allmänna förnuftsprinciper, vilka omedelbart kunde inses av förnuftet och var eviga och oföränderliga, gällande för alla tider och folk. Att deras giltighet inte går att bevisa var inget problem, eftersom den var uppenbar för alla förnuftiga människor.[13] I förhållande till äldre naturrättsuppfattningar var denna rationalistiska lära dessutom mer individualistisk och angelägen att betona den enskilda människans värdighet och rättigheter, oberoende av hennes samhällsställning.[14]

8. Jfr ovan i 1.1 n. 3 samt Bobbio, a.a.s. 11 ff om distinktionen mellan frågan om statens omfång och dess funktioner. Se härom även nedan i 3.1.
9. Jfr bl.a. George G. Brenkert, Political Freedom, London/New York 1991 s. 66 f. o. 83.
10. Se till det sagda Tore Strömberg, Rättsfilosofins historia i huvuddrag, 2 uppl, Lund 1985 s. 9 ff.
11. Ibid och Castberg, a.a.s. 12 f.
12. Se närmare om Thomas' lära Strömberg s. 15 ff, Tuck s. 17 ff och Castberg, s. 14 ff.
13. Se närmare om denna tankeriktning Strömberg s. 21-32 och Castberg s. 16 f. Skillnaderna mellan Grotius och Pufendorf behandlas ingående av Tuck, a.a.s. 156 ff.
14. Peces-Barba anser bl.a. av just den anledningen att denna period kan beskrivas som den moderna rättighetsidéns födelsetillfälle, eftersom det var vid denna tidpunkt som »den moderna världen» föddes; se a.a.s. 281.

Som något av en föregångare till denna rationalistiska naturrättslära måste betraktas ett i sitt slag unikt dokument, nämligen den brittiska Magna Charta från 1215. Detta kan beskrivas som historiens första dokument **av konstitutionell natur**, även om det egentligen var en överenskommelse mellan kung John och vissa baroner och länsherrar om att den förre skulle respektera vissa av de senares friheter. Sålunda har dokumentet ibland sagts vara av feodal natur.[15] Icke desto mindre utgör texten en form av rättighetskatalog där det i inledningen slås fast att kungen »have also granted to all free men of our kingdom, for us and our heirs forever, all the liberties hereunder written, to be had and held by them and their heirs, of us and our heirs.» Än viktigare är kanske att deklarationen, även om den inte ger uttryck för någon avancerad politisk teori eller återspeglar någon viss konstitutionell ideologi, var så allmänt formulerad att den förmått inspirera senare konstitutionell utveckling både i Storbritannien och USA, främst vid revolutionerna på 1600- respektive 1700-talen. Dess egentliga betydelse är därför, som Schwartz uttryckt det, »its potential for meaning different things to different ages».[16] Magna Charta är det första dokument där det klarläggs att det finns vissa heliga eller naturrättsliga principer **som inte ens härskaren i staten får bryta mot.**[17]

Att en kärna av denna rationella naturrättslära lever kvar än i våra dagar, t.ex. i olika rättighetsdeklarationer, går inte att bestrida. Inte minst var det denna typ av idéer som fick ett uppsving i stora delar av världen efter andra världskriget.[18] Samtidigt är det ingen tillfällighet att just dessa idéer på 1900-talet kom att bli föremål för hård kritik från positivistiska och rättsrealistiska tänkare; påståendet att vissa grundsatser, vars giltighet inte kan bevisas, är självklara och axiomatiska kan uppenbarligen angripas på goda grunder. Tanken att de allmänna förnuftsprinciper som enligt 1600-talets naturrättslärare var evigt gällande i själva verket bara uttrycker värderingar är inte alls egendomlig. Utvecklingen under 1900-talet visar dock att det kan ligga en fara i att driva denna värdenihilistiska kritik mot de (rationalistiska) naturrättsliga föreställningarnas kärna alltför långt.[19]

Gemensamt för dessa äldre naturrättsläror är sammanfattningsvis att de utgår från att vissa normer eller värden **är riktiga**, oavsett om de kommer till uttryck i den positiva, gällande rätten eller ej. Detta antagande kan dock aldrig verifieras utan måste utgå från vissa postulat, religiösa eller mer förnuftsbetonade. För de äldre naturrättstänkarna var detta överhuvudtaget inget problem, men detta faktum skulle under 1900-talet framstå som rättighetsidéns största svaghet.

15. Se t.ex. Friedrich, Limited Government s. 30, Bernard Schwartz, The great rights of Mankind, New York 1977 s. 2 ff och Edward S. Corwin, Liberty against Government, Baton Rouge 1948 s. 23 f om denna diskussion.
16. A.a.s. 7.
17. Av särskild betydelse för den framtida utvecklingen har därvid sannolikt den konkreta frihets- och rättssäkerhetsgarantin i art. 39 varit: »No free man shall be taken or imprisoned or deprived of his freehold or of his liberties or free customs, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, nor shall we go upon him, nor shall we send upon him, except by a legal judgment of his peers or by the law of the land.»
18. Se kap. 2.4.2.
19. Jfr nedan i avsn. 2.4.2 om naturrättens renässans efter andra världskriget.

2.2 De stora revolutionerna

2.2.1 *John Locke och the Glorious Revolution*

Även om rättighetsidén också hos vissa äldre rättstänkare varit en del av en större samhälls- eller statslära var det först med revolutionerna under 1600- och 1700-talen som den kom att få konkret politisk betydelse och ingå i ett visst politiskt program. Detta gäller särskilt de franska och amerikanska revolutionerna, men i viss mån också den brittiska revolutionen 1688-89, inte minst genom inspirationen från John Locke, denna revolutions store ideolog.

Betydelsen av Lockes på många sätt banbrytande idéer framgår tydligast om de ses mot en (idé)historisk bakgrund. Grundläggande inom stats- och rättsläran under 1600-talet var läran om samhällsfördraget, som i viss mån hängde samman med den rationalistiska naturrättslärans framväxt. Föreställningen att härskaren i samhället härledde sin makt (och därmed fått sin legitimitet) från ett tänkt avtal, ett samhällsfördrag mellan honom och undersåtarna, ägnat att undanröja det kaos som rådde i det rena naturtillstånd i vilket människorna levde innan de slöt sig samman i samhällen, byggde på principen *pacta sunt servanda*. Denna princip var en hörnsten i Grotius' naturrätts- och folkrättslära.[20] Teorin om samhällsfördraget kunde emellertid åberopas till stöd för i princip vilken regim som helst, inklusive envälde och absolutism; vad den gav en förklaring till var bara hur furstens makt uppkommit, men däremot ställdes inga innehållsmässiga krav på maktutövningen för att furstens legitimitet skulle bibehållas. Sedan fursten väl fått sin makt kunde han enligt de flesta läror om samhällsfördraget i stort sett utöva den som han ville, utan att hans legitimitet urholkades. En ledande företrädare för tanken på samhällsfördraget som menade att detta var ovillkorligen bindande och att undersåtarna saknade rätt att göra uppror mot en enväldig härskare var engelsmannen Thomas Hobbes.[21]

Det nya i Lockes tankar låg bland annat i hans syn på samhällsfördragets karaktär, som på flera punkter skiljer sig från Hobbes'.[22] Samhällsfördragets syfte var enligt Locke att värna de rättigheter individerna hade redan i det ursprungliga naturtillståndet.[23] Vid ingåendet av samhällsfördraget uppgav emellertid inte människorna sina rättigheter i

20. Se allmänt om huvuddragen i de olika föreställningarna om ett samhällsfördrag av detta slag samt om Grotius Strömberg, a.a.s. 21-26.
21. Se närmare om Hobbes' lära förutom Strömberg s. 26-28 bl.a. Ian Shapiro, The Evolution of Rights in Liberal Theory, Cambridge 1986 s. 23-79, Andrzej Rapaczynski, Nature and Rights, Ithaca/London 1987 s. 17-111 och Hendrik Jan van Eikema Hommes, Major Trends in the Theory of Legal Philosophy, Amsterdam 1979, s. 97-108.
22. Liksom övriga delar av Lockes lära kom detta tydligast till uttryck i hans huvudverk Two Treatises of Civil Government, som utgavs 1690 men skrevs tidigare på 1680-talet, då Locke befann sig i exil i Holland. Här hänvisas endast till detta Lockes huvudverk; för en genomgång av hans övriga skrifter och värdering av förhållandet mellan tankarna i dessa respektive i Two treatises ... se Richard Ashcraft, Revolutionary Politics & Lockes Two Treatises of Government, Princeton 1986 s. 75-127. Som Castberg påpekar (a.a.s. 19) är det oklart om Locke och övriga naturrättslärare vid denna tid på allvar trodde att ett ursprungligt naturtillstånd rått och att samhällena verkligen uppstått genom ingående av avtal mellan undersåtarna och en utsedd härskare eller om hela denna teori var en – nödvändig – fiktion för legitimeringen av statsmakten och rättigheterna. Se även Strömberg, a.a.s. 34 ff och Shapiro, a.a.s. 82 vid not 3.
23. Se Second Treatise 124: »The great and chief end, therefore, of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property».

större utsträckning än som krävdes för att detta syfte skulle kunna förverkligas. De rättigheter människorna behållit – vilka Locke sammanfattade under beteckningen »*property*» – var enligt honom eviga och oförytterliga. Om härskaren var oförmögen att värna medborgarnas rättigheter eller rentav förgrep sig på dem bröt han det ingångna samhällsfördraget. Makten återgick då till folket, som hade rätt att välja en ny härskare. Undersåtarna hade alltid rätt att göra uppror mot den härskare som bröt samhällsfördraget eller inte var kapabel att uppfylla det. Dessa tankar låg till grund för hela Lockes statslära, vilken kan beskrivas som *den första liberala statsläran.*[24]

Olikheterna gentemot Hobbes' lära består således främst i synen på samhällsfördragets syfte. Detta sammanhänger i sin tur med deras olika syn på naturtillståndet. Enligt Hobbes rådde där något av ett allas krig mot alla, varför syftet med att ingå samhällsfördraget främst var att uppnå lag och ordning. Människorna överlämnade all sin frihet till en suverän för att denne skulle kunna beskydda dem. Locke beskrev däremot naturtillståndet som »a state of peace, goodwill, mutual assistance, and preservation».[25] Människorna var i grunden förnuftiga, men eftersom övergrepp mot den rådande ordningen trots allt förekom hade de intresse av mer ordnade förhållanden och därmed av att ingå ett samhällsfördrag.[26] Denna skillnad i synen på det tillstånd från vilket människorna inträdde i samhället förklarar i viss mån också de skilda uppfattningarna om vilka rättigheter undersåtarna bevarade gentemot härskaren, liksom synen på rätten till uppror gentemot denne.[27]

Det var den sistnämnda punkten, dvs rätten till revolt, som gav Lockes idéer deras konkreta politiska betydelse i dåtidens England.

Bakgrunden var att monarkin återinförts efter Cromwells död 1658. 1660 besteg Charles II, son till den Karl I som störtats av Cromwell, tronen. Charles II efterträddes vid sin död 1685 av sin bror James II, som snabbt hamnade i konflikt med parlamentet. Redan under Charles' II regeringstid hade flera revoltförsök förekommit. Dessa berodde dels på motstånd från flertalet politiker mot det envälde som bägge bröderna representerade, dels på rent religiösa motsättningar; både Charles II och James II var katoliker och avsåg att göra katolicismen till den officiella religionen, medan befolkningsmajoriteten och flertalet mer framträdande släkter bekände sig till protestantismen. Motsättningarna ökade då revoltförsök mot kungen slogs ner med stor brutalitet både 1681-82

24. Under 1900-talet, då intresset för Locke inom den politiska filosofin tycks ha stigit, har de politiska och ideologiska implikationerna av hans lära diskuterats åtskilligt, inte minst i brittisk statsvetenskaplig doktrin. Åsikter har framförts om att han egentligen var allt från en i grunden konservativ upphovsman till den moderna kapitalismen (huvudverket är här C.B.Macphersons The political Theory of Possessive Individualism från 1962; se även Shapiro, a.a.s. 80 o. 127) till en genuin radikal (särskilt Ashcraft, vars stora verk Revolutionary Politics ... helt syftar till att visa att så var fallet). Att Locke kan tolkas på så olika sätt är i och för sig begripligt, eftersom han framförde för sin tid mycket radikala – närmast omstörtande – åsikter, samtidigt som hans lära lägger den teoretiska grunden för många av de institutioner och företeelser som den moderna marknadsekonomin vilar på (t.ex. äganderätten). Jfr nedan i n. 33. Det naturligaste är dock att se honom som den förste liberale stats- och rättsfilosofen och därmed som den moderna liberalismens upphovsman.
25. Second Treatise 19.
26. Enligt Locke var felet med naturtillståndet att det var för osäkert, inte att det var outhärdligt. I naturtillståndet rådde hela tiden en osäkerhet; människorna måste – även om det var ovanligt – hela tiden räkna med att de kunde bli angripna. Se särskilt Second Treatise 123.
27. Jfr Rapaczynski, a.a.s. 200-01 och Shapiro, a.a.s. 118. Av privata skäl – för att ha möjlighet att återvända till England efter Cromwells maktövertagande 1649 – försåg dock Hobbes sin lära med ett tillägg. I hans huvudverk Leviathan från 1651 förklaras att undersåtarna har rätt att välja en ny härskare om den tidigare härskaren är oförmögen att erbjuda dem det beskydd som är samhällsfördragets syfte. På detta sätt kunde Cromwells maktövertagande passas in i hans lära.

och 1685; många revolutionärer, inklusive Locke, flydde till Holland. 1688-89 störtades emellertid James II genom en mer framgångsrik revolution (»The Glorious Revolution») och ersattes av sin svärson Vilhelm av Oranien.[28]

Eftersom Two Treatises ... inte publicerades förrän 1690 blev Lockes roll som revolutionens ideolog snarast att legitimera denna i efterhand. Att boken skrivits i början av 1680-talet, varför kritiken egentligen riktar sig mot Charles II snarare än James II är därvidlag av underordnad betydelse.[29]

Oavsett att Lockes direkta syfte med hänsyn till tidsaspekten rimligen inte kan ha varit att legitimera revolutionen mot James II – men däremot att försvara och rättfärdiga oppositionens, *the Whigs*, politiska kamp[30] – var det oundvikligt att budskapet i Two Treatises efter publiceringen 1690 kom att uppfattas som ett försvar för det inträffade.[31]

Vad som är nytt hos Locke i förhållande till äldre naturrättsteorier är inte minst att han drar konkreta politiska konsekvenser av det faktum att medborgarna tillerkänns vissa naturliga, medfödda rättigheter. Den härskare som inte värnar dessa förlorar helt enkelt sin legitimitet, sin rätt att härska. Härigenom fick rättighetsidén för första gången politisk sprängkraft.

Lockes syn på naturtillstånd och samhällskontrakt ligger till grund för övriga delar av hans statslära. En logisk konsekvens av uppfattningen att samhällskontraktet ingåtts för att värna medborgarnas naturliga rättigheter, utan att medborgarna ställt sina oförytterliga rättigheter till härskarens förfogande, är ju att de styrande organens – kungens, parlamentets – makt alltid måste begränsas av syftet med samhällssammanslutningen (staten); att värna medborgarnas oförytterliga rättigheter.

Locke skilde mellan människans frihet i naturtillståndet (»natural liberty») och friheten i samhället, sedan samhällsfördraget ingåtts[32] (av hans uttolkare i allmänhet benämnd civil liberty). Eftersom han menade att människorna hade rättigheter redan i naturtillståndet, att de inte avstått från alla dessa rättigheter genom ingåendet av samhällsfördraget samt att rättigheterna är rättsligt bindande (och genom rätten till uppror kan göras gällande mot härskaren), fann Locke att lagar som stred mot dessa naturliga rättigheter var ogiltiga: »the municipal laws of countries» var bara gällande i den utsträckning de var »founded on the law of Nature, by which they are to be regulated and inter-

28. För en bred framställning av revolutionsförloppet hänvisas här till Ashcraft, a.a. samt Maurice Ashley, The Glorious Revolution of 1688, London 1966.
29. Det kan nämnas i sammanhanget att Charles och James stödde sitt envälde snarare på teokratiska idéer om att kungen fått sin makt av Gud än på Hobbes' tankar; Hobbes betraktades som ateistisk och alltför cynisk för att i tider av religiösa motsättningar tilltala de övertygat katolska kungarna. Den ledande ideologen bakom enväldet var i stället Robert Filmer, som i stridsskriften Patriarcha argumenterade för det kungliga enväldet. Locke skrev därför i viss mån Two Treatises för att underminera den avlidne Filmers uppfattningar. De mer principiella och tidlösa konstitutionella resonemangen i the Second Treatise innehöll i större utsträckning polemik mot Hobbes. Jfr Ashley, a.a.s. 99 och James Tully, Locke on Liberty, i Z.Pelczynski/J.Gray, Conceptions of Liberty in Political Philosophy, London 1984 s. 64.
30. Jfr Tully, a.a.s. 76.
31. Jfr Ashcraft, a.a.s. 9: »The Two Treatises of Government was, in effect, the political manifesto of this movement.» Det långa och viktiga stadgandet 222 i the Second Treatise, där förutsättningarna för rätten till revolt preciserades, lades f.ö till 1689, just före publiceringen. Se närmare Ashcraft s. 545 f.
32. Se t.ex. Second Treatise 22.

preted.»[33] Här, i kravet på att lagar måste överensstämma med en högre rätt, framstår Locke som något av en inspiratör till den stora debatt om konstitutionalism och rättighetsskydd som hundra år senare utbröt i USA.

Faktum är att Locke även på vissa andra punkter förebådade den konstitutionella debatten och utformningen av grundlagen i USA. Detta gäller främst hans maktdelningslära, som motiverades med att det inte gick att få tillräckliga garantier för att myndigheterna respekterade undersåtarnas rättigheter om all makt anförtroddes åt en enda person eller ett enskilt organ. Locke ville därför göra en åtskillnad mellan den lagstiftande, verkställande och federativa statsmakten, där den senare i princip skulle ha ansvar för utrikespolitiken. Skillnaden mot Montesquieus mer inflytelserika lära är som synes att Locke inte reserverat någon makt för domstolarna och tydligen inte reflekterat över att de eventuellt kunde ges uppgiften att skydda rättigheterna.

Vad gäller Lockes syn på den lagstiftande makten, som är av särskild vikt här, är det i och för sig naturligt att han, alldeles efter långvariga motsättningar mellan parlamentet och kungen som mynnat ut i en revolution där parlamentet utmanövrerade kungen, betonade parlamentets betydelse och vikten av att den verkställande makten, »the executive», var underställd denna. Det var endast bestämmelser utfärdade av den lagstiftande makten som undersåtarna var skyldiga att följa.[34] I ett gott samhälle kunde det bara finnas en »supreme power», nämligen den lagstiftande makten, »to which all the rest are and must be subordinate».[35] I ett poetiskt ögonblick beskrev han till och med parlamentet som »the soul that gives form, life, and unity to the commonwealth».[36] Att de ideologiska rötterna till den centrala brittiska statsrättsliga principen om *parliamentary sovereignty* återfinns här är uppenbart.[37] Trots detta menade dock Locke, som vi sett, att den lagstiftande maktens handlingsfrihet måste vara begränsad dels genom ett förbud mot lagar som kränkte medborgarnas naturliga rättigheter, dels genom undersåtarnas rätt att avsätta och byta ut den härskare som inte skyddade rättigheterna. Han pläderade

33. Second Treatise 12. – En given fråga i detta sammanhang är givetvis hur Locke definierade dessa rättigheter, som hade så stor betydelse för hans filosofi. Centralt för denna del av hans lära är begreppet *property*, som rentav beskrivits som »the intellectual cornerstone of his philosophical position» (Rapaczynski s. 120). Tanken att syftet med samhällsfördraget var att värna medborgarnas rättigheter uttryckte Locke f.ö. med att »(T)he great and chief end, therefore, of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property» (Second Treatise 124). Property i Lockes mening är något betydligt mer än bara äganderätt och måste snarare ses som en synonym till, eller samlingsbeteckning för summan av individens rättigheter. Varje människa har enligt Locke en egendomsrätt, en »property» till sin egen person, till liv, hälsa, frihet och egendom; dessa är alltså de grundläggande rättigheterna. Därutöver ansåg Locke att de naturtillgångar som människan tillgodogjorde sig och på något sätt bearbetade eller förädlade tillföll honom (Second Treatise 26-27). Denna »labor theory of property» (se Rapaczynski s. 186 och Ashcraft, a.a.s. 262 ff) möjliggör naturligtvis utvecklingen av den kapitalistiska egendomsordningen och det moderna äganderättsbegreppet, men det är uppenbart att termen property i Lockes lära inte kan översättas med äganderätt utan har en vidare innebörd.
34. Se Second Treatise 22: »The liberty of man, in society, is to be under no other legislative power, but that established by consent, in the commonwealth, nor under the dominion of any will, or restraint of any law, but what the legislative shall enact, according to the trust put in it.» Se även 134 o. 220.
35. Second Treatise 149.
36. Second Treatise 212.
37. Se närmare i kap. 9.2.3.

således för en begränsad lagstiftningmakt trots sin sympati för det brittiska parlamentet.

Parlamentet, särskilt House of Commons, spelade verkligen en revolutionär roll under händelserna 1688 och 1689, både genom att driva James II på flykten och genom att uppställa villkor för den nye kungens maktutövning (bl.a. att han inte fick vara katolik). Vilhelm av Oranien tvangs alltså underkasta sig parlamentets villkor innan han kunde bestiga tronen. Den Declaration of Rights (senare Bill of Rights) som de bägge kamrarna enades om att anta den 13 februari 1689 inleddes f.ö. med en uppräkning av den avsatte James' alla felsteg, varefter följde en lång lista med parlamentets politiska krav i den nya situationen. Parlamentet krävde bl.a. att få utöva lagstiftnings- och beskattningsmakten samt att kungen inte fick sätta sig över dess lagar. Det fortsatte sedan under Vilhelms regeringstid att anta flera lagar som markerade dess självständighet och överhöghet gentemot kungen[38], varefter denna överhöghet snabbt erkändes. Deklarationen innehöll några få rättighetsregler, om fria parlamentsval och förbud mot för höga bötessummor, men var namnet till trots ingen rättighetskatalog i egentlig mening.

De statsrättsliga implikationerna av den ärorika revolutionen var betydelsefulla, både för utvecklingen i Storbritannien och för omvärlden. Först och främst innebar den ett politiskt genombrott för *folksuveränitetens* princip. Parlamentet var visserligen inte demokratiskt i den meningen att det var valt av folket och hade inte heller en sammansättning som innebar att de breda folklagren var representerade, men uppfattades ändå principiellt som det brittiska folkets talesman. Händelserna 1688-89 möjliggjorde därför en utveckling mot demokrati, i takt med att kretsen av politiskt aktiva utvidgades till fler och större befolkningsgrupper.[39] Lockes idéer fick dock inte fullt genomslag; slutresultatet av revolutionen blev nämligen att **all** egentlig makt samlades i parlamentet, den lagstiftande församlingen, och att inga lagar, Acts of Parliament, kunde åsidosättas av andra organ i det brittiska samhället. Parlamentets lagstiftningsmakt är med andra ord total. Denna doktrin om parlamentets absoluta överhöghet, om parliamentary sovereignty eller *supremacy*, är än i dag huvudprincipen i den brittiska statsrätten och kom, som en negativ förebild, att spela en stor roll för den konstitutionella utvecklingen i USA.

2.2.2 *Den amerikanska revolutionen*

Revolutionen i Nordamerika på 1770-talet är en på många sätt märklig händelse, inte minst för att den i högre grad än kanske någon annan revolution i världshistorien kan sägas ha lyckats; dess resultat blev bestående och den följdes inte av någon kontrarevolution. Vid en jämförelse med den franska revolutionen framstår framgången som fantastisk.

Vad gäller själva revolutionsförloppet bör en distinktion göras mellan å ena sidan det skeende som ledde fram till de amerikanska koloniernas frigörelse från Storbritannien och å andra sidan den politiska utveckling **i USA**, efter självständigheten 1776, som ledde fram till antagandet av den nya konstitutionen 1787. Från statsrättslig utgångspunkt är främst den senare utvecklingen av intresse: Själva frigörelseprocessen har påverkat diskussionen i hela världen om kolonialism, frigörelse, oberoende, självständighet osv, men det är den amerikanska grundlagen som innehåller de konstitutionella innova-

38. Se för en översikt över denna utveckling Ashley, a.a.s. 186-87.
39. Jfr Alf Ross, Varför demokrati?, 2 uppl., Stockholm 1965 s. 33.

tioner vilka kom att influera såväl statsskick som konstitutionell utveckling och debatt i en mängd länder.[40]

Redan oavhängighetsförklaringen av den 4 juli 1776 ger uttryck för de båda grundläggande principerna i amerikansk demokrati, folksuveräniteten och de mänskliga rättigheterna. Där görs ett försök att förena dessa två principer:

> We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed ...

Regeringens – dvs här de styrande organen, i USA:s fall presidenten och kongressen – makt kan således härledas från folkets samtycke, samtidigt som regeringens uppgift är att skydda människornas oförytterliga rättigheter. Inflytandet från Locke är här tydligt. Men vad händer om den »regering» som styr med folkets samtycke, i sin maktutövning inkräktar på de oförytterliga rättigheterna? Denna inneboende konflikt mellan folksuveränitet och medborgerliga rättigheter skulle få större betydelse än grundlagsfäderna, »The Founding Fathers», förutsåg.

Enligt fortsättningen på oavhängighetsförklaringen gäller att »whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.» Folket har med andra ord rätt att avsätta en regering **närhelst** denna agerar i strid med folkets intressen och inte förmår främja dess välgång. The Founding Fathers gick här längre än Locke, som menade att folket hade rätt till uppror enbart mot den härskare som bröt samhällsfördraget eller inte förmådde skydda medborgarnas rättigheter, och framförallt längre än revolutionärerna i London 1689, vilka ansåg sig styra i folkets namn men inte införde några spärrar mot sin egen maktutövning. Oavhängighetsförklaringen gavs en mer demokratisk tolkning, som innebar att folkmajoriteten hade en principiell rätt att avlägsna den härskare som man ogillade. Denna princip institutionaliserades genom antagandet 1787 av en konstitution som innehöll regler om presidentval och val till kongressens bägge kamrar (och som gjorde USA till den första demokratiska staten i världen). Härigenom hade för första gången i historien synen på regeringsmakten som ett förtroendeuppdrag, som kan återkallas av de undersåtar vilka inte är nöjda med härskarens maktutövning, slagit igenom.[41] Den amerikanska revolutionen innebar därför i hög grad ett genombrott för den politiska demokratin.

Vad som emellertid är särskilt kännetecknande för den amerikanska revolutionens demokratibegrepp är att den folksuveränitet som på detta sätt upphöjdes till maktens källa inte är obegränsad, eftersom hänsyn i all maktutövning måste tas till människans med-

40. Utvecklingen mellan 1763, då motsättningarna mellan de amerikanska kolonierna och Storbritannien skärptes, och 1776, då självständigheten proklamerades, kommer följaktligen inte att genomgås här. Översikter över utvecklingen och över hur motsättningarna växte fram ges av bl.a. Bernard Bailyn, The Ideological Origins of the American Revolution, Cambridge 1976, s. 94-159 och Schwartz, The great rights of Mankind kap. 1-3. En utförlig analys av de ideologiska strömningarna i USA under decennierna före och efter 1776 ges av Gordon S. Wood, The Creation of the American Republic 1776-1787, Williamsburg 1969.

41. Jfr Ross, a.a.s. 37.

födda naturliga rättigheter.[42] Syftet med antagandet av en konstitution och en rättighetskatalog var därför inte att tillerkänna medborgarna nya rättigheter utan att skapa garantier för att deras rättigheter skulle respekteras, inte bara av andra medborgare utan också av »härskaren», av regeringen och myndigheterna. De amerikanska grundlagsfäderna avvisade alla de idéer om *absolut* folksuveränitet och absolut överhöghet för parlamentet som sedan hundra år härskat i Storbritannien och efter den franska revolutionen även blev rådande i Frankrike.[43] Kärnan i den amerikanska revolutionen, själva dess budskap, är därför att all maktutövning, även den demokratiska och legitima, måste begränsas och att individens rättigheter måste värnas, inte bara mot myndigheter och tjänstemän utan även mot majoritetens önskemål. Hannah Arendt har i en klassisk studie över revolutioners förlopp beskrivit den amerikanska revolutionens teoretiska och ideologiska landvinning på denna punkt, insikten att »in the realm of human affairs sovereignty and tyranny are the same», som »the greatest American innovation in politics».[44] Just denna insikt ledde, när den omsattes i konstitutionell praxis, med nödvändighet till krav på gränser för den statliga maktutövningen.

De konstitutionella innovationer som den amerikanska revolutionen ledde fram till beskrivs närmare i kap. 10. Något om dem kan dock sägas redan här. Först och främst märks att själva idén om grundlagen som en högre rätt, som är bindande även för lagstiftaren och regeringen, emanerar från USA. Vidare märks att Montesquieus maktdelningslära kom att tillämpas mer konsekvent i USA än någon annanstans i världen. I USA skrevs ett system med inbördes kontroller (»*checks and balances*») mellan de olika maktutövande organen in i konstitutionen; presidenten gavs en viss vetorätt mot kongressens lagförslag samtidigt som en möjlighet för kongressen att avsätta presidenten säkerställdes genom regler om s.k. *impeachment*. Utvecklingen därefter har också inneburit att presidenten blivit beroende av stöd i kongressen för att få igenom sin politik. Även uppdelningen av den lagstiftande församlingen i två kamrar, senaten och representanthuset, var – liksom själva det federala styrelsesättet – en amerikansk innovation och ett konkret uttryck för maktdelningstanken. Också lagprövningsrätten uppstod i USA, ehuru inte genom konstitutionstexten utan genom det berömda rättsfallet Marbury v. Madison från 1803. Redan i 1787 års konstitution konstateras dock i art. III att domstolarna skall ha »(T)he judicial **power**». Att domstolarna, främst S.Ct., skall utöva viss, i förekommande fall politisk makt var av allt att döma grundlagsfädernas avsikt.

En av de viktigaste innovationerna var införandet av en särskild rättighetskatalog, en Bill of Rights som till skillnad från den brittiska av 1689 gör skäl för namnet och innehåller garantier för bl.a. yttrande-, mötes-, religionsfriheten, rätt till en opartisk och offentlig

42. Att the Founding Fathers betraktade de rättigheter vilka nämndes i oavhängighetsförklaringen respektive senare skyddades i the Bill of Rights som medfödda framgår klart av ordalydelsen i bägge dessa deklarationer. Jfr oavhängighetsförklaringens ord om de uppenbara (»self-evident») sanningarna, bl.a. att alla människor är »endowed by their creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness». Se även t.ex. am. IV (»The right of the people to be secure ... shall not be violated») och am. IX: »The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.»
43. Jfr avsnitt 2.2.1 o. 2.2.3. – Som ett konkret uttryck i USA:s Bill of Rights för avståndstagandet från tanken på en överhöghet för parlamentet kan ses formuleringen i am. I, om yttrande-, mötes- och religionsfriheten: Stadgandet inleds med orden »Congress shall make no law ...», varefter följer en uppräkning av olika typer av lagar som kongressen inte kan anta därför att detta skulle kränka olika okränkbara rättigheter.
44. Se On Revolution, New York 1963 s. 152. Jfr även s. 24: »Not »life, liberty and property» as such, but their being inalienable rights of man, was the result of revolution.»

rättegång och förbud mot oskäligt hårda straff.[45] Det finns därför skäl att närmare granska omständigheterna kring dennas tillkomst.

Vad gäller den rent politiska bakgrunden till antagandet av katalogen kan observeras att oavhängighetsförklaringen var en överenskommelse mellan tretton självständiga stater, vilka gick samman i en konfederation (United States of America). I texten sägs uttryckligen att dessa tretton stater skall vara »free and independent States».[46] Kort tid efter att självständigheten hade utropats utarbetades därför the Articles of Confederation, vilka trädde i kraft 1778 och fungerade som en grundlag i den konfederation som USA just då utgjorde. USA var således inte en stat utan en sammanslutning av stater, vilken möjligen kunde samordna de olika medlemsstaternas handlande men saknade en egentlig regering. Den centralmakt som fanns var mycket svag; varje delstatsparlament utsåg varje år en delegation om två till sju personer, vilka företrädde delstaten vid *the Congress*, de möten mellan delstatsföreträdarna som ägde rum årligen. Varje delegat kunde återkallas av sin delstatsregering. Denna »kongress», som inte skall förväxlas med den nuvarande, saknade lagstiftnings- och beskattningsmakt, liksom rätt att instifta domstolar; kostnaderna för konfederationens försvar samlades in genom att kongressen bad delstaterna om anslag.

Centralmaktens bristande befogenheter blev snart ett stort problem på det ekonomiska området. De flesta staterna stiftade nämligen lagar som hindrade den fria handeln både inom och mellan staterna. Konfederationen med sin svaga centralmakt hade ingen möjlighet att åtgärda dessa problem, vilket var den främsta orsaken till att ett stort konvent sammankallades i Philadelphia 1787 för att ge unionen en starkare ledning. Det var vid denna tidpunkt uppenbart att konfederationen som den ursprungligen utformats inte fungerade särskilt väl, utan behövde förändras i grunden.[47]

Det rådde efter konfederationens misslyckande viss enighet bland delstaterna om vilka förändringar som krävdes, varför uppgiften för de män som samlades i Philadelphia den heta sommaren 1787 var att skapa en handlingskraftig centralmakt och uppnå en rimlig maktbalans, både mellan de federala organen och mellan federationen och delstaterna.[48] Delegaterna vid konventet kom nästan helt att inrikta sina krafter på dessa rent statsorganisatoriska frågor och resultatet blev som bekant art.I-VII, den ursprungliga texten i den berömda konstitution som USA nu haft i över tvåhundra år.

Även om slutresultatet av konventet i Philadelphia kan sägas ha blivit gott medförde koncentrationen på vissa speciella frågor oundvikligen att andra viktiga ämnen negligerades. Detta gällde framförallt de medborgerliga rättigheterna, vilket var en aning märkligt eftersom flertalet delstater 1787 hunnit anta egna rättighetskataloger och vissa delstater rentav utvecklat former för *judicial review*.[49] Först den 12 september 1787, fem dagar före konventets avslutande, framlades ett förslag om att en kommitté skulle tillsättas för att utarbeta en rättighetskatalog. Förslaget röstades emellertid ner enhälligt av

45. Se närmare om innehållet i Bill of Rights kap. 10.2.3.
46. Det har därför i doktrinen, möjligen på goda grunder, hävdats att hänvisningen i rättighetsförklaringen till folksuveräniteten inte avsåg folket i hela unionen, utan befolkningarna i de respektive delstaterna. Se t.ex. James Bradley Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1893 s. 131 och Akhil Reed Amar, Of Sovereignty and Federalism, Yale L.J. 1987 s. 1444.
47. Se allmänt om konfederationen bl.a. John E. Nowak/Ronald D. Rotunda/J. Nelson Young, Constitutional Law, 2 uppl, St.Paul 1983 s. 122, Amar, a.a.s. 1444 f och Schwartz, The Great Rights of Mankind, New York 1977 s. 100 ff, särskilt s. 103.
48. Se t.ex. Amar, a.a.s. 1439 och Schwartz, a.a.
49. Se Schwartz, a.a. och J. Skelly Wright, The Bill of Rights in Britain and America: A Not Quite Full Circle, Tul.L.Rev. 1981 s. 303. En genomgång av denna tidiga rättspraxis i delstaternas domstolar finns hos Schwartz s. 95 ff. Se även Raoul Berger, Congress v. The Supreme Court, Cambridge 1969 s. 36 ff och Edward S. Corwin, Court over Constitution, Princeton 1938 s. 24 ff.

delstaterna, ett beslut som snart skulle visa sig få stor inverkan på ratificeringen av konstitutionsförslaget.[50]

Så gott som omedelbart efter det att förslaget till en ny konstitution förelades delstaterna för ratificering utbröt nämligen en livlig debatt om dess lämplighet. Denna debatt kom snart att fokuseras på avsaknaden av en rättighetsförklaring.

Olika företrädare för delstaternas intressen, främst anti-federalister vilka var motståndare till en stark centralmakt, kritiserade avsaknaden av rättighetskatalog och hävdade att konstitutionen därigenom inte skyddade medborgarnas rättigheter mot den federala centralmakten; delstatsgrundlagarna utgjorde enligt dem inget tillräckligt skydd, eftersom federal lag enligt art.VI i konstitutionen hade företräde framför alla delstatslagar, inklusive delstaternas grundlagar. Förslagets tillskyndare, federalisterna, bemötte denna kritik med att hävda att federationen endast ägde de befogenheter som den tillerkändes i konstitutionen, varför den exempelvis inte kunde begränsa pressfriheten eller andra rättigheter som delstaterna i sina grundlagar garanterade medborgarna; något stadgande om att den var berättigad att göra detta fanns ju inte i konstitutionen.[51] En uttrycklig garanti för yttrandefriheten och andra medborgerliga rättigheter var därför enligt federalisterna överflödig.[52]

Federalisterna fick snart allt svårare att övertyga den växande skaran skeptiker om hållbarheten i sina argument. Framförallt visade det sig att ett stort antal delstater var tveksamma till att ratificera konstitutionsförslaget om inte detta kompletterades med en rättighetsförklaring. Enligt art.VII i konstitutionsförslaget kunde inte konstitutionen träda i kraft förrän den ratificerats av nio delstater. Vid flera delstatskonvent efter varandra visade det sig att oppositionen mot förslaget var stark. Delegater som åberopade de federalistiska argumenten fick ett svagt stöd.[53] Federalisterna tvingades då, för att konstitutionen överhuvudtaget skulle kunna antas, överge sitt motstånd mot en rättighetskatalog.[54] De mer skeptiska delstaterna var ändå inte beredda att omedelbart anta förslaget, utan krävde att en rättighetskatalog först skulle utarbetas. Detta motsatte sig emellertid federalisterna ivrigt, väl medvetna om att det skulle kräva sammankallande av ännu ett konvent. En kompromiss uppnåddes, innebärande att delstaterna ratificerade konstitutionen samtidigt som de gavs möjlighet att lägga fram förslag till regler som borde ingå i rättighetskatalogen. Konstitutionen trädde formellt i kraft den 21 juni 1788 då New Hampshire som nionde delstat ratificerade den. Delstaterna New York och Virginia agerade ändå i det längsta för att ett andra konvent borde hållas, men kraven härpå upphörde sedan Madison i representanthuset den 4 maj 1789 lovat att rättighetskatalogen skulle utarbetas inom några få veckor.[55]

Madison lade så fram förslaget till en Bill of Rights (am.I-X till den amerikanska konstitutionen) i representanthuset den 8 juni 1789. Kongressens bägge kamrar godtog efter vissa ändringar förslaget den 24 (representanthuset) respektive 25 (senaten) september samma år.[56] Delstaterna förelades

50. Schwartz gör (a.a.s. 104) det inte helt osannolika antagandet att det kanske främsta skälet till att samtliga delstater genom sina representanter vid konventet röstade ner förslaget var att det lades fram så sent: Delegaterna hade vistats i Philadelhia ända sedan maj, det hade varit en rekordhet sommar och de såg nu fram emot att äntligen få resa hem. Under sådana betingelser var de kallsinniga till ett förslag som lades fram »i elfte timmen» och med visshet skulle komma att innebära åtskilligt merarbete.
51. Denna uppfattning om federationens befogenheter överensstämmer i och för sig med i dag gällande uppfattning, men var kanske inte lika given före antagandet av am.X 1791; se närmare härom avsnitt 10.2.3 resp. 10.3.2.
52. Det för eftervärlden mest kända federalistiska inlägget med denna innebörd gjordes av Hamilton i The Federalist No. 84; se närmare härom och om debatten som sådan Schwartz, a.a.s. 106 ff o. 113.
53. En detaljerad genomgång av ratificeringen i de olika delstaterna ges av Schwartz, a.a.s. 121-59. Se även Berger, a.a. kap. 4 (s. 120-43).
54. Schwartz, a.a.s. 111 ff.
55. Se Schwartz s. 119-59 för närmare detaljer om skeendet.
56. Se Schwartz s. 160-86 för en mycket detaljerad genomgång av förslagets behandling i de båda kamrarna.

förslaget för ratificering av president Washington den 2 oktober 1789, men det blev inte ratificerat av alla delstater förrän drygt två år senare, den 15 december 1791.[57]

Det var alltså delstaterna och anti-federalisterna som ivrade för att den ursprungliga konstitutionstexten skulle kompletteras med en rättighetskatalog. Detta var kanske det viktigaste politiska skälet till att the Bill of Rights utarbetades, men det bör påpekas att det även fanns andra, mer ideologiska skäl till att konstitutionen försågs med en rättighetskatalog.[58]

En central ideologisk eller (idé)historisk aspekt är att det amerikanska statsskicket till stor del utformades i protest mot Storbritannien, kolonialmakten; den brittiska konstitutionen var en negativ förebild, som det gällde att inte efterlikna. På minst tre viktiga konstitutionella områden märks tydligt ambitionen att skapa en annan reglering än den brittiska; detta gäller maktdelningen mellan de federala organen, federalismen och rättighetsskyddet. Detta har en historisk förklaring.

Naturrättsliga tankar och uppfattningar om en högre rätt, som vanliga lagar inte fick strida mot, var tämligen utbredda i Storbritannien under 1600-talet.[59] Det är knappast heller någon tvekan om att de hade ett starkt stöd i de nordamerikanska kolonierna, bland de ursprungliga brittiska emigranter som kom till Amerika under 1600-talet.[60] Efter den ärorika revolutionen 1688-89 förlorade emellertid dessa idéer alltmer sitt infly-

57. Två av de föreslagna tolv tilläggen ratificerades dock aldrig av tillräckligt många stater. – Materialet om delstatsparlamentens ratificering av Bill of Rights är ofullständigt, varför det är föga känt vad diskussionerna i de olika delstaterna kretsade kring. Se närmare Schartz s. 186-91.
58. Delvis kom dessa mer ideologiska aspekter till uttryck i en välkänd skriftväxling mellan Jefferson och Madison. Denna inleddes med att Madison i oktober 1787 tillskrev Jefferson, då amerikansk ambassadör i Paris, och informerade honom om utfallet av konventet i Philadelhia. Jefferson, en övertygad anti-federalist, svarade i ett brev av den 20 december 1787 att han var nöjd med utvecklingen vid konventet men ansåg att en rättighetsförklaring borde ha antagits som tillägg till konstitutionen: »... a bill of rights is what the people are entitled to against every government on earth ...» Han vände sig också emot federalisternas argument att en rättighetskatalog var överflödig eftersom federationen endast ägde de befogenheter som den tillerkändes i konstitutionen. Jefferson menade att det rättsliga stödet för denna tes var svagt. I ett brev från Madison, daterat den 17 oktober 1788, visade det sig att Madison tagit vissa intryck av Jefferson. Madison förklarade här att han själv alltid varit för en rättighetskatalog, men att han aldrig tillmätt frågan särskilt stor vikt och tvivlade på att en rättighetsdeklaration kunde skapa ett effektivt rättighetsskydd för medborgarna. I sitt svar den 15 mars 1789 hävdade slutligen Jefferson att en rättighetsdeklaration visst kunde leda till ett effektivt rättighetsskydd, **under förutsättning att domstolarna gavs rätten att vaka över att reglerna i en sådan deklaration iakttogs:** »In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me; the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which, if rendered independent and kept strictly to their own department, merits great confidence for their learning and integrity.» Madison föreslog så i sitt tal inför representanthuset den 8 juni 1789 att det skulle ankomma på de oberoende domstolarna att värna medborgarnas i rättighetsförklaringen garanterade rättigheter. Se närmare om konversationen mellan Madison och Jefferson (vilken återges i James Morton Smith (utg.) The Republic of Letters, The Correspondence between Thomas Jefferson and James Madison 1776-1826, vol. I 1776-1790, New York/London 1995 s. 495 ff, 511 ff, 562 ff o. 586 ff), Edmond Cahn, The Firstness of the First Amendment, Yale L.J. 1956 s. 464 ff och Schwartz, a.a.s. 115-18.
59. Jfr kap. 9.3.3.1.
60. Se för en allmän genomgång av ideologiska strömningar i Nordamerika under denna tidiga period och deras betydelse för den framtida utvecklingen (»the Colonial Heritage») Thomas Grey, Origins of the Unwritten Constitution, Stan.L.Rev. 1978 s. 865 ff. Se även Amar, a.a.s. 1432 f.

tande i Storbritannien. Under 1700-talet skulle i stället framförallt Blackstone få stort inflytande genom sin uttolkning av innebörden av parliamentary sovereignty, vilken med kraft inskärpte att parlamentets lagstiftningsfrihet var total.[61] Ingenting tyder dock på att idéutvecklingen i de amerikanska kolonierna under 1700-talet löpte i samma banor; här levde tvärtom arvet från brittiska 1600-talsjurister som Coke kvar.[62] Följaktligen fanns det i kolonierna liten förståelse för den bl.a. av Blackstone lanserade tanken att parlamentets överhöghet innebar att alla av parlamentet givna lagar oavsett sitt innehåll hade samma status och att därför inga lagar kunde vara mer fundamentala eller konstitutionella än andra.[63]

Det fanns flera skäl till att den brittiska doktrinen om parliamentary sovereignty aldrig fick något egentligt fotfäste i Nordamerika: Flera stadgor för olika kolonier innehöll rättighetsregler med ett naturrättsligt färgat innehåll. Det geografiska avståndet mellan Storbritannien och kolonierna nödvändiggjorde ett stort mått av lokalt självstyre i kolonierna, vilket ledde till att det brittiska parlamentet omöjligen kunde styra dem i särskilt hög grad. Parlamentets allsmäktighet blev under sådana omständigheter en princip som dåligt motsvarade verkligheten.[64] Tanken på en bindande högre rätt, som lagstiftaren inte kunde inskränka, hölls hela tiden levande, både genom att de koloniala domstolarna åsidosatte lokala lagar som stred mot brittisk rätt och genom att debatter ofta utbröt om huruvida brittiska lagar stred mot högre principer i den brittiska konstitutionen (såsom de vilka 1215 kommit till uttryck i Magna Charta).[65] Jordmånen för den brittiska läran om parlamentets överhöghet var kort sagt inte god i Amerika.[66]

När sedan de politiska motsättningarna mellan kolonierna och den brittiska regeringen skärptes under 1760- och 1770-talen blev den brittiska uppfattningen att parlamentet kunde stifta vilka lagar som helst, även i frågor som rörde kolonierna, något av en nagel i ögat på de senare. Invånarna i kolonierna blev alltmer missnöjda med hur britterna behandlade dem, samtidigt som regeln att parlamentet kunde stifta vilka lagar det ville indikerade att de kunde bli ännu sämre behandlade i framtiden. Ett så allsmäktigt parlament som det brittiska framstod som okontrollerbart och därmed oförenligt med alla frihetsideal.[67] I stället för att vinna stöd bidrog därför de brittiska idéerna om

61. Se kap. 9.3.3.1.
62. Se närmare bl.a. Grey, a.a., Corwin, a.a.s. 21 f och Berger, a.a.s. 23 ff samt om Coke i avsnitt 9.3.3.1 nedan.
63. Jfr Wood, a.a.s. 262 f.
64. Jfr Bailyn, a.a.s. 168 o. 202 f samt Wood, a.a.s. 349 f.
65. Se förutom Gray, Corwin och Berger, a.a., även M. Cappelletti/W. Cohen, Comparative Constitutional Law, Indianapolis/New York/Charlottesville 1979 s. 10 och Amar, a.a.s. 1432.
66. Däremot var den härskande attityden i kolonierna före 1776 länge en beundran för de höga principerna i den brittiska konstitutionen, så som dessa kommit till uttryck efter the Glorious Revolution. När motsättningarna mellan kolonierna och London skärptes spreds i Amerika uppfattningen att det ädla brittiska statsskicket urartat och att dess ideal korrumperats; se närmare Bailyn, a.a.s. 46-47, 85-86 o. 188 f samt Wood, a.a.s. 12 f o. 262.
67. Jfr Wood s. 265 o. 267.

parliamentary sovereignty och »legislative omnipotence» till att inspirera koloniernas revolt och frigörelse från moderlandet.[68]

De antibrittiska stämningarna i kolonierna underblåstes omedelbart före frigörelsen av Thomas Paines mycket inflytelserika skrift Common Sense (Sunt förnuft). Common Sense, som blev något av en tändande ideologisk gnista för självständighetsrörelsen[69], var starkt präglad av exbrittens Paine motvilja mot sitt gamla hemland. Paine uttryckte sig på följande vis om det brittiska statsskicket: «Min föreställning om styrelsens form hämtar jag från en naturens princip ... med detta rättesnöre för ögonen vill jag yttra några ord om den så omskrutna Engelska författningen. Att den var förnämlig i de mörka och slaviska tider då den upprättades, är givet. Då världen var uppfylld av tyranni blev det ringaste avsteg därifrån en lysande räddning. Men att den är ofullkomlig, utsatt för krampryckningar, samt oförmögen att frambringa vad den syns lova, är lätt att visa ... Att påstå att Engelska författningen är en union av trenne makter, vilka ömsesidigt tygla varandra, är löjligt; antingen betyda orden ingenting, eller motsäga de varandra ... Engelsmännens förkärlek för sin egen styrelseform, genom kung, högadel och underhus, härrör sig minst lika mycket av nationalstolthet som av förnuft.»[70]

Det var mot denna bakgrund logiskt att den efter frigörelsen snarast förstärkta motviljan mot de bärande tankarna i det brittiska statsskicket även kom att påverka utformningen av den amerikanska konstitutionen. Det kan erinras om att själva det faktum att den amerikanska konstitutionen nedtecknades i ett enskilt dokument var ett radikalt steg på 1780-talet; Storbritannien hade ingen skriven grundlag och det råder knappast någon tvekan om att the Founding Fathers häri såg en potentiell källa till tyranni.[71] Även principen att konstitutionen hade högre status än vanliga lagar stred mot brittiska rättstraditioner.[72]

Vidare var det naturligt att den allmänna stämningen i USA när en ny konstitution skulle utarbetas efter frigörelsen från Storbritannien var skepsis, rentav fientlighet mot en stark centralmakt. Som betonats ovan var själva idén om oinskränkt lagstiftningsbefogenhet för ett parlament som gavs rätt att styra hela riket främmande för amerikanskt tänkesätt. En central »kongress» av det slag som börjat diskuteras inför konventet 1787 kunde för många amerikaner i det nya, vidsträckta landet verka som en nästan lika avlägsen maktutövare, lika obenägen att ta hänsyn till enskilda medborgares intressen, som parlamentet i London.[73] Delstaterna hade 1776 tillerkänts en betydande grad av självständighet. Samtidigt visade konfederationens sammanbrott eller i vart fall misslyckande att en starkare centralmakt var nödvändig för att det nya självständiga landet skulle kunna fungera. Lösningen på problemet blev maktdelningen mellan federationen och delstaterna, särskilt den hårda regleringen av centralmakten, som endast tilläts utöva de befogenheter som den uttryckligen

68. Så åtminstone enligt Berger, a.a.s. 29 och Amar s. 1430. Den senare talar f.ö. om »the war of ideas between Britain and America that preceded and inspired the military struggle over independence ...». Se även Grey s. 869-90, med konkreta exempel på vilka uttryck koloniernas irritation över den brittiska uppfattningen om Storbritanniens rätt att stifta lagar som gällde på andra sidan Atlanten kunde ta sig under frigörelsekampen, och Berger s. 25 samt Schwartz, The great rights ... s. 55 f om hur Cokes idéer vann gehör i USA.
69. Samtidigt väckte Paines hårda kritik av engelsmännen och skarpa språkbruk starkt motstånd i breda kretsar; se närmare om reaktionerna på denna hans första viktiga skrift Bailyn, a.a.s. 287.
70. Paine, Sunt förnuft, Stockholm 1986 s. 56 ff (övers. Thomas Warburton).
71. Jfr bl.a. Hugo L. Black, The Bill of Rights, N.Y.U.L.R. 1960 s. 869 f och Robert B. McKay, The preference for freedom, N.Y.U.L.R. 1959 s. 1185.
72. Ibid samt Wood s. 262 f. Jfr om den brittiska statsrätten kap. 9.2.
73. Se närmare Berger s. 31 ff.

tillerkändes i konstitutionen (en princip som dock inte tydliggjordes där förrän am.X antagits 1791).[74]

Samtidigt var det inte självklart för grundlagstiftarna att de trots allt omfattande befogenheter som slutligen tillerkändes centralmakten skulle vara samlade i ett enda organ. Både i Storbritannien och USA byggde det konstitutionella tänkandet på folksuveränitetens princip. I Storbritannien togs det emellertid för givet att denna suveränitet måste utövas av ett enda organ, som företrädde folket; historiskt hade detta varit kungen, men efter 1688 var det parlamentet. Främst två faktorer bidrog till att skapa en helt annan, för britterna och övriga världen okänd[75] form av maktdelning i USA: Dels att flera av grundlagsfäderna tagit intryck av filosofer som Locke och Montesquieu, dels den negativa uppfattningen om det brittiska statsskicket, där all makt samlats i parlamentet.[76] När federalisterna 1787 föreslog att centralmakten skulle ges betydligt mer makt än tidigare gällde det, för att undvika den skadliga maktkoncentration som fanns i Storbritannien, att finna ett nytt sätt att fördela makten mellan de centrala maktorganen. Resultatet blev den maktdelning mellan lagstiftande, verkställande och dömande makt som så starkt präglat USA ända sedan konstitutionen antogs.[77]

Det tredje området där motviljan mot det brittiska systemet i kombination med delstaternas motvilja mot en stark centralmakt spelade en viktig roll för reglernas utformning var rättighetsskyddet. Ovan beskrevs hur och varför the Bill of Rights antogs. Också motviljan mot den brittiska tanken på en oinskränkt makt för lagstiftaren påverkade utvecklingen.

Exemplen från åren före 1787 på motvilja bland delstaterna inför tanken på en allsmäktig lagstiftare är många.[78] Delstaterna fruktade naturligtvis att berövas beslutanderätt. Därtill kom en genuin, djupt rotad motvilja mot despotiska lagstiftare vars maktutövning inte var begränsad.[79] Jefferson hade redan 1781 yttrat att »173 despots would surely be as oppressive as one... And elective despotism was not the government we fought for.»[80] Åsikter av denna typ var allmängods vid konventet i Philadelphia 1787, vilket kom att återspeglas i konstitutionens maktdelningsschema. Men trots att den federala makten delats på ett så snillrikt sätt, återstod mycket lagstiftningsmakt hos kongressen. Det var denna makt förespråkarna för en rättighetskatalog ville begränsa, bland annat för att undvika en maktkoncentration till det lagstiftande organet som ens avlägset kunde påminna om situationen i Storbritannien.[81]

Denna strävan att undvika en brittisk situation kom kanske tydligast till uttryck i Ma-

74. Någon motsvarighet till denna decentralisering av makten och begränsning av centralmaktens befogenheter fanns givetvis inte i Storbritannien, ett synnerligen centraliserat land.
75. Jfr Wood, a.a.s. 345 f.
76. Jfr Madison i The Federalist No. 47, i The Federalist, Cambridge 1961 s. 336 s. 301: »... the accumulation of all powers ... in the same hands ... may justly be pronounced the very definition of tyranny.» Se närmare om the Federalist nedan i kap. 10.4.2.2.
77. Se till det sagda bl.a. Amar s. 1430-45.
78. Se t.ex. Berger s. 8 ff o. 31 ff.
79. Som exempel kan hänvisas till James Iredell, sedermera ledamot av S.Ct., som i en konstitutionsdebatt 1786 yttrade: »We had not only been sickened and disgusted for years with the high and almost impious language from Great Britain, of the omnipotent power of the British parliament, but had severely smarted under its effects. We ... should have been guilty of ... the grossest folly, if in the same moment when we spurned at the insolent despotism of Great Britain, we had established a despotic power among ourselves.» Se Berger, a.a.s. 360 vid n. 151.
80. Se Berger s. 31. – Jefferson föregrep här på ett slående sätt 1980-talets debatt i Storbritannien om parlamentets obegränsade makt, s.k. elective dictatorship m.m.; jfr härom kap. 9.4-5.
81. Jfr t.ex. Black s. 869.

disons tal med förslag till en Bill of Rights inför representanthuset den 8 juni 1789. Madison beskrev då situationen i Storbritannien på följande sätt:

> In the declaration of rights which that country has established, the truth is, they have gone no farther than to raise a barrier against the power of the Crown; the power of the Legislature is left altogether indefinite. Although I know whenever the great rights, the trial by jury, freedom of the press, or liberty of conscience, come in question in that body, the invasion of them is resisted by able advocates, yet their Magna Charta does not contain any one provision for the security of those rights, respecting which the people of America are most alarmed. The freedom of the press and rights of conscience, those choicest privileges of the people, are unguarded in the British Constitution.
>
> But although the case may be widely different, and it may not be thought necessary to provide limits for the legislative power in that country, yet a different opinion prevails in the United States.[82]

Det kan observeras att Madison i detta tal inte endast kritiserade frånvaron av skrivna rättighetsregler i den brittiska konstitutionen som sådan, utan också det faktum att de rättigheter som trots allt fanns i ett skrivet dokument som 1215 års Magna Charta inte innehöll något skydd mot lagstiftaren. Han betonade också att det brittiska synsättet saknade stöd i USA.

När the Bill of Rights väl antagits tyder, mot bakgrund av nu nämnda omständigheter, det mesta på att det förutsattes att rättigheterna i denna också borde ges ett starkt rättsligt skydd. I Storbritannien erkändes ju sedan gammalt flera medborgerliga rättigheter, men de åtnjöt inget skydd mot lagstiftaren; »*legislative despotism*» av det slag som var bekant från Storbritannien ville man lämna bakom sig.[83] Huruvida grundlagsfäderna egentligen avsåg att ge domstolarna rätt att åsidosätta lagar som kränkte rättigheterna i Bill of Rights är dock en gammal tvistefråga, av viss betydelse för tolkningen av den amerikanska konstitutionen, som genomgås i kap. 10.[84] Den fortsatta utvecklingen i USA, som beskrivs närmare i avsnitt 10.4.2, ledde dock till att domstolarna gavs rätt att åsidosätta lagar som stred mot konstitutionen och the Bill of Rights. Oavsett grundlagsfädernas konkreta avsikter var detta en logisk konsekvens av den demokratisyn som präglade den amerikanska revolutionen.[85]

82. 1 Annals of Congress 436 (1789).
83. Jfr bl.a. Berger s. 8 ff. o. 36.
84. Se närmare kap. 10.4.2.2.
85. Thayer, en av de skarpaste kritikerna av den enligt honom alltför vidsträckta lagprövningsrätten i USA, yttrade sig t.ex. i sin välkända och inflytelserika artikel The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law (Harv.L.Rev. 1893 s. 130) på följande sätt om lagprövningsrättens ursprung: »How came we then to adopt this remarkable practice? Mainly as a natural result of our political experience before the War of Independence, – as being colonists, governed under written charters of government proceeding from the English Crown.»

2.2.3 *Den franska revolutionen*

2.2.3.1 OLIKHETER MED USA. ROUSSEAU, FOLKSUVERÄNITETEN OCH RÄTTIGHETSDEKLARATIONEN

Vid en ytlig betraktelse tycks revolutionen i Frankrike 1789 ha mycket gemensamt med den amerikanska revolution som ägde rum drygt ett decennium tidigare. I båda fallen gjorde i någon mening förtryckta folkgrupper, eller representanter för dessa, uppror mot sina härskare. En ny samhällsordning etablerades. Nya konstitutioner och rättighetskataloger antogs i båda länderna.

Samtidigt är skillnaderna stora. Den mest uppenbara skillnaden är naturligtvis att den franska revolutionen i motsats till den amerikanska inte ledde till någon stabilitet; i stället blev motsättningarna mellan olika politiska grupper inom några få år efter 1789 så svårartade att en ren terrorregim etablerades. Revolutioner och kontrarevolutioner kom sedan att avlösa varandra; under perioden 1791-1875 hade Frankrike tio olika grundlagar. Det är därför givet att den franska revolutionens resultat såvitt gäller statsskickets utformning och de politiska institutionernas inbördes förhållanden inte kunde bli särskilt bestående.

Skillnader vad gäller utfall och konkreta resultat av de respektive revolutionerna är dock en sak för sig, som kan bero på tillfälligheter, enskilda individers inflytande, olika politiska och ekonomiska förutsättningar i de bägge länderna eller något annat. Intressantare från en idéhistorisk synpunkt är de rent ideologiska skillnader som på olika sätt präglade de två revolutionerna. Det är nämligen uppenbart att revolutionärerna i Frankrike och USA besjälades av delvis skilda idéer och uppfattningar, inte minst beträffande folksuveränitetens gränser samt förhållandet mellan den enskilde och den lagstiftande makten. Dessa skillnader kan i sin tur ha haft historiska orsaker. De två revolutionerna ägde rum i olika samhällen, hade olika syften (i USA gällde det att bli en självständig nation, i Frankrike att undanröja sociala orättvisor[86]) och riktade sig mot två principiellt olika slags makthavare. Viktigare än rent historiska undersökningar kring vilka synsätt och idéer som bidrog till en viss utveckling är dock här en beskrivning och analys av olikheterna i de statsrättsliga synsätt som präglade revolutionerna.

Enkelt uttryckt bestod därvidlag den centrala skillnaden mellan de två revolutionerna i skilda uppfattningar om folksuveränitetens karaktär och därmed också om lagstiftningsmaktens gränser. Medan det centrala i den amerikanska revolutionen var en önskan att begränsa folksuveräniteten och att förena denna med hänsyn till individens rättigheter, präglas den franska revolutionen av en nästan obegränsad tilltro till den legitime lagstiftaren och den genom denne utövade folksuveräniteten. De franska revolutionärerna kan sägas ha misslyckats med att skilja makt och rätt åt; fenomenen hade enligt det franska synsättet samma källa, nämligen den suveräna folkviljan. Den amerikanska revolutionen byggde också på att makten emanerade från folket, men **rätten**, i form av lagarna, härledde sin giltighet från och fick framförallt inte strida mot konstitutionen, den högre rätten.[87]

86. Se Arendt, s. 88 f, 154 o. 164.
87. Jfr Arendt, a.a.s. 153 f: » ... the framers of the American constitutions, although they knew they had to establish a new source of law and to devise a new system of power, were never even tempted to derive law and power from the same origin. The seat of power to them was the people, but the source of law was to become the Constitution, a written document, an endurable objective thing ...»

Hannah Arendt har beskrivit fransmännens okritiska tro på att makt och rätt hade samma ursprung som den franska revolutionens »fateful blunder», medan »the radical separation of law and power, with clearly recognized different origins», var »the great good fortune of the American Revolution».[88] Här anges således dessa åsiktsskillnader som orsaken till de skilda revolutionsförlopp som senare följde i Frankrike och USA. En annan fråga är vad de ideologiska skillnaderna egentligen berodde på. En historisk förklaring ligger nära till hands: I USA gjordes revolution mot en »begränsad monarki», Storbritannien, där det lagstiftande parlamentet ända sedan 1689 varit den reelle makthavaren, medan det styre som vältes över ända i Frankrike var en absolut monarki. Detta fick till följd att den amerikanska revolutionen präglades av misstänksamhet mot den oinskränkta lagstiftningsmakten. I Frankrike däremot saknades motsvarande skepsis mot den parlamentariske lagstiftaren, vilket var naturligt eftersom man saknade erfarenhet av en sådan.[89] Arendt menar att dessa olikheter hade en avgörande betydelse:

> Nothing, indeed, seems more natural than that a revolution should be predetermined by the type of government it overthrows; nothing, therefore, appears more plausible than to explain the new absolute, the absolute revolution, by the absolute monarchy which preceded it, and to conclude that the more absolute the ruler, the more absolute the revolution will be which replaces him.[90]

Den franska revolutionen ersatte alltså kungen som källan, upphovet till både makten och rätten i samhället, med folket, nationen, vars suveräna vilja manifesterade sig genom lagstiftaren.[91] Och denna vilja framstod, efterhand som revolutionen accelererade, alltmer som oinskränkt. Redan i rättighetsdeklarationen av den 26 augusti 1789, allmänt betraktad som revolutionens kanske främsta landvinning och enda bestående resultat[92], märks emellertid detta för den franska revolutionen karakteristiska drag, inte minst vid en jämförelse med den samtidigt utarbetade och antagna amerikanska Bill of Rights.[93]

I den amerikanska rättighetskatalogen (am.I-X) ges inte lagstiftaren några större möjligheter att begränsa medborgarnas rättigheter. Tvärtom heter det i am.I, om yttrande-, religions- och mötesfriheten, att lagstiftaren, kongressen, »shall make no law (min understrykning) respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press ...».[94]

Den franska rättighetsdeklarationen ger uttryck för en helt annan syn på lagstiftarens

88. A.a.s. 164 f.
89. Se bl.a. Gerald Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie, Wien 1989 s. 170-71.
90. A.a.s. 154.
91. Se också Georges Vedel, Abrégé de l'histoire des droits de l'homme en France depuis 1789 (I), Commentaire 59/1992 s. 639 f.
92. Se närmare om rättighetsdeklarationens fortsatta öde avsnitt 8.2.
93. Den amerikanska rättighetskatalogen utarbetades sommaren 1789 men trädde inte i kraft förrän den 15 december 1791, då den ratificerats av tillräckligt många delstater. Se ovan s. – Det kan nämnas att en stundtals livlig diskussion förts under 1900-talet om graden av likhet mellan de franska och amerikanska deklarationerna. Se närmare härom bl.a. Vedel, a.a.s. 639 och Gerard Conac, L'influence des déclarations Americaines et de la Constitution des Etats-Unis dans l'histoire constitutionnelle francaise, i Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports francais au deuxieme Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit constitutionnel, Paris – Aix-en-Provence 1987 s. 423-464.
94. Se närmare om regeln avsnitt 10.2.3.

befogenheter. Visserligen sägs det i art. 2 att målet för varje politisk sammanslutning är att bevara människans naturliga och oförytterliga rättigheter, men samtidigt framgår av de följande bestämmelserna att de flesta rättigheterna kan begränsas genom lagen, som enligt art. 6 är ett uttryck för allmänviljan, »l'expression de la volonté générale». Enligt art. 4 kan gränserna för utövandet av människans naturliga rättigheter bara bestämmas genom lag (ehuru lagstiftaren enligt art. 5 bara har rätt att förbjuda samhällsskadliga handlingar). Lagstiftaren bestämmer enligt art. 7 när någon kan anklagas eller gripas och enligt art. 10-11 vilka gränser som skall gälla för religions- och yttrandefriheten. Detsamma gäller enligt art. 17 för äganderätten.[95] I Frankrike görs följaktligen inte på samma sätt som i USA en åtskillnad mellan den högre rätten, i form av konstitutionen eller rättighetskatalogen, och den vanliga lagen.[96] Lagstiftaren ges vida möjligheter att begränsa rättigheterna. Den franska rättighetsdeklarationen kan här tyckas ligga närmare moderna rättighetskataloger som ECHR eller 2 kap. RF än den amerikanska, men det bör observeras att den franska deklarationen inte preciserar närmare för vilka ändamål begränsningar får ske. Detta gäller i synnerhet för yttrandefriheten, där av lagstiftaren angivna missbruk helt allmänt sägs vara förbjudna, och den personliga friheten (art. 7), om vilken det lakoniskt stadgas att »(N)ul homme ne peut être accusé, arreté ni detenu que dans les cas déterminés par la loi». Lagstiftaren ges här alltså fria händer att fastslå villkoren för frihetsberövanden, vilket kom att få viss betydelse i ett senare skede av revolutionen.

Denna rättighetsdeklaration präglas således av en olöst motsättning mellan folksuveräniteten och de medborgerliga rättigheterna.[97] Någon önskan att begränsa lagstiftarens handlingssfär märks inte; tvärtom genomsyras texten av ett stort förtroende för lagstiftaren. Lagen är det främsta uttrycket för folksuveräniteten och därför snarast ett instrument ägnat att värna de medborgerliga rättigheterna. Finns det någon misstänksamhet mot de styrande organen så riktar den sig mot den verkställande makten, som i viss mån kan ses som monarkins arvtagare.[98] Lagstiftaren är däremot höjd över alla misstankar.[99]

En annan skillnad mellan de bägge deklarationerna är att den franska i högre grad ger uttryck för politisk och ideologisk radikalism. Här kan inflytandet från de franska upplysningsfilosoferna förmodas ha varit betydelsefullt. Sålunda förklaras det i art. 4 att frihet består i att kunna göra allt som inte skadar andra människor, i art. 6 att alla medborgare har rätt att vara med och utforma lagarna och lika rätt att tillträda samhällets högre ämbeten samt i art. 13 att allmän skatt skall fördelas lika mellan medborgarna i förhållande till deras betalningsförmåga. Principer som dessa var naturligtvis oerhört nyskapande och omstörtande i slutet på 1700-talet. Även draget av universalism är slående i den franska deklarationen. Utgångspunkten är att de där proklamerade rättighe-

95. Se närmare om de olika rättighetsreglerna från denna utgångspunkt kap. 8.4.
96. Den första franska postrevolutionära konstitutionen antogs inte förrän 1791. Rättighetsdeklarationen – som ingick i dennas *préambule* – antogs således två år tidigare och var formellt oberoende av antagandet av en grundlag, vilket möjligen är ett av skälen till att deklarationen levt ett eget liv och överlevt en mängd franska konstitutioner. Se närmare kap. 8.1-2.
97. Jfr bl.a. Ross, a.a.s. 39, Stourzh, a.a. och Vedel, a.a.s. 640 f.
98. Jfr Vedel s. 641.
99. Med viss reservation för deklarationens inledning, där det talas om att »representanterna för det franska folket, samlade till nationalförsamling, beslutat att nedteckna människans naturliga, oförytterliga och heliga rättigheter . . . ; för att den lagstiftande och den verkställande maktens handlingar, när de vid varje tillfälle kan jämföras med ändamålet för alla politiska institutioner, skall bli mer respekterade av samhällets medlemmar».

terna gäller för alla människor; i art. 1 heter det t.ex. att alla människor föds och förblir lika i rättigheter och i art. 2 att målet för *varje* politisk sammanslutning är att bevara människans naturliga rättigheter. Dessa universella rättigheter jämställs så med de franska medborgarnas rättigheter.

En särskild fråga, som ännu är livligt omdiskuterad i idéhistoriska kretsar, är i vilken utsträckning de beskrivna särdragen i den franska revolutionens händelseförlopp berodde på att revolutionärerna påverkats av Jean-Jacques Rousseau, som ju var en av de ledande upplysningsfilosoferna. Frågan är svårbesvarad men bör ändå diskuteras något. Rousseau framstår nämligen, om än särpräglad, som en tidig representant för ett formellt demokratibegrepp, med obegränsad majoritetsmakt, varför en närmare genomgång av hans statslära och politiska idéer är på sin plats.

Innebörden av Rousseaus på 1700-talet framförda idéer är mycket omdiskuterad.[100] Här föreligger en likhet med Locke, vars tankar av eftervärlden bedömts ha de mest skiftande förtecken.[101] Rousseau har förvisso aldrig betraktats som liberal, vilket är naturligt mot bakgrund av den underordnade roll individen spelar i hans lära, men däremot tolkats både som konservativ och radikal, fascist och revolutionär. Gemensamt för hans kritiker är dock att de skönjer totalitära drag i hans syn på samhällets organisation, främst i kravet på att individen måste underordna sig majoritetens önskemål.

Precis som Hobbes, Locke m.fl. tidigare stats- och rättsfilosofer utgick Rousseau från att människorna ursprungligen levt i ett naturtillstånd men sedan lämnat detta och ingått ett samhällsfördrag, varigenom en statsmakt upprättats. Till skillnad från t.ex. Hobbes menade han dock att naturtillståndet varit något av en idyll, ända tills den förhatliga äganderätten infördes.[102] Enligt Rousseau var människorna av naturen goda, ehuru de till följd av äganderätten uppkomna klasskillnaderna skapat motsättningar, som snarast förstärkts när staterna grundades.

Rousseaus exakta syn på samhällsfördraget är emellertid något oklar. Av hans statsteoretiska huvudverk, Du Contrat Social från 1762[103], framgår nämligen inte om han i

100. Hänvisningar till den livliga internationella debatten om karaktären av Rousseaus idéer och om hans inverkan på franska revolutionen finns i Reinhard Brandt, Rousseaus Philosophie der Gesellschaft, Stuttgart 1973 s. 17 ff och Joan McDonald, Rousseau and the French Revolution, London 1965 s. 11 ff. Utförliga analyser av förhållandet, syftande till att visa att Rousseaus konkreta inverkan på revolutionärerna var begränsad ges av McDonald s. 43-173 och Robert Derathé, Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, Paris 1950.
101. Jfr ovan avsnitt 2.2.1 i n. 24.
102. Rousseau är bl.a. berömd för sitt uttalande om att den första människan som inhägnade ett stycke land och sade »detta är mitt» var upphovsmannen till alla följande hemskheter som drabbat världen. Se närmare McDonald a.a.s. 32.
103. Precis som för Locke gäller här att endast detta statsteoretiska huvudverk tas upp till behandling. Rousseaus övriga – rika – filosofiska och litterära produktion har mindre med ämnet för denna framställning att skaffa. Det är dock möjligt, rentav troligt, att bilden av Rousseaus tankar blir en annan om hela hans produktion bedöms. Som exempel kan hänvisas till Thérèse Björkholm, Liberté and Loi, A Reading in the Political and Legal Philosophy of Jean-Jacques Rousseau, Uppsala 1994 (stencil), bl.a. s. 44, 49, 51 o. 53 ff, där den ideologiska bild som ges onekligen är mer sammansatt. Björkholms tolkning av Rousseau är dock genomgående mycket välvillig och bygger på att dennes överordnade tanke var omsorgen om individens frihet. Denna frihet och självbestämmanderätt uppnåddes genom delaktighet i lagstiftningsprocessen, varvid individerna blev bundna av den lag de själva varit med om att skapa (och följaktligen samtyckt till; Björkholm talar här (s. 228) om »the reciprocal and mutual recognition by men of the general principles that ought to govern their interactions»). Se för exempel på välvillig tolkning av detta slag bl.a. s. 12, 15, 47, 55, 162, 215 f o. 228 f. Hon menar även att det är en öppen fråga om Rousseau kan räknas till den liberala idétraditionen och ser

första hand ser detta som en, måhända fiktiv men dock historisk förklaring till staternas uppkomst eller om det samhällsfördrag han skisserar i boken med detta namn snarare är en vision, en modell för etablerandet av en enligt honom idealisk stat. Rousseaus samhällsfördrag syftade nämligen till att ersätta den orättvisa, ojämlika ordning som uppkommit genom äganderättens införande, med en laglig politisk ordning, varigenom människorna **skulle återfå sin ursprungliga frihet:**

> Trouver une forme d'association qui defende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant.» Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.[104]

Eftersom Rousseaus utgångspunkt var att människan var född fri[105], men att friheten gått förlorad genom inrättandet av stater, gällde det nu att skapa ett samhälle som gjorde det möjligt för henne att bevara så mycket som möjligt av sin ursprungliga frihet. Rousseaus beskrivning av samhällsfördragets innebörd måste, lika mycket som en historisk förklaring till samhällenas uppkomst, ses i ljuset av detta framtidsperspektiv.[106]

Till skillnad från Locke menade Rousseau att människorna genom samhällsfördraget överlämnade alla sina rättigheter till samhället, så att alla individer var likställda vid inträdandet i detta.[107] Genom att var och en på detta sätt överlämnar sin frihet till alla andra, kan ingen få makt över någon annan. I stället härskar alla över varandra. Härigenom, är Rousseaus tanke, bevaras också individernas frihet, i och med att den frihet som var och en överlämnat till samhället återfås i form av en del i den kollektiva helheten.

Det sagda kan tyckas oklart och Rousseaus tankar är förvisso inte fria från motsägelser. Bilden klarnar dock något om även andra delar av hans lära beaktas.

Framförallt måste det centrala begreppet allmänviljan, *la volonté générale*, nämnas. Vad som sker när människorna överlämnar sina rättigheter till samhället är enligt Rous-

likheter mellan Rousseaus tänkande och Rawls' (se s. 141 o. 208). Som hon själv konstaterar är det dock vid en bedömning av Rousseaus tankar svårt att undgå frågan om lagstiftningsmaktens gränser; hans idéer tycks vara svåra att förverkliga annat än i mycket homogena samhällen, där alla medborgare har liknande intressen och ett beslut som skadar minoriteten därför också vore skadligt för majoriteten; jfr s. 50, 216 o. 225.

104. Du Contrat Social, Livre I, Chapitre VI.
105. Du Contrat Social inleds f.ö. (Livre I, chap. I) med de stolta orden »L'homme est né libre, et partout il est dans les fers.»
106. Jfr Derathé, a.a.s. 171, Eikema Hommes, a.a.s. 158 och Jeremy Waldron, Nonsense upon Stilts, Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man, London-New York 1987 s. 20 f.
107. I Livre I, chapitre VI, talar Rousseau om »l'alienation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté». Därigenom uppnås den eftertraktade jämlikheten: »Car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onereuse aux autres ... s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui put prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge prétendrait bientôt l'être en tous.» Visserligen säger Rousseau i Livre II, chapitre IV att individerna endast avstår från de rättigheter som är viktiga för samhället, men denna reservation står i direkt motsättning till och kan knappast anses ha någon självständig vikt vid sidan av huvudprincipen. Just jämlikhetsaspekten var viktig i detta sammanhang; genom att alla medborgare överlämnade alla sina rättigheter till samhället har alla samma förutsättningar, oavsett tidigare position, varför ingen kan härska över någon annan. Jfr Björkholm, a.a.s. 160 f.

seau att var och en lägger sin person och sitt öde i allmänviljans »händer»[108]; allmänviljan, som manifesterar sig i lagarna, är det högsta goda, den styrande kraften i samhället. Den ger uttryck för folksuveräniteten, som inte begränsas av någon högre auktoritet.[109] Allmänviljan är lika med samhällsmedlemmarnas *konstanta vilja*.[110] Eftersom var och en är en del av helheten måste den enskilde underkasta sig och följa de lagar som uttrycker allmänviljan och därmed folksuveräniteten, även om han ogillar en lag och inte samtyckt till dess antagande. Allmänviljan fastslås efter omröstning, där majoritetens vilja blir rådande.[111]

Den enda lag som krävde enhällighet var enligt Rousseau själva samhällsfördraget.[112] Sedan detta antagits blev majoritetens vilja rådande; några spärrar mot majoritetens förtryck av minoriteten finns inte i hans lära.[113] Begränsningar av folksuveräniteten, dvs allmänviljan, dvs majoritetens beslutanderätt, passade överhuvudtaget inte in i Rousseaus idéer, vilka byggde på att majoriteten alltid hade rätt att bestämma; »il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir».[114] Rousseau såg överhuvudtaget inte minoritetens ställning som något problem; även om det var tänkbart att enskilda individer kunde ogilla vissa lagar var deras oenighet med den av majoriteten uttryckta allmänviljan – den konstanta viljan – i så fall helt tillfällig.[115] I ett samhälle där alla var jämlika var människorna också fria[116], varför tvånget att lyda de av majoriteten beslutade lagarna kunde sägas innebära »ett tvång att vara fri».[117] Lagarnas uppgift i det goda samhället var att skydda medborgarna från orättvisor och förtryck.[118] Rousseau förnekade inte att individerna ägde vissa rättigheter, både i naturtillståndet och efter samhällsfördragets ingående, men fann tanken helt absurd att den av majoriteten uttryckta allmänviljan, i ett samhälle där jämlikhet rådde, någonsin skulle kunna inkräkta på individernas rättigheter.[119]

108. Livre I, chapitre VI: »Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale».
109. Se Livre III, chapitre XVI: »Il est absurde et contradictoire que le souverain se donne un supérieur».
110. Jfr Livre IV, chapitre II: »Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur».
111. Livre IV, chapitre II: » ... chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas.»
112. Ibid. Se även Livre I, chapitre V.
113. Jfr för en helt annan uppfattning Björkholm, refererad ovan i not 103.
114. Livre II, chapitre I.
115. Se Livre IV, chapitre II, anfört ovan i not 110, samt Livre II, chapitre I.
116. Se Livre I, chapitre VI: » ... chacun se donnant à tous ne se donne à personne».
117. Livre I, chapitre VII: » ... que quiconque refusera d'obeir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps: ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre; car telle est la condition qui donnant chaque citoyen à la Patrie le garantit de toute dépendance personnelle».
118. Se t.ex. Livre II, chapitre XI: »C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir.»
119. Dessutom hade medborgarna genom att godkänna samhällsfördraget godkänt själva proceduren för beslutsfattande. Jfr Libre I, chapitre V in fine: »La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un établissement de convention, et suppose au moins une fois l'unanimité.»

Rousseaus syn på allmänviljan och lagstiftningsmakten är enklare att förstå om hänsyn tas till att han förespråkade direktdemokrati. Alla lagar skulle antas av de församlade medborgarna i förening, inte genom några folkets valda representanter. Folksuveräniteten gavs här en bokstavlig tolkning.[120] Direktdemokratin är också förutsättningen för Rousseaus tanke att medborgarna kan »tvingas vara fria»; vid beaktande av att de lagar som gäller har antagits av majoriteten **av de församlade** medborgarna, är talet om att den som bryter mot dem bryter mot allmänviljan något mer begripligt.

Vad så gäller förhållandet mellan Rousseau och revolutionens konstitutionella idéer kan till Rousseaus »försvar» anföras att den ideala samhällsmodell han skisserade i Du Contrat Social uppenbarligen, vilket han själv var medveten om, endast kunde tillämpas i mycket små stater (helst kanske i stadsstater med några tiotusen invånare). När storleken på staten ökar, minskar också den enskildes delaktighet i beslustsprocessen, i helheten, i la volonté générale – och därmed hans frihet.[121]

Frankrike var redan på 1700-talet en av Europas största stater, med flera miljoner invånare, varför det säger sig själv att Rousseaus idéer inte var anpassade eller avsedda för detta hans andra hemland (han var född i Genève). Samtidigt gjorde han emellertid vissa tillägg om hur en större stat lämpligen borde organiseras, vilka har betydligt fler beröringspunkter med den fortsatta franska utvecklingen.

Kärnpunkten var här att maktens centralisering stod i proportion till statens storlek; ju större staten var, desto mer centraliserad måste makten vara. Rousseau tog uttryckligen avstånd från alla former av maktdelning, utom den mellan lagstiftande och verkställande makt.[122] Bakgrunden härtill var att de individer som levde i stora stater åtnjöt liten frihet och därför var mindre benägna än medborgarna i små stater att följa lagen. Följaktligen behövde staten mer styrka ju större den var, vilket talade mot maktdelning (som gjorde det svårare för staten att samla sina krafter).[123] Laglydnaden var alltså för Rousseau ett

120. Se t.ex. Livre II, chapitre VI: »Le peuple soumis aux lois en doit être l'auteur; il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la societé».
121. Livre III, chap. I: »Supposons que l'État soit composé de dix mille citoyens. Le souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps. Mais chaque particulier en qualité de sujet est considéré comme individu. Ainsi le souverain est au sujet comme dix mille est à un. C'est-à-dire que chaque membre de l'État n'a pour sa part que la dix millième partie de l'autorité souveraine, quoiqu'il lui soit soumis tout entier. Que le peuple soit composé de cent mille hommes, l'état des sujets ne change pas, et chacun porte également tout l'empire des lois, tandis que son suffrage, réduit à un cent millième, a dix fois moins d'influence dans leur rédaction. Alors le sujet restant toujours un, le rapport du souverain augmente en raison du nombre des citoyens. D'où il suit que plus l'État s'agrandit, plus la liberté diminue.»
122. Se närmare om denna av Rousseau önskade maktdelning, som tycks ha varit helt betingad av hans önskan att stärka lagens ställning, Björkholm, a.a.s. 179 f, 184 o. 187.
123. Livre III, chap. II: »Or la force totale du gouvernement, étant toujours celle de l'État, ne varie point: d'où il suit que plus il use de cette force sur ses propres membres, moins il lui en reste pour agir sur tout le peuple. Donc plus les magistrats sont nombreux, plus le gouvernement est faible ... le gouvernement se relâche à mesure que les magistrats se multiplient, et j'ai prouvé ci-devant que plus le peuple est nombreux, plus la force reprimante doit augmenter. D'où il suit que le rapport des magistrats au gouvernement doit être inverse du rapport des sujets au souverain. C'est-à-dire que, plus l'État s'agrandit, plus le gouvernement doit se resserrer; tellement que le nombre des chefs diminue en raison de l'augmentation du peuple.» Jfr även Björkholm, a.a.s. 176: »Further, a state in which there are several different and distinct centres who claim authority is a state without coherence, a situation which either will end with the severance of the state or with the rise of a *de facto* ruler who arrogates the authority which is *de jure*.»

viktigare samhälleligt värde än den individuella friheten.

Oinskränkt folksuveränitet och lagstiftningsmakt, avsaknad av maktdelning och minoritetsskydd; nog ligger Rousseaus tankar nära några av den franska revolutionens mindre tilltalande drag. Att Rousseau förespråkade direktdemokrati i småstater snarare än parlamentariskt styre i en stor stat som Frankrike utesluter inte att han kunnat influera revolutionens utveckling; revolutionärerna kan helt enkelt ha bortsett härifrån och applicerat de nämnda inslagen i hans lära på en annan typ av samhälle.[124]

Flera av dem som i detta sammanhang har trätt till Rousseaus försvar och velat frikänna honom från ansvar för den franska revolutionens försyndelser har dock poängterat vikten av att skilja mellan å ena sidan revolutionärernas beundran för honom, å den andra hans reella inverkan på deras tänkande. Revolutionärerna var enligt denna linje okunniga om innebörden i Rousseaus tankar; de likheter som finns mellan deras och Rousseaus resonemang – t.ex. folksuveräniteten och majoritetsprincipen – är ytliga och beror på att revolutionärerna hade samma politiska mål som den store filosofen, dvs jämlikhet och undanröjande av privilegier.[125] Häremot kan dock invändas att Rousseaus idéer, främst kanske om allmänviljan, oavsett hur väl de förstod dem, **gjorde det möjligt** för revolutionärerna att se hela befolkningen som en enda person, med ett och samma önskemål.[126]

Enligt min mening går det inte att bortse från att Rousseau, den mest politiskt, ideologiskt och konstitutionellt inriktade av de stora upplysningsfilosoferna, rimligen påverkade det intellektuella klimatet i Frankrike vid tiden för revolutionen högst avsevärt. Han var förvisso inte revolutionens ideolog på det sätt som Locke var i Storbritannien hundra år tidigare – Rousseau dog elva år före revolutionens utbrott och det är uppenbart att det samhälle han drömde om var helt annorlunda än revolutionens Frankrike – men hans tankar påverkade så att säga själva tidsandan. Följaktligen påverkade han också revolutionärerna, även om de studier som gjorts visar att hans konkreta ideologiska inflytande på dem var begränsat.[127]

Om vi då antar att Rousseaus idéer haft detta inflytande på »det revolutionära tänkandet» så ligger det onekligen nära till hands att förklara den nämnda motsättningen i rättighetsdeklarationen härmed.[128] Deklarationens avsaknad av gränser för lagstift-

124. Se t.ex. Vedel, a.a.s. 641.
125. Se särskilt McDonald, a.a.s. 3 f o. 90 f. Denna intressegemenskap poängteras också av Arendt, a.a.s. 89.
126. För Arendt är detta förhållande uppenbart: » ... just as Montesquieus theory of the separation of powers had become axiomatic for American political thought ... Rousseaus notion of a General Will, inspiring and directing the nation as though it were no longer composed of a multitude but actually formed one person, became axiomatic for all factions and parties of the French Revolution ... » A.a.s. 155, se även s. 72.
127. Se särskilt Derathé och McDonald, a.a.
128. Waldron (a.a.s. 21) poängterar att Rousseaus inflytande på deklarationen inte skall överdrivas, eftersom inspirationen från de många delstatsgrundlagarna och utkastet till en Bill of Rights i USA också spelade stor roll, men tillägger att »to the extent that it incorporates democratic ideas and ideas about popular sovereignty in law-making and in government, it is certainly Rousseauesque in inspiration or at least inspired by a theoretical milieu in which the influence of Rousseaus ideas and Rousseauesque language was considerable.»

ningsmakten, som återspeglar en total avsaknad av fruktan för lagstiftningen (»l'expression de la volonté générale»), går att härleda från Rousseaus syn på allmänvilja och folksuveränitet; att bortse från detta inflytande är omöjligt.[129]

2.2.3.2 REAKTIONEN. DEBATTEN MELLAN BURKE OCH PAINE

Kort tid efter den franska revolutionens utbrott – redan före skräckväldets tid 1792-93 – påbörjades en kritisk debatt om dess karaktär. Debatten, vars huvudaktörer var Edmund Burke och Thomas Paine, beskrivs ofta som den stora, klassiska debatten mellan konservatism och liberalism.[130] Detta ter sig dock överdrivet, eftersom Paine inte var någon klassisk liberal. Möjligen kan han beskrivas som vänsterliberal, men »radikal» är nog en mer passande benämning. Däremot kan Burke med fog betraktas som konservatismens fader. Hans våldsamma kritik mot den franska revolutionen är utgångspunkten för den moderna idékonservatismen.[131]

Debatten mellan Paine och Burke gällde innebörden men också legitimiteten i den franska revolutionen.[132] Burke ogillade starkt revolutionen i Frankrike. Revolutioner kunde enligt Burke accepteras endast under mycket speciella förhållanden. (Han godtog t.ex. revolutionen i Storbritannien 1688-89, vilken rättfärdigades av den »grave and

129. Även Björkholm, som förmodligen inte menar att Rousseau har någon skuld för vad som inträffade efter franska revolutionen, noterar (a.a.s. 164) att de rättsskyddsgarantier han i olika sammanhang förordade uteslutande riktade sig mot den verkställande, aldrig mot den lagstiftande makten. – Rousseaus försvarare kan trösta sig med att rättighetsdeklarationen trots allt överlevt och snarast fått ökad betydelse under det senaste kvartsseklet. Se närmare kap. 8.2. Den i det närmaste obegränsade tilltro till folksuveräniteten som bröt fram under revolutionen har haft en djupgående inverkan på den fortsatta utvecklingen i Frankrike. Domstolarna i Frankrike saknar t.ex. än i dag möjlighet att åsidosätta lagar och det var först genom införandet av C.C. i 1958 års konstitution som en möjlighet öppnades för någon form av – preventiv – normkontroll (se närmare kap. 8). Länge var utgångspunkten i fransk statsrätt att ifrågasättandet av en lags giltighet var lika med ett otillbörligt ifrågasättande av folkviljans uttrycksformer, en hållning som till stor del kan förklaras med Rousseaus plädering för folksuveränitet och mot maktdelning. Visserligen sägs det i art. 16 i rättighetsförklaringen att det samhälle som saknar reglerad maktdelning också saknar en konstitution, men detta stadgande har åtminstone såvitt gäller domstolarna aldrig tagits på något större allvar. Se t.ex. Georges Burdeau, Traité de Science Politique, Tome IV, Paris 1983 s. 342: »Contester la validité de la loi c'est donc suspecter la régularité de l'expression de la volonté du peuple et, par voie de consequénce, entraver l'exercice de la souveraineté parlementaire.»

130. Se t.ex. R.R. Fennessy, Burke, Paine, and the Rights of Man, Haag 1963, preface (VI), m.h.t. doktrin.

131. Se t.ex. Tingsten, De konservativa idéerna, Stockholm 1966 s. 18. Det är samtidigt denna traditions viktigaste verk; det kan på goda grunder hävdas att konservatismen egentligen inte utvecklats sedan Burke 1791 publicerade sin Reflections on the Revolution in France. Jfr Roland Schött, Edmund Burke och det tidiga tyska kodifikationsmotståndet, Stockholm 1992 s. 52: »Det är ... svårt att se vari det egentligen nya består som skulle ha tillförts den konservativa idédebatten efter Burke, om man då inte räknar med inkorporeringen av det rent liberala godset ... Det allra mesta finns redan antytt hos honom.»

132. Detta hindrar inte att debattens egentliga syfte troligen var att påverka den konstitutionella och politiska utvecklingen i Storbritannien. Den därstädes politiskt verksamme irländaren Burke ville försvara det brittiska statsskicket och till varje pris försöka hindra att den »franska smittan» spred sig dit, medan den till USA utvandrade revolutionären Paine starkt ogillade det brittiska statsskicket och vände sig till en brittisk publik för att försöka bidra till att de tankar som låg till grund för den franska revolutionen också skulle vinna gehör i hans gamla hemland. Se Fennessy, a.a.s. vii (preface), 106 o. 164 samt Gunnar Heckscher, Förord till Burkes Reflektioner om franska revolutionen, Stockholm 1982 s. 8 f. – Hänvisningar till övriga inlägg i debatten finns hos Fennessy, a.a. (se även s. 227 ff).

overruling necessity» som rådde i landet vid just den tidpunkten.[133] Något »prejudikatvärde» kunde emellertid inte ens denna godtagbara revolution tillerkännas; den kunde inte tas till intäkt för att folket hade en generell rätt att avsätta sina härskare.[134])

Delvis framförde Burke en kritik mot de sannolikt av Rousseau inspirerade tankarna om majoritetsstyre och lagen som uttryck för allmänviljan som i dag, utifrån ett liberalt perspektiv, kan uppfattas som framsynt; sålunda varnade han t.ex. för risken att majoriteten skulle komma att förtrycka minoriteten.[135] Inte minst framstår han härigenom som klärvoajant i sin syn just på den franska revolutionen, eftersom han förutsåg skräckväldet flera år innan det utbröt. Samtidigt är det uppenbart att han fruktade själva tanken på en demokrati, där människorna är jämlika i fråga om politiska rättigheter.[136]

Rousseau kan förvisso betecknas som antiliberal, genom sin plädering för obegränsad majoritetsmakt, men Burke var dessutom, till skillnad från Rousseau, motståndare både till demokrati, folksuveränitet och tanken att människorna äger vissa naturliga, medfödda rättigheter. Burke ogillade nämligen inte bara revolutionen som sådan, utan också den för den franska revolutionen centrala idén om naturliga mänskliga rättigheter.[137] Burke framstår rentav som en av historiens skarpaste kritiker av rättighetsidén, vid sidan av de rent totalitära lärorna.

Till grund för Burkes motstånd mot rättighetstanken låg både värderelativism och anti-modernism. Burke fann de universella anspråken i den franska rättighetsdeklarationen – budskapet att **alla** människor, oberoende av bakgrund, av naturen var jämlika och utrustade med vissa rättigheter – orimliga. Följaktligen var han upprörd över att männen bakom rättighetsdeklarationen tycktes tillerkänna principerna i denna evigt värde. Avgörande för vilka rättigheter en människa hade var i vilket samhälle hon levde:

> Circumstances (which with some gentlemen pass for nothing) give in reality to every political principle its distinguishing colour, and discriminating effect. The circumstances are what render every civil and political scheme beneficial or noxious to mankind.[138]

Burke, konservatismens fader, reagerade således mot människorättstankens universalism, vilket inte är någon tillfällighet. Konservatismen har alltid satt människans *tillhö-*

133. Se Reflections ..., London 1988 (Penguin Classics) s. 113.
134. Ibid s. 116. Burke underströk starkt att »the Glorious Revolution» inte ledde till att monarkin ersattes med en vald härskare, utan blott – med minsta möjliga avvikelse från tidigare successionsregler – resulterade i garantier för en protestantisk regent. Förändringen i förhållande till det äldre styrelsesättet var kort sagt så begränsad att revolutionen var legitim. Den franska revolutionen däremot byggde på folksuveräniteten, dvs folkets rätt att självt välja sina härskare. Den bröt dessutom mot urgamla franska traditioner och var därigenom skadlig. Burke saknade helt förståelse för revolutionens sociala orsaker.
135. Se t.ex. Reflections ... s. 229: »Of this I am certain, that in a democracy, the majority of the citizens is capable of exercising the most cruel oppressions upon the minority, whenever strong divisions prevail in that kind of polity.»
136. Det demokratiska synsätt som revolutionen i Frankrike aviserade stred mot Burkes konservativa, aristokratiska ideologi, varför han var genuint rädd att liknande idéer skulle vinna fotfäste i hans hemland. Ett av skälen till att han skrev Reflections var – förutom vämjelsen över den franska utvecklingen – tecknen på att något sådant var i görningen. Se närmare Fennessy, a.a.s. 99 ff och Waldron, a.a.s. 81.
137. Däremot framträdde Burke aldrig som kritiker av den amerikanska revolutionen; tvärtom försvarade han kring 1776 koloniernas rätt till självständighet. Se bl.a. Fennessy s. 75 ff.
138. Reflections s. 90.

righet till ett visst socialt sammanhang – familjen, kyrkan, nationen – framför hennes rättigheter som individ. Detta var också Burkes utgångspunkt; vilka rättigheter människan eventuellt haft i naturtillståndet var ointressant, eftersom alla människor föds in i samhällen och därigenom blir delar av en större helhet.

Burke omfattade förhållandena i Storbritannien med värme. Efter en uppräkning av olika kännetecken på ett gott statsskick konstaterade han belåtet att »all this might be curiously exemplified in the British constitution».[139] Denna beundran inför det egna landet påverkade också hans syn på rättigheter: Det bör påpekas att Burke inte kategoriskt vände sig mot tanken att individer kunde ha vissa rättigheter, utan enbart mot alla försök att på det sätt som skett i Frankrike fastslå rättigheter som var gemensamma för alla människor, oavsett deras nationstillhörighet.[140] Eftersom samhällena var olika beskaffade i fråga om historia, geografi, rikedomar m.m., kunde inte människorna i de olika länderna ha samma rättigheter. Här förenades två av hörnstenarna i Burkes filosofi, relativismen och patriotismen[141]:

> You will observe, that from Magna Charta to the Declaration of Right, it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties, as an *entailed inheritance* derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity; as an estate specially belonging to the people of this kingdom without any reference whatever to any other more general or prior right.[142] (Min understrykning.)

Uttalandet visar hur centralt för Burkes tänkande bevarandet av banden med det förgångna var. Det värdefulla med britternas rättigheter var att de sedan länge fördes vidare från generation till generation och att de tillhörde det brittiska folket, utan hänvisning till några generella principer eller tidigare rättigheter, som människorna eventuellt kunde ha ägt innan de blev medlemmar av det brittiska samhället. Eftersom Storbritannien var så fantastiskt åtnjöt medborgarna där vissa rättigheter, men medborgare i andra länder kunde inte utan vidare göra anspråk på samma rättigheter (än mindre uppställa universella rättighetsanspråk). Sällan har den djupa klyftan mellan liberalism och konservatism illustrerats så tydligt som här; vad Burke egentligen säger är nämligen att den enskilde, om han skall åtnjuta några rättigheter, får se till att födas i rätt land. Antiindividualismen i hans tänkande är uppenbar.[143]

Därutöver hade emellertid Burke ytterligare ett argument mot tanken på medfödda

139. Se Reflections s. 285.
140. Jfr Reflections s. 149: »Far am I from denying in theory; full as far is my heart from withholding in practice ... the *real* rights of men. In denying their false claims of right, I do not mean to injure those which are real ... Men have a right to live by that rule; they have a right to justice ... They have a right to the fruits of their industry; and to the means of making their industry fruitful. They have a right to the acquisitions of their parents.»
141. Det kan dock anmärkas att Burkes hårda kritik av utvecklingen i Frankrike enligt Fennessy inte berodde på någon nationalism i traditionell bemärkelse, utan motiverades med allmänna politisk-teoretiska principer som var lika giltiga i Frankrike som i Storbritannien. Se Fennessy s. 98 f.
142. Reflections s. 119.
143. Jfr Schött, a.a.s. 46-47: »I stället för att tala om individuella livsplaner, som kunde påverkas och, måhända, förverkligas, var det för denna syn snarare fråga om en underordning, relativt ett för den enskilde alltid ofattbart, stundom, kanske oftast, oblitt öde, men där hennes lycka och värdighet likafullt bestod i känslan av att tillhöra ett nedifrån vuxet, småningom allt större, organiskt sammanhang ...». Se även Waldron, a.a.s. 83.

mänskliga rättigheter, som han i Reflections ... framförde med stor kraft, nämligen att de i alltför hög grad för att vara praktiskt värdefulla var »metafysiska» och »abstraktioner».[144] Reflections ... är följaktligen fylld med angrepp på rättighetsidén, »this barbarous philosophy», eller »those extravagant and presumptuous speculations», som anses hota all ordning och moral.[145]

Mot tanken på naturliga rättigheter ställde Burke betydelsen av *traditioner*. Befintliga samhällsinstitutioner – ståndsindelning, parlament, kyrka, kungahus – ägde i kraft av sin existens och framförallt, om de funnits länge, sin långvariga historia, ett särskilt värde, som inte fick förstöras hursomhelst.[146] Följaktligen var det fullt logiskt att han gick till våldsam attack mot revolutionärerna i den franska nationalförsamlingen, vilka i fråga om statens styrelsesätt tydligt visade att de satte principer – t.ex. om människornas jämlikhet och lika rätt att delta i utformningen av lagarna, art. 1 och 6 i rättighetsdeklarationen – framför traditioner. En sådan prioritering, innebärande att metafysiska principer gavs företräde framför »law, custom, usage, policy, reason»[147], var för Burke orimlig.[148]

Mot detta synsätt polemiserade Thomas Paine. Få har som han lyckats visa vilken

144. Detta hängde enligt Burke tydligtvis samman med deras universella karaktär. Se Reflections s. 89 f: »I cannot stand forward, and give praise or blame to any thing which relates to human actions, and human concerns, on a simple view of the object, as it stands stripped of every relation, in all the nakedness and solitude of metaphysical abstraction.»
145. Reflections s. 171 o. s. 124. Exakt hur sambandet mellan rättighetstanken och de efterföljande olyckorna såg ut bemödade sig dock Burke aldrig om att visa; Reflections formar sig i stället till en indignerad, men mycket onyanserad attack mot de för Burke så förhatliga idéerna om medfödda mänskliga rättigheter. (Att Burke som sagt måste anses ha varit framsynt i sina varningar för allt som skulle gå snett i den franska revolutionen ändrar därvidlag inget; få nutida bedöma vill väl hävda att den främsta orsaken till 1793 års terror låg i antagandet av 1789 års rättighetsdeklaration.) Det är därför föga förvånande att Burke ofta blivit kritiserad för vissa grundläggande oklarheter och en brist på stringens i sitt tänkande. Jfr Waldron, a.a.s. 84: »there are a number of themes and arguments in the Reflections which make most sense when they are read in opposition, not only to natural rights, but also to all rational and intellectualist approaches to politics and political reform.» Heckscher, som i viss mån framträtt som en svensk representant för den konservativa ideologin, medger att bristerna i Burkes framställning och tänkesätt är uppenbara (a.a.s. 7 ff). Tingsten förundrar sig (a.a.s. 18 f) över att Reflections fått så stor betydelse för konservatismen trots att Burke egentligen inte framlägger något politiskt system, men finner att bristen på systematisk utformning av tankegodset kan vara en styrka, eftersom Burke »nära nog fulländat uttryckt den psykologiska inställning, det komplex av allmänna föreställningar, som kan spåras bakom mera preciserade konservativa ideologier». Hos Burke finns enligt Tingsten därför konservatismens substans; konservatismen är enligt Tingsten snarare ett psykologiskt betingat, instinktivt avståndstagande från (våldsamma) förändringar än ett rationellt tankesystem.
146. Jfr Reflections s. 285: »Old establishments are tried by their effects. If the people are happy, united, wealthy, and powerful, we presume the rest. We conclude that to be good from whence good is derived.» Schött (a.a.s. 65) menar att Burke betraktade de givna samhällsinstitutionerna som »(G)udomligt sanktionerade».
147. Reflections s. 287.
148. Som kontrast pekade han på den betydligt större kontinuitet i förhållande till det äldre styret som the Glorious Revolution medfört. 1689 års revolutionärer, vars syfte var att »secure the religion, laws, and liberties, that had been long possessed, and had been lately endangered» var i Burkes ögon föredömliga. Felet med fransmännen var att de inte var intresserade av att på samma sätt bevara sina gamla institutioner och möjligen förbättra dem något, utan föredrog att »despise experience as the wisdom of unlettered men» genom att hålla sig till den för varje civiliserat styre undergrävande rättighetstanken. Se Reflections s. 148-49.

radikal kraft och karaktär rättighetsidén har.[149] Paine utgick till skillnad från Burke från den enskilde individen, den ursprungliga mänskliga enheten. Människorna hade spontant slutit sig samman till samhällen för att få bättre levnadsförhållanden.[150] Samhällena måste på något sätt styras för att ordningen skulle kunna bevaras. När någon form av nödvändigt styre upprättades måste emellertid också så mycket som möjligt av människans naturliga rättigheter bevaras. »Natural rights are those which appertain to all men in right of his existence.»[151]

Paine menade att människan äger alla sina rättigheter redan i naturtillståndet, i kraft av sin mänskliga existens. Vissa rättigheter är okränkbara även efter inträdet i samhället, medan andra i viss utsträckning kan regleras av samhället, om detta sker för att individerna skall kunna åtnjuta dem med större trygghet än tidigare.[152] Eventuella begränsningar av rättigheterna får emellertid aldrig inkräkta på människans från samhällsingrepp fredade zon, vars omfång Paine dock aldrig preciserade.[153]

I enlighet med dessa tankar menade Paine att den enda legitima regeringen var den som var tillsatt av människorna för att effektivt värna deras rättigheter. Eftersom *l'ancien régime* i Frankrike inte uppfyllde detta krav var revolutionen godtagbar. Paine ansluter här till Locke, men utvecklade en radikalare revolutionsteori än denne.

Det är uppenbart att Paine i sin entusiasm över utvecklingen i Frankrike underskattade de problem och avarter som revolutioner i allmänhet för med sig. Det intressanta är dock att Paine i dag, från ett allmänliberalt perspektiv, i sin syn på mänskliga rättigheter framstår som betydligt mer framsynt och realistisk än sin ideologiske huvudopponent Burke. Universalismen i de franska rättighetsidéerna är i dag, åtminstone i västvärlden, avsevärt mindre kontroversiell än för tvåhundra år sedan.

149. Paine var en obemärkt journalist och mångsysslare som vid knappt fyrtio års ålder lämnade Storbritannien för att söka lyckan i kolonierna i Nordamerika, dit han kom strax före revolutionen. Präglad av negativa erfarenheter av sitt hemland kastade sig Paine med iver in i striden på koloniernas sida. Hans enkla och effektivt skrivna pamflett Common Sense blev som nämnts (i avsn. 2.2.2 på s. 72) med sin glödande plädering för självständighet en av revolutionens främsta ideologiska inspirationskällor (inte minst för att den lästes av så många; den utkom den 10 januari 1776 och hade redan två månader senare sålts i 120.000 exemplar). Efter den amerikanska revolutionen var Paine något av en internationell celebritet, som när han vistades i Paris före och under 1789 års revolution var en väl sedd gäst i de revolutionära kretsarna. Den franska revolutionen fyllde Paine med glädje, för att inte säga eufori. Här var de idéer han tidigare kämpat för i USA på väg att slå igenom också i Europa. I ett brev till George Washington 1790 talade han t.ex. om »de första mogna frukterna av amerikanska principer planterade i Europa». När hans gode vän Edmund Burke, vars positiva hållning till den amerikanska revolutionen han uppskattade, 1790 i ett underhustal gick till våldsamt angrepp mot den franska revolutionen blev Paine förvånad, men också upprymd, eftersom han gavs en läglig möjlighet att försvara revolutionen och framför allt rättighetsidén. Så fort Reflections utkommit skrev därför Paine sin pamflett Rights of Man, som utkom i mars 1791 och innehöll det viktigaste, om än inte det enda angreppet mot Burke och gav upphov till en långvarig »pamflettstrid» i Storbritannien.
150. Paine trodde således inte på något samhällsfördrag, utan samhällena uppstod av sig själv, om man så vill genom frivilliga överenskommelser mellan människorna. Se bl.a. Fennessy, a.a.s. 24.
151. Rights of Man, London (Penguin Classics) 1988 s. 68.
152. Se till det sagda även Fennessy s. 25 f o. 227 ff.
153. Se Rights of Man s. 69: » ... the power produced from the aggregate of natural rights, imperfect in power in the individual, cannot be applied to invade the natural rights which are retained in the individual, and in which the power to execute is as perfect as the right itself.»

2.3 Mill och Tocqueville, två 1800-talsliberaler

1800-talet framställs ofta i historiska översikter som liberalismens guldålder. Detta är korrekt såtillvida att åtskilliga av liberalismens grundsatser, inte minst på det ekonomiska området, under detta århundrade fick stort genomslag i praktisk politik. Två av de främsta representanterna för denna 1800-talsliberalism, vilka är av särskilt intresse här eftersom de utifrån sin tids perspektiv skarpsinnigt analyserade den framväxande demokratins problem och möjligheter, var John Stuart Mill och Alexis de Tocqueville.

Ingen av dem sysslade enbart, eller ens i första hand med statsrättsliga spörsmål. Mill skrev minst lika mycket om ekonomi och filosofi, medan Tocqueville, som är mest känd för sin stora bok om demokratin i USA samt för sin skildring och analys av den franska revolutionen, var något av en blandning av sociolog, historiker och kulturgeograf. Båda lämnade dock väsentliga bidrag till sin – och vår – tids konstitutionella debatt.

2.3.1 Mill

Det centrala, konstitutiva elementet i Mills filosofi var individualismen. Isaiah Berlin talar om hans ständiga iver »att bevara mångfalden, att hålla dörrar öppna för förändringar, att stå emot det sociala tryckets faror, och framför allt hans avsky för den mänskliga vargflocken i fullt språng efter sitt offer, hans önskan att skydda oliktänkande och kättare som sådana.»[154] Det är en träffande beskrivning; Mill ville värna om själva mångfalden som sådan, som hade ett värde i sig och var samhällsnyttig eftersom allt framåtskridande var beroende av att särpräglade individer tilläts bevara och utveckla sin egenart.[155]

Mill var en övertygad elitist, som menade att de mest begåvade i samhället hade särskilda funktioner att fylla.[156] Han lyckades emellertid förena denna uppfattning med en demokratisk hållning genom att betona elitens, de mest upplysta männens, betydelse för att det demokratiska styrelseskicket skulle ha framgång. Förutom själva demokratiseringen fanns nämligen enligt Mill ännu ett krav för att samhället skulle styras framgångsrikt, nämligen att folket behöll möjligheten att avsätta de makthavare som eventuellt missbrukade sin makt. I annat fall utsatte folket sig för tyranni, eftersom makthavarna då inte skulle ha deras bästa för ögonen.[157]

Av eftervärlden förknippas Mill ofta med värnandet av yttrandefriheten. I den 1859 publicerade traktaten On Liberty ägnas ett särskilt kapitel (kap. II) detta ämne. Mill

154. John Stuart Mill och människans livsmål, i Fyra essäer om frihet, Stockholm 1984, s. 205 (övers. Torkel Franzén).
155. Mer än något annat avskydde Mill konformism och framhävandet av sedernas och traditionernas betydelse, varför det var logiskt att den konservatism som Burke representerade blev ett av hans främsta angreppsobjekt. Jfr Mill, Om friheten, Stockholm 1984 s. 77-78: »Sedens despotism är överallt det stående hindret för mänskligt framåtskridande. Den ligger i oavlåtlig kamp med tendensen att sträva efter något bättre än det sedvanliga ... » (övers. Alf Ahlberg).
156. Se t.ex. Om friheten s. 71 ff.
157. Se Democracy and Government, en text från 1835, i G.L. Williams (utg.), John Stuart Mill on Politics and Society, Brighton 1976 s. 180: »In no government will the interests of the people be the object, except where the people are able to dismiss their rulers as soon as the devotion of those rulers to the interests of the people becomes questionable.»

uttryckte här och annorstädes uppfattningar som för hans samtid måste ha tett sig mycket djärva.

Skälen för en vidsträckt yttrandefrihet var enligt Mill flera.[158] Det går t.ex. aldrig att vara säker på att den åsikt som undertrycks inte är sann; misstag är kort sagt möjliga. Därför är det principiellt fel att förbjuda argument; dessa kan visserligen visa sig vara felaktiga, men tills detta bevisats är det förkastligt av människorna att tro sig vara ofelbara. »Att vägra att lyssna till en mening emedan man är säker på att den är oriktig, är att anta att den *egna* vissheten är detsamma som den *absoluta* vissheten.» Även helt galna argument måste få framföras. Detta var enligt Mill av särskild betydelse i de inte helt sällsynta fall då sanningen ligger mittemellan de vedertagna meningarna och de kätterska uppfattningarna. I sådana fall förutsatte sanningen en riktig avvägning av det vedertagna synsättet och de nya argumenten.[159]

Vad som gör Mills idéer om yttrandefrihet särskilt intressanta för denna framställning är att vi hos honom finner de första ansatserna till något som påminner om en »*preferred position principle*», dvs tanken att vissa rättigheter, i detta fall yttrandefriheten, var av större betydelse än andra och därför borde vara svårare att begränsa.[160] Intressant nog motiverades detta både med yttrandefrihetens betydelse för den enskilde individen och dess samhälleliga betydelse. För den enskilde individen sades yttrandefriheten tillhöra »den mänskliga frihetens rätta område», nästan lika betydelsefull som själva tankefriheten och i princip oskiljaktig från denna.[161] Följaktligen tillhörde den de rättigheter som i stort sett borde bevaras oinskränkta. Vad gäller yttrandefrihetens betydelse för samhällsutvecklingen framstår Mill som framsynt. Han konstaterade att såväl partier vilka ville bevara den rådande ordningen som framstegs- och reformpartier var nödvändiga, åtminstone tills ett parti uppstod som arbetade både för ordning och framsteg, och tillade:

> Om inte åsikter som stöder demokrati såväl som aristokrati, privategendom såväl som egendomsfördelning, samarbete såväl som konkurrens, lyx såväl som enkelhet, socialism såväl som individualism, frihet såväl som disciplin och alla andra stående motsättningar i samhällslivet får komma till uttryck med samma frihet och hävdas och försvaras med samma skicklighet och kraft, finns det inte några utsikter till att båda parter skall få vad dem tillkommer; den ena vågskålen kommer då säkert att stiga och den andra att sjunka. I alla livets stora praktiska frågor beror sanningen i så hög grad av att motsatta åskådningar jämförs och vägs mot varandra, att mycket få är tillräckligt vidsynta och opartiska för att kunna göra den någorlunda riktiga avväg-

158. Se Om friheten s. 24 ff.
159. Ibid s. 43 o. 53. Yttrandefriheten kunde dock inte vara obegränsad. Uppmuntran till skadliga handlingar kunde inte tolereras. Som exempel hänvisade Mill till åsikten att »spannmålshandlare svälter ut de fattiga», som obehindrat borde få komma till uttryck i pressen men kunde bli föremål för rättsligt ingripande »om den muntligen förfäktas inför en uppretad folkmassa som samlats framför en spannmålshandlares magasin, eller om den spritts i samma folkmassa i form av flygblad.» Ibid s. 63. Denna distinktion kan tolkas antingen som att tidsfaktorn är avgörande, så att det faktum att skadan kan uppstå genast gör yttrandet förbjudet eller, vilket kanske ligger närmare till hands, att sådana yttranden vilka aldrig kan klassificeras som inlägg i en pågående saklig diskussion, där argument möts och bryts mot varandra, bör förbjudas; så Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, Oxford 1971 s. 156 f.
160. Se vidare nedan främst kap. 10.9.3 samt 19.8. Som vi skall se i nästa avsnitt hade Tocqueville liknande tankar beträffande mötes- och föreningsfriheten.
161. Om friheten s. 20.

> ningen. I stället måste denna ske mera slumpvis, genom att två motsatta partier bekämpar varandra under fientliga baner.[162]

Även om inga överdrivna tolkningar bör göras av Mills plädering för vikten av pluralism i 1800-talets viktorianska Storbritannien, går det att i hans tankar se ett embryo till den varning som S.Ct. i USA 1938, i det berömda avgörandet U.S. v. Carolene Products Co[163], gjorde för lagar som kunde hindra demokratiska politiska processer från att fungera effektivt.

Det sagda leder in på Mills allmänna demokratisyn. Mill konstaterade att förhållandet mellan härskare och undersåtar i och med demokratiseringen gick in i ett nytt skede, varvid USA erbjöd ett lämpligt studiematerial. Tidigare hade kampen för frihet alltid varit en kamp mot tyranniska härskare, men efter demokratiseringen hade folket självt makten. Att folket skulle behöva begränsa sin makt över sig självt föreföll överflödigt när en demokratisk regering blott var en hägrande dröm. Problemet var emellertid att det folk som utövade makten i en demokrati inte alltid var samma som det över vilket makten utövades; folkviljan var lika med **majoritetens vilja**, varför det fanns en risk att folket skulle vilja förtrycka någon del av sig självt (dvs att majoriteten skulle komma att förtrycka minoriteten). Och, menade Mill, det behövs försiktighetsmått mot detta lika väl som mot varje annat maktmissbruk:

> Uppgiften att begränsa statens makt över individerna förlorar därför på intet sätt sin betydelse, även om de som innehar denna makt regelbundet är ansvariga inför samhället, dvs inför det starkaste partiet däri.[164]

Enligt Mill var det särskilt angeläget att värna friheten i det moderna samhället, som visserligen inte tillämpade så stränga straff som äldre tiders diktaturer men å andra sidan erbjöd »färre kryphål» för individen och genomsyrade privatlivets förhållanden på ett mera djupgående sätt.[165] Vad det gällde var att ställa en ny fråga: Hade majoriteten rätt att pådyvla minoriteten sina uppfattningar? Erfarenheterna från USA var nedslående; mycket tydde på att majoritetsstyret ledde till konformism.

Vi har tidigare berört den roll Mill menade att eliten borde ha i en demokrati. Syftet med denna modell var just att minska majoritetens makt.[166] Det är mot denna bakgrund av särskilt intresse att Mill uttryckte sympati för Tocquevilles uppfattning om juristernas, särskilt domarmaktens, betydelse för att majoritetsstyret i USA inte urartade till en massans tyranni. Mill hade samma principiella syn på frågan som Tocqueville (vilket är logiskt eftersom bägge varnade för oinskränkt majoritetsstyre).[167]

162. Ibid s. 54.
163. 304 U.S. 144, 152 (1938). Se närmare om målet avsnitt 10.9.3.1.
164. Se Om Friheten s. 12.
165. Ibid samt De Tocqueville on Democracy in America (II), i J.M. Robson (utg.), Essays on Politics and Society, Collected Works vol. XVIII, Toronto 1977 s. 189.
166. Democracy and Government s. 183: » ... the omnipotence of the majority would be exercised through the agency and according to the judgment of an enlightened minority, accountable to the majority in the last resort.»
167. Se De Tocqueville on Democracy in America (I), i Collected Works vol. XVIII s. 66 f: »A judge ... while he can only exercise political influence through the indirect medium of judicial decisions, he acts within too confined a sphere for it to be possible for him to establish a despotism in his own favour.» Till denna uppfattning kom Mill trots att han hade vissa invändningar

2.3.2 *Tocqueville*

Den viktigaste skillnaden mellan Mill och Tocqueville är att Tocqueville, från en mer renodlat aristokratisk utgångspunkt, betraktade demokratins framväxt med större skepsis än Mill. Tocqueville tillhörde en gammal normandisk adelsfamilj och upplevde som flertalet medlemmar av den franska aristokratin revolutionen 1789 med dess jämlikhetssträvanden och den efterföljande terrorn som ett djupt trauma.

Likheterna mellan Mill och Tocqueville är emellertid betydande.[168] Precis som Mill var Tocqueville i grunden elitist och precis som denne värnade han om individuella rättigheter, vilka han såg som individens värn mot majoritetens omfattande makt. De rättigheter som låg Tocqueville särskilt varmt om hjärtat var mötes- och framförallt föreningsfriheten, vilka enligt honom var något av *preferred rights*:

> Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association me parait donc presque aussi inalienable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attacquer la societé elle-même.[169]

Det väsentligaste i Tocquevilles verk är emellertid diskussionen om demokratins fördelar och svagheter, särskilt i Amerikaböckerna (vilka utkom 1835 och 1840).[170] Mill sammanfattade i sin recension av den andra volymen Tocquevilles uppfattning om demokratin på följande sätt:

> That Democracy, in the modern world, is inevitable; and that it is on the whole desirable; but desirable only under certain conditions, and those conditions capable, by human care and foresight, of being realized, but capable also of being missed.[171]

Uttalandet sammanfattar väsentliga delar av Tocquevilles tankar. Demokrati var ett styrelsesätt med så stora fördelar – inte minst genom att det hade folkets bästa för ögonen – att det kunde förväntas bli rådande i stora delar av världen. Riskerna, framförallt för majoritetstyranni, var emellertid så betydande att demokratin helt kunde urarta om inte

om juristers tankeförmåga. Jfr s. 85: »If the minds of lawyers were not, both in England and America, almost universally, perverted by the barbarous system of technicalities – the opprobrium of human reason – which their youth is passed in committing to memory, and their manhood in administering, – we think with our author (Tocqueville, min anm.) that they are the class in whom superiority of instruction, produced by superior study, would most easily obtain the stamp of general recognition.»

168. Tocqueville ansåg f.ö att Mill var en av de få som verkligen förstått hans tankar. Se närmare Jean-Claude Lamberti, Tocqueville and the Two Democracies, Cambridge/London 1989 s. 106.
169. Se De la democratie en Amerique, vol. 1, i J.-P. Mayer (utg.), Oeuvres complètes, Tome I, Paris 1961 s. 198. Jfr Lamberti, a.a.s. 80 f. Se även De la démocratie ... vol. 2, där tre hela kapitel (kap. V-VII i del 2) ägnades åt föreningsfriheten (samt delvis åt pressfriheten). Tocqueville medgav emellertid där att inte heller denna viktiga rättighet kunde vara obegränsad. Se Tome I, del 2, Paris 1961 s. 126. Tocqueville utarbetade f.ö. en egen rättighetskatalog, som förutom individuell frihet och rättssäkerhetsgarantier innehöll religionsfrihet, mötes- och föreningsfrihet, tryckfrihet och rösträtt. Se Lamberti s. 78.
170. Tocqueville använde ordet demokrati i flera olika betydelser; se närmare Lamberti, a.a.s. 15 och Mill, De Tocqueville ... (II) s. 170. Här syftas dock enbart på hans analys av politisk demokrati och demokrati som en styrelseform.
171. De Tocqueville ... (II) s. 158.

individens rättigheter respekterades och den rätta balansen mellan samhällets olika institutioner nåddes.

Medan tidigare liberala kritiker hade vänt sig mot auktoritära, despotiska styren, var Tocqueville kanske den förste[172] att varna för vad vi kan kalla *demokratisk despotism.* Denna kritik utgick från hoten mot den enskilde individens frihet. Avskräckt av den delvis av Rousseau inspirerade utvecklingen under franska revolutionen hade Tocqueville svårt att se lagen som ett värn för den individuella friheten, eftersom han var medveten om hur lätt »allmänviljan» kunde komma i konflikt med individens rättigheter. I stället måste garantier skapas för att lagen inte kränkte de medborgerliga rättigheterna.[173]

Riskerna för majoritetstyranni analyserades i ett särskilt avsnitt i den första volymens andra del, kap. VII. Tocqueville slog fast att majoritetens rätt att styra samhället inte gick att ifrågasätta, men att tyranni kunde bli följden om denna rätt var **obegränsad.** Likaså inskärpte han att tyranni mycket väl kan utövas i lagens namn.[174] Majoriteten var kort sagt inget högre väsen, utan en makthavare som kunde bli farlig om den inte tvangs hålla sig inom noga angivna gränser:

> Qu'est-ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance peut en abuser contre ses adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité? ... le pouvoir de tout faire, que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs.[175]

Anledningen till att Tocqueville alltjämt är en aktuell tänkare är att han i sina varningar för majoritetstyranni som synes förutsåg flera av den moderna demokratins problem; var går gränsen för legitima samhällsingripanden mot individer? Vilken rätt har majoriteten att bestämma över minoriteten?

För Tocqueville var maktdelning ett korrektiv mot majoritetsstyrets avarter.[176] Av olika aspekter på den maktdelningslära som präglar USA:s konstitution, var enligt Tocqueville domstolarnas makt tilsammans med federalismen den viktigaste.[177] Tocqueville såg de amerikanska domstolarnas makt[178] som ett bålverk för friheten[179] och som den

172. Så åtminstone enligt Lamberti s. 240 f.
173. Se Democratie ..., del 1, s. 261: »Il existe une loi générale qui a été faite ou du moins adoptée, non pas seulement par la majorité de tel ou tel peuple, mais par la majorité de tous les hommes. Cette loi, c'est la justice. La justice forme donc la borne du droit de chaque peuple.»
174. Ibid s. 264.
175. Ibid s. 262. Jfr s. 263: »La toute-puissance me semble en soi une chose mauvaise et dangereuse.»
176. Se om den inspiration Tocqueville fick från Montesquieu bl.a. Lamberti s. 17 ff.
177. Se De la Democratie ... (I) s. 300 samt om federalismen s. 273.
178. Se t.ex. De la Democratie ... (I) s. 99: »Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux Etats-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge; et il en conclut naturellement qu'aux Etats-Unis le juge est une des premières puissances politiques.»
179. Ibid s. 104: »Resserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des assemblées politiques.» Se även s. 274 f.

enskilda faktor vilken haft störst betydelse för att stävja de latenta tendenserna till majoritetsdiktatur i en demokrati som USA.[180]

Tocqueville hamnar härigenom, trots att han utgick från ett renodlat aristokratiskt perspektiv som i dag känns förlegat, mitt i dagens amerikanska debatt om lagprövningens gränser och legitimitet, vilken berörs nedan i kap. 3 och 10. Vad Tocqueville säger är ju inte bara att lagprövningen är legitim, utan att den är **nödvändig** för att demokratin inte skall utvecklas till ett oinskränkt majoritetsstyre.

En så uttalat positiv syn på domstolarnas maktutövning bottnade naturligtvis i en positiv uppfattning om jurister.[181] Därtill kom de särskilda problem som demokratin medförde; domstolarna hade i och för sig alltid utgjort den bästa garantin för den individuella friheten, men så var än mer fallet i den demokratiska eran, då individens rättigheter var mer hotade än någonsin tidigare.[182] Tocqueville hyste på denna punkt en uppriktig beundran för den amerikanska lösningen av det problem som alltid stod i centrum för hans uppmärksamhet, nämligen hur demokrati skulle förenas med individuell frihet. Denna lösning var perfekt; domstolarna hade givits stor makt men saknade samtidigt möjlighet att missbruka makten, eftersom de endast kunde utöva den inom ramen för en rättegång, där olika parter bett domstolen meddela ett avgörande.[183] Således hindrade domstolarnas makt majoritetstyranni (det gick ju alltid att få konkreta tvister prövade av domstol för den som så önskade), samtidigt som de själva aldrig kunde komma att hota den individuella friheten.[184]

180. Att domarna hade makt att åsidosätta grundlagsstridiga lagar innebar för Tocqueville att ett aristokratiskt inslag blandade sig med det rena folkstyret och därmed kunde minska dettas avarter. Ibid s. 280: »Lorsque le peuple américain se laisse enivrer par ses passions, ou se livre à l'entraînement de ses idées, les légistes lui font sentir un frein presque invisible qui le modère et l'arrête. A ses instincts démocratiques, ils opposent secrètement leurs penchants aristocratiques.» Det var enligt Tocqueville själva blandningen av folkets demokratiska instinkter och domarnas aristokratiska förnuft som borgade för ett gott resultat: » ... sans ce mélange de l'esprit légiste avec l'esprit démocratique, je doute cependant que la démocratie pût gouverner longtemps la societé, et je ne saurais croire que de nos jours une république pût espérer de conserver son existence, si l'influence des légistes dans les affaires n'y croissait pas en proportion du pouvoir du peuple.» Ibid s. 278.
181. Se ibid s. 275: »Les hommes qui ont fait leur étude spéciale des lois ont puisé dans ces travaux des habitudes d'ordre, un certain goût des formes, une sorte d'amour instinctif pour l'enchainement régulier des idées, qui les rendent naturellement fort opposés à l'esprit révolutionnaire et aux passions irréfléchies de la démocratie.»
182. Se De la Democratie ... (II) s. 331.
183. De la Democratie ... (I) s. 103: »Les Américains ont donc confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.»
184. Även Mill uppehöll sig vid detta senare faktum i sitt till Tocqueville nära anslutande (men mindre genomarbetade) försvar för den amerikanska modellen. Se De Tocqueville on Democracy ... (I) s. 66: »A judge ... while he can only exercise political influence through the indirect medium of judicial decisions, he acts within too confined a sphere for it to be possible for him to establish a despotism in his own favour.»

2.4 1900-talet

2.4.1 Uppsalafilosofin. Värdenihilismen

Inom juridiken präglades inledningen av 1900-talet av framväxten av nya läror, vilka ofta var kritiska mot den liberala rättiseologin. I Sverige och Norden spelade den s.k. rättsrealistiska skolan störst roll.

Den skandinaviska rättsrealismen var en rättsteoretisk utveckling av den s.k. Uppsalafilosofin, vars grundare och främsta företrädare var Adolf Phalén och Axel Hägerström. Vem av de bägge som var skolans egentlige upphovsman är en gammal tvistefråga, men det kan konstateras att Phalén gjorde sina främsta insatser inom den teoretiska filosofin, medan Hägerström genom egna insatser och några framstående lärjungar fick ett mycket stort inflytande inom rättsfilosofin åtminstone i Sverige. Hägerström, som inte själv var jurist, har helt enkelt genom sina tankar präglat och dominerat den svenska rättsfilosofin från tiden för första världskriget till de allra senaste decennierna. Däremot har aldrig denna rättsrealism haft samma internationella inflytande.[185]

Uppsalafilosofin och den med denna nära förbundna skandinaviska rättsrealismen[186] är i dag troligen mest känd för sin skeptiska inställning till det traditionella, »naturrättsliga» rättighetsbegreppet (den s.k. värdenihilismen).[187] Det är enligt min mening sannolikt att denna inflytelserika, långvariga och omfattande kritik mot alla föreställningar om naturliga och medfödda rättigheter bidragit till att försvaga de medborgerliga rättigheternas rättsliga ställning i Sverige och minska deras konkreta rättsliga betydelse[188], varför den rättspolitiskt präglade kritik mot rättsrealismen som ofta impliceras i epitetet värdenihilism inte är obefogad.[189]

185. Hägerströmlärjungen Karl Olivecrona uttryckte 1962 förhoppningen att Hägerströms inflytande i takt med att hans viktigaste verk översattes till engelska också skulle börja sträcka sig utomlands. Se Hägerströms rättsfilosofi, i Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt, Tre uppsatser, Lund 1962 s. 2. Denna förhoppning måste dock sägas ha kommit på skam. I Danmark och i viss mån övriga Norden fick den stort inflytande genom att Alf Ross tog djupa intryck av Hägerström, men skolans internationella, utomnordiska inflytande blev obetydligt. Jfr Stig Strömholm/Hans-Heinrich Vogel, Le »réalisme Scandinave» dans la Philosophie du droit, Paris 1975 s. 5: »Dans l'évolution internationale de la philosophie générale et de la philosophie du droit, l'école d'Uppsala en tant qu'école de philosophie générale et le mouvement correspondant dans la théorie générale du droit ne sauraient réclamer qu'une position périphérique.»
186. I genomgångar av den skandinaviska rättsrealismen brukar förutom Lundstedt och Olivecrona främst Alf Ross räknas som Hägerströmlärjunge. Ross mottog emellertid impulser från flera andra håll än Uppsalafilosofin och var i förhållande till denna tämligen självständig. Ross' demokratisyn kommer att analyseras närmare i avsnitt 3.2.4.1, men hans rättsteori tas ej upp i detta avsnitt. Rättsvetenskapsmän i yngre generationer, som anses vara inspirerade av Uppsalafilosofin är bl.a. Tore Strömberg, Per Olof Ekelöf, Per Olof Bolding och Knut Rodhe.
187. Värdenihilism var ursprungligen en pejorativ term, lanserad av litteraturvetaren och Hägerströmmotståndaren John Landquist, men har efterhand blivit en officiell benämning för Hägerströms och rättsrealismens värdeteori. Se Staffan Källström, Den gode nihilisten, Stockholm 1986 s. 19.
188. Rättsrealismens konkreta betydelse för rättigheternas ställning i Sverige och rättighetsskyddets utformning är svåranalyserad, men frågan behandlas något i avsnitt 16.7.
189. Såväl Hägerström som hans främsta lärjungar Vilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona valde vid sina angrepp mot traditionella rättighetsbegrepp så gott som alltid att analysera och kritisera äganderätten och/eller fordringsrätten, stundtals också avtalsfriheten. Genom slagkraftiga analyser visades att dessa rättigheter inte existerar oberoende av de sanktionsregler som är knutna till överträdelser av någons ägande- eller fordringsrätt (t.ex. i form av straffansvar för stöld eller borgenärens möjlighet att i sista hand vända sig till domstol för att få en exeku-

Som något av Uppsalafilosofins och även rättsrealismens grundtext räknas Hägerströms installationsföreläsning från 1911, Om moraliska föreställningars sanning.[190] Det var här Hägerström först utvecklade sin idé att påståenden om förhållanden utanför tid och rum, t.ex. värdeomdömen, var metafysiska. Detta var utgångspunkten för den kritik mot rättsvetenskapen som han sedan kom att upprepa i en mängd skrifter under de följande decennierna[191], ända till sin död 1939; i enlighet med dessa grundtankar fann nämligen Hägerström att rättsvetenskapen var fylld just av sådan metafysik, som borde rensas ut ur all vetenskap.[192]

tionstitel) och därför så att säga inte lever något eget liv, utanför det gällande regelsystemet. Det rör sig här vanligtvis om analyser av rättighetens civilrättsliga karaktär, dvs rättighetshavarens rättsställning gentemot andra individer. (Fordringsrätt är ju f.ö. ett rent civilrättsligt begrepp, som mig veterligen aldrig inkluderats i någon rättighetsdeklaration.) Utförliga framställningar av Hägerströms respektive Lundstedts analyser härvidlag ges av Olivecrona i Grundtankar ... s. 6 ff o. 22 f. För Hägerströms del kan också hänvisas till Der römische Obligationsbegriff I, Uppsala 1927 s. 1-11 (Einleitung) samt bl.a. Naturrätt i straffrättsvetenskapen?, SvJT 1920 s. 321 ff. Lundstedts kanske utförligaste resonemang återfinns i Föreläsningar över valda delar av Obligationsrätten, III. Obligationsbegreppet, Förra delen: Fakta och fiktioner, Uppsala 1929 s. 107 ff. Beträffande Olivecrona kan hänvisas till hans rättsteoretiska huvudverk, Om lagen och staten, Lund 1940 s. 81 ff respektive Rättsordningen, 2 uppl, Lund 1976 s. 168 ff. Även en yngre, av Uppsalafilosofin präglad generation av rättsvetenskapsmän diskuterade rättigheter med användande av denna terminologi; se t.ex. Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi, TfR 1945 s. 242 ff. Vad som däremot nästan helt lyser med sin frånvaro hos dessa författare är analyser av förhållandet mellan staten och individen respektive av individens traditionella medborgerliga rättigheter (yttrandefrihet, rörelsefrihet, rätt till domstolsprövning av frihetsberövande osv). Det måste dock antas att rättsrealisterna hade samma principiella syn på dessa rättigheter. – Lundstedt är f.ö. välkänd för uttalandet att »Talet om att en ny lag skulle kunna kränka äganderätten är lika meningslöst som en papegojas pladder», som fälldes vid ett politiskt tal i september 1928. »Ty det finns ingen äganderätt och har aldrig funnits någon äganderätt», hävdade han då. Se närmare härom Staffan Källström, En filosof i politiken, Vilhelm Lundstedt och äganderätten, Stockholm 1991 s. 14 f. Hägerström kommenterade de traditionella medborgerliga rättigheterna och »arvet från franska revolutionen» vid åtminstone ett tillfälle, nämligen i artikeln Om sociala vidskepelser från 1913 (omtryckt i Socialfilosofiska uppsatser, 2 uppl, Stockholm 1966, s. 77-96). Han förklarade där 1700-talets »osminkade entusiasm för människorättigheterna» med att medeltidens djupt inpräntade vördnad för det gudomliga och övernaturliga »flyttat sina bopålar in i den enskildes personlighet». Upplysningstänkandet och utvecklingen av en sekulariserad naturrätt innebar att »all den vördnad, varmed man sett upp till de sociala auktoriteterna, flyttades över på individen själv», med resultatet att den enskilde personen i sig själv ansågs ha vissa rättigheter. Därmed inträffade det oerhörda: »denne anses i *sig själv* äga värde.» Men, lugnade Hägerström de uppskakade och oroliga läsarna, »däri ligger alltid något övernaturligt. Endast det som är upphöjt över naturlivets skrankor, kan äga *självständigt värde*, kan vara absolut norm för våra värden.» A.a.s. 86-87.

190. Omtryckt i Socialfilosofiska uppsatser s. 35-57.

191. Se t.ex. ibid s. 46: »En moralisk auktoritet eller norm såsom en i sig själv god verklighet är, objektivt sett, något orimligt.» Jfr s. 51 f: »Det enda, varom man genom objektiva grunder kan övertygas, är en viss verklighetens beskaffenhet ... Slutresultatet av denna undersökning blir, att den moraliska föreställningen såsom sådan, det vill säga såsom föreställning om att ett visst handlande representerar ett högsta värde, varken kan sägas vara sann eller falsk.» För sammanfattningar av Hägerströms värdelära kan förutom till Olivecrona i Grundtankar ... s. 2-18 hänvisas till Strömberg, a.a.s. 58 ff och Källström, Den gode nihilisten s. 23 ff.

192. Jfr a.a.s. 56: »varje vetenskap måste stå på andra sidan om gott och ont.» Det förtjänar att påpekas att Hägerström vände sig mot samtida rättspositivistiska idéer med lika stor kraft som mot naturrättsliga föreställningar. Den uppfattning om lagen som uttryck för lagstiftarens eller statens vilja som var gängse inom rättspositivismen avvisades med kraft såväl av Hägerström som hans lärjungar Lundstedt och Olivecrona; även denna var uttryck för en ren

En omtvistad fråga är om värdenihilism, dvs förnekandet av objektiva värden och därmed av en objektiv möjlighet att skilja mellan rätt och orätt, kan leda till en ökad förståelse för totalitära politiska system (även om detta inte är någon nödvändig konsekvens av hållningen). Makt blir så att säga lätt lika med rätt, om det är omöjligt att kritisera lagar i värderande termer. Det tydligaste exemplet härpå i Sverige är Olivecrona, som under andra världskriget hade starka sympatier för Tyskland och i en bok 1940 förordade en svensk uppslutning bakom de tyska krigsmålen. Hägerström förespråkade dock aldrig något avskaffande av gängse moraliska föreställningar och sedvanor. Tvärtom tog han uttryckligen avstånd från alla tendenser till »värdeanarki» och försök att kullkasta hävdvunna normer och värderingar.[193]

Det är en intressant fråga, som dock inte kan utredas här, om Olivecronas protyska hållning möjligen hade något samband med ett karakteristiskt drag i hans rättsteoretiska författarskap, som i någon mån skiljer ut honom från Hägerström och Lundstedt. Här syftas på hans tendens att beskriva staten främst som en våldsutövare; statens *främsta karakteristikum* var enligt Olivecrona dess monopol på våldsanvändning.

Svante Nordin anser sig i Olivecronas skrifter ha mött en »bister realism», som för tankarna till Machiavelli och Hobbes.[194] Anmärkningen är träffande. I sitt första rättsteoretiska huvudverk, Om lagen och staten från 1940, skrädde Olivecrona inte orden. Efter att ha lagt fram sin version av rättsrealismen drog han följande slutsats: »Läsaren har förmodligen redan gjort den reflexionen, att om lagen icke är bindande i traditionell mening, om det endast är en fråga om den psykologiska effekten av vissa fristående imperativer, om det i verkligheten icke finnes några rättigheter och skyldigheter – ja, då måste också det som vi kalla rättsordningen i själva verket vara organiserat våld. Så hänger det också ihop. Slutsatsen är ofrånkomlig, om man håller sig till fakta.»[195] Denna uppfattning om makten, våldet och den råa styrkan som rättsordningens sanna karaktär – som Olivecrona av allt att döma inte torgförde utan en viss förnöjsamhet – saknas nästan helt hos Hägerström och Lundstedt. I senare verk modifierade Olivecrona de kategoriska uttalandena något, möjligen beroende på att åsikter som dessa kompromitterats genom att förknippas just med sådana totalitära tänkesätt som Olivecrona tidigare sympatiserat med. I sak ändrade han sig emellertid mycket litet; i Rättsordningen, huvudverket i hans senare produktion, heter det att »det mest karakteristiska, det som principiellt skiljer staten från sammanslutningar av annan art, det består i att staten är vapenbärande. Militärmakt och polis är attribut som tillhör staten allena. Däri ligger dess särmärke.»[196] Monopoliseringen av vapenmakten sades vara *statsorganisationens kärna*.[197]

Uppsalafilosofins och rättsrealismens stjärnor kom så småningom att dala. Denna utveckling kan sägas ha inletts 1941, då Ingemar Hedenius i boken Om rätt och moral gick till storms mot lärornas grundantagande att värdesatser som »detta är rätt» eller

fiktion. Ingen av dessa var därför rättspositivist. Att lagarna faktiskt åtlyddes berodde enligt rättsrealisterna främst på psykologiska faktorer och vad Hägerström kallade »en viss förment moralisk auktoritet». A.a.s. 52.

193. Se t.ex. Om moraliska föreställningars sanning s. 56 f. När Hägerström i en artikel 1936 bemötte anklagelser av denna typ mot sin lära, framhöll han just att den inte behövde få några negativa konsekvenser »på de moraliska värdenas område». Se Om primitiva rudimenter i modernt föreställningssätt, i Socialfilosofiska uppsatser s. 128: »Man har sagt, att förnekelsen av objektivt giltig moral skulle leda till den konsekvensen, att var och en har friheten att handla som han behagar. Vad menas med en sådan licens på de moraliska värdenas område? Jo, detta, att det icke skulle vara orätt att hänge sig åt stundens begär och lidelser, icke orätt att stjäla och mörda, om man tror sig vinna någon fördel därmed. Men den, som skulle proklamera en sådan rättsåskådning, han intager själv en värderingsposition. Det vill säga han utlåter sig icke alls om verkligheten utan ger uttryck åt sitt eget sätt att känna i moraliska ting och är därför varken konsekvent eller inkonsekvent.» Jfr till det sagda Källström, a.a.s. 73 f.
194. Från Hägerström till Hedenius – Den moderna svenska filosofin, Lund 1984 s. 123. Jfr också Slagstad, a.a.s. 130 ff.
195. A.a.s. 125.
196. Rättsordningen s. 262.
197. Ibid s. 265 f.

»detta är orätt» inte motsvaras av några realiteter. Enligt Hedenius kan sådana fraser ibland uttrycka påståenden om faktiska förhållanden, nämligen då de bara innebär ett neutralt konstaterande av sakförhållandet huruvida en viss regel hör till ett lands juridiska rätt. Sådana påståenden kan verifieras av sakförhållanden, men måste skiljas från »böra-utsagor», dvs påståenden om hur någon bör handla (juridiskt eller moraliskt). Påståendena om sakförhållanden benämndes av Hedenius oäkta rättssatser, medan böra-satserna, vilka var »teoretiskt meningslösa påtryckningsfraser», kallades äkta rättssatser.[198] Med användande av denna terminologi – som dock inte avsatt några djupare spår i den svenska juridiken – lyckades Hedenius visa att den rättsrealistiska tesen att värdesatser alltid är innehållslösa var överdriven. Internationellt blev vidare rätts*positivismen* efter andra världskriget utsatt för omfattande kritik, som gick ut på att den underlättat diktaturernas framväxt i Europa under 1930-talet. Denna kritik avsatte dock mycket begränsade spår i Sverige. Rättsrealismen, som bör hållas i sär från -positivismen, kan sägas ha behållit sitt grepp om svensk rättsvetenskap till 1970- eller rentav 1980-talet, då den allmänt kom att uppfattas som något otidsenlig. Härtill finns flera olika förklaringar: Här kan nämnas att Sverige vid flera tillfällen fällts av ECtHR samtidigt som en livligare diskussion om mänskliga rättigheter och den enskildes rättssäkerhet än på mycket länge påbörjades; kristendenser i den nordiska välfärdsstat som rättsrealismen och den Hägerströmska värdefilosofin ofta förknippats med; affärslivets internationalisering som ökar kontakterna med utländska, mer »naturrättsliga» och i här avsedd mening betydligt mindre realistiska rättssystem; ett starkare betonande inom rättsteorin av etikens betydelse.[199] Utan att fördjupa oss närmare i exakt vilka faktorer som påverkat utvecklingen kan konstateras att rättsrealismen inte längre dominerar den svenska rättsvetenskapen på det sätt som läran gjort under större delen av 1900-talet. Detta hindrar dock inte att många svenska domare alltjämt kan antas vara influerade av Hägerströms tankar, vilket kan vara en av orsakerna till lagprövningsrättens ringa praktiska betydelse.

2.4.2 *Människorättsidéns renässans efter andra världskriget*

Även om rättsrealismen blev särskilt inflytelserik i Sverige och Norden och inte hade någon direkt samtida motsvarighet i andra länder så var rörelsen på många sätt tidstypisk. Under första delen av 1900-talet, fram till andra världskriget, var nämligen både den klassiska liberalismen och rättighetsidén på internationell tillbakagång, trängda från flera olika håll; av totalitära ideologiers framväxt, av det faktum att liberala politiska idéer föreföll föga ägnade att lösa de stora politiska problemen i västländerna, av positivismens dominans inom så gott som all vetenskap med åtföljande krav på logisk analys, exakthet m.m. samt av framväxten av rättspositivism och -realism, inte bara i Sverige utan också i t.ex. USA och Centraleuropa, där Hans Kelsen kring 1920 fick ett starkt

198. Om rätt och moral, 2 uppl, Stockholm 1965, s. 56 ff.
199. Här kan framförallt hänvisas till den av Peczenik lanserade rättsrationalismen; se t.ex. Vad är rätt?, Stockholm 1995.

inflytande.[200] Alla dessa riktningar kan inte beskrivas som rättighetsidéns fiender, men sammantagna fick de en för denna förödande effekt. Efter andra världskriget kom emellertid förhållandena att ändras tämligen drastiskt, varför avsaknaden av uppgörelse med rättsrealismen i Sverige efter andra världskriget framstår som ett mer egenartat **svenskt** fenomen än lärans framväxt under mellankrigstiden.[201]

Internationellt skedde nämligen en omvärdering så gott som omedelbart efter krigsslutet 1945. Orsaken härtill var givetvis främst reaktionen mot avslöjandena om Hitlerväldets fasor, koncentrationsläger, rättslöshet osv. Den under inledningen av 1900-talet dominerande rättspositivismen sågs som en av anledningarna till att det tyska rättssamhället helt urartat, samtidigt som avslöjandena om diktaturens barbari skapade en rent moralisk indignation, med förnyade krav på okränkbara mänskliga rättigheter. Det är mot denna bakgrund antagandet av de många rättighetsdeklarationerna strax efter andra världskriget (t.ex. FN-deklarationen 1948 och ECHR 1951) måste förstås. Även den konstitutionella utvecklingen i många länder bar spår av reaktionerna mot krigets och diktaturens ohyggligheter. Detta gäller först och främst den tyska grundlagen från 1949, men också den franska konstitutionen av 1946, som inleddes med en hänvisning till 1789 års rättighetsdeklaration och vissa särskilt nödvändiga politiska, ekonomiska och sociala principer.[202]

Naturrättens renässans inom rättsfilosofin var således en del av en allmän tendens i västvärlden efter kriget. En artikel skriven 1946 av Gustav Radbruch – tidigare rättspositivist – anses ofta markera inledningen på denna nya utveckling inom rättsteorin.[203]

Karakteristiskt för denna nya naturrätt, som alltså fick en stark ställning i Västtyskland och stora delar av kontinentaleuropa men hade ett försumbart inflytande på svensk rätt, är att den framförallt tagit sig uttryck i krav på att grundläggande mänskliga rättigheter respekteras. Rättigheterna blir en måttstock, med vilken samhället och rättsstaten mäts. Den »moderna naturrätten» är med andra ord utpräglat förnuftsbaserad.[204] Existensen av rättigheter motiveras hellre med etiska än religiösa skäl och konstruktioner av typen samhällsfördraget är borta.

Den ende nordiske rättsvetenskapsman från denna period som förknippas med dylika tankar var Frede Castberg, som ofta beskrivits som naturrättsförespråkare.[205] Detta är dock en sanning med modifikation; Castberg synes ha förvärvat detta epitet närmast av det skälet att han var väsentligt mindre positivistisk eller realistisk än flertalet övriga nordiska rättslärda. Någon uttalad naturrätts-

200. Hägerström konstaterade i Om sociala vidskepelser (s. 92) mycket belåtet att »den abstrakta människorätten blivit något medfaren av tidens tand» och fortsatte: »För den vakne iakttagaren är det nog tydligt, att man icke numera med samma rödglödgade entusiasm som under franska revolutionens tider drager den personliga värdighetens vapen ur slidan.» I sak hade Hägerström utan tvekan fog för sin belåtenhet.
201. T.o.m. den svurne naturrättsmotståndaren Olivecrona medgav 1966 att rättsfilosofin under de senaste decennierna varit starkt naturrättsligt färgad, men konstaterade lättat att Storbritannien och de nordiska länderna blott berörts marginellt av denna utveckling. Se Rättsordningen s. 71. På s. 72 i denna bok ges f.ö. en översikt över viktig naturrättslig efterkrigslitteratur.
202. Se närmare kap. 7.1 resp. 8.1-2.
203. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, omtryckt i Rechtsphilosophie, Stuttgart 1950 s. 347-357.
204. Jfr om sekulariserad naturrätt ovan i 1.2.
205. Se t.ex. Strömberg, a.a.s. 72.

entusiast var han nämligen aldrig, men till skillnad från flertalet samtida rättsvetenskapsmän motsatte han sig att alla naturrättsidéer avvisades som metafysik. Castberg förklarade sig beredd att godta en idé om naturrätt i bemärkelsen objektivt giltiga, »överpositiva» rättsprinciper. Castberg framhöll att idén om mänskliga rättigheter hade en riktig kärna, av enorm betydelse för människors tänkande och uppfattningar om världen. Han påpekade också skillnaden mellan att tro på själens odödlighet och att tro på objektivt giltiga etiska och rättsliga normer; endast det förra utgjorde enligt Castberg metafysik.[206] Det säger åtskilligt om det andliga klimatet inom nordisk rättsvetenskap under efterkrigsdecennierna att åsikter som dessa, framförda 1967, upplevdes som originella och starkt avvikande från det dominerande rättsteoretiska paradigmet.

2.4.3 *Nykonservatismen. Striden mellan liberaler och communitarians*

Avslutningsvis bör här tas upp den livliga debatt som under 1980- och 1990-talen förts mellan ett antal nykonservativa s.k. gemenskapsetiker eller *communitarians*[207] och företrädarna för den moderna liberalismen, främst John Rawls. Denna debatt antyder vad vår tids kritik mot liberalismen främst riktat in sig på.

Gemenskapsetiken framstår till stor del som ren nykonservatism.[208] Burkes kritik mot att rättigheterna i den franska rättighetskatalogen hade en abstrakt, universell karaktär[209] går igen i gemenskaparnas kritik mot den moderna liberalismen. De senare poängterar precis som Burke betydelsen av de värden vilka är gemensamma för medborgarna i olika samhällen samt utvecklats under lång tid. De hävdar att människor inte kan bilda sig en uppfattning om vad som är rätt, gott eller rättvist, eller om vilka rättigheter som bör åtnjuta rättsligt skydd, oberoende av sitt kulturarv. Precis som Burke har de en kultur- och värderelativistisk ådra. Mycket i dagens debatt känns därför igen från den debatt mellan konservatism och liberalism som för tvåhundra år sedan fördes mellan Burke och Paine.[210] Det är därför logiskt att den främsta måltavlan för gemenskaparnas kritik varit John Rawls, vars rättviseprinciper, först lanserade i A Theory of Justice från 1971, har en uttalat individualistisk och till en början också universell karaktär.[211]

Schematiskt har debatten utvecklats så att ett antal gemenskapare i 1980-talets början angrep Rawls på de här antydda grunderna, varefter deras tankar vunnit ökat inflytande

206. Naturret og inenneskerettigheter s. 47 f.
207. Här används genomgående den svenska termen »gemenskaparna» om dessa filosofer; Gemenskaparna är titeln på den första svenska antologin med texter av företrädarna för denna skola (Stockholm 1993, urval Emil Uddhammar) och är dessutom ett enklare uttryck än det engelska »communitarians». Själva läran betecknas däremot omväxlande som gemenskapsetik och communitarianism. (I tidskriften Res Publica nr. 27, Stehag 1994 användes i ett temanummer termen »kommunitarism», som dock inte brukas här).
208. Det är därför föga förvånande att vissa bedömare satt den i samband med framväxten av en politisk nykonservatism i främst USA under 1980-talet; se bl.a. William A. Galston, Liberal purposes, Cambridge 1991 s. 142.
209. Jfr Burke, Reflections s. 89 f: »I cannot stand forward, and give praise or blame to any thing which relates to human actions, and human concerns, on a simple view of the object, as it stands stripped of every relation, in all the nakedness and solitude of a metaphysical abstraction.»
210. Jfr Carlos Nino, The ethics of human rights s. 83: »What is strange is not that this movement appeared in recent years but that it is being presented as something new.»
211. Att A Theory of Justice, genom Rawls' försök att rationellt rättfärdiga universella mänskliga rättigheter, är debattens utgångspunkt har bl.a. framhävts av Carlos Nino, a.a. Jfr också Stephen Mulhall & Adam Swift, Liberals & Communitarians, Oxford 1992 s. 1: »Both communi-

i USA och Storbritannien och Rawls tagit vissa intryck av gemenskaparnas kritik. Enklast är därför att först redogöra för huvudtankarna i A Theory of Justice och sedan behandla gemenskaparnas kritik, varefter några ord bör ägnas Rawls' nuvarande liberalism, så som denna modifierats efter kritiken mot A Theory of Justice.

Rawls förklarar i A Theory of Justice att hans syfte är att förnya och utveckla den klassiska läran om samhällsfördraget, som ju bl.a. Locke och Rousseau byggt sina teorier på.[212] Det nya i förhållande till de äldre teorierna är att han inte utgår från ett kontrakt mellan härskare och undersåtar, utan i stället från ett hypotetiskt avtal *mellan individerna själva*, i vilket de enats om vissa grundläggande rättviseprinciper som sedan ligger till grund för samhällets fortsatta utveckling. Rawls tänker sig inte heller att denna överenskommelse ingåtts i något naturtillstånd, som kännetecknats av ett allas krig mot alla eller av idylliska förhållanden, utan utgår från ett tänkt tillstånd av total jämlikhet, en *ursprungsposition*, där ingen vet något om sin egen ställning i samhället, sina färdigheter, sin inkomst osv. Individerna i detta tänkta läge saknar också egentliga rättviseföreställningar i form av normer, värderingar eller uppfattningar om vad som är rätt och gott. De val de gör och de överenskommelser som ingås sker därför bakom en s.k. *okunnighetsslöja*, men Rawls menar ändå att förnuftiga individer, besjälade av ett rationellt egenintresse, borde kunna enas kring de rättviseprinciper han föreslår.[213] Hans rättsfilosofi har således ett starkt universellt eller om man så vill abstrakt drag däri att han utgår från helt abstrakta individer, vilka ryckts loss från alla sociala sammanhang. Jaget, den enskilde individen, föregår så att säga den sociala existensen.[214]

Ändå är dessa individer enligt Rawls kapabla att inse det kloka i de principer han förordar.[215] Vilka är då dessa två principer, på vilka det goda samhället vilar? Jo, dessa:

> *First principle*
>
> Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all.
>
> *Second principle*
>
> Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both:
> (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and

tarian critics and defenders of versions of liberalism other than that offered by Rawls have formulated their positions in terms that make explicit their reference to his theory, so that in many ways Rawls simply *did* define the agenda and continues to do so.»

212. Se A Theory of Justice, Oxford 1972 s. 11 f.
213. Ibid.
214. Jfr A Theory of Justice s. 560. Rawls avvisade 1971 uttryckligen tanken att någon form av samhälleliga värden skulle kunna påverka individernas val: »The essential idea is that we want to account for the social values ... by a conception of justice that in its theoretical basis is individualistic. For reasons of clarity among others, we do not want to rely on an undefined concept of community, or to suppose that society is an organic whole with a life of its own distinct from and superior to that of all its members in their relations with one another.» A.a.s. 264. Jfr även s. 47.
215. Det är därför följdriktigt att Rawls fått kritik även av andra än rena gemenskapare för vad vi kan kalla totalitetsanspråken i hans lära. Se t.ex. Shapiro, a.a.s. 204 f, 207 o. 237 f om det problematiska i föreställningen att alla någorlunda förnuftiga människor intuitivt måste inse principernas giltighet och att dessa sedan skulle gälla för evigt och vägleda alla samhällsbeslut.

(b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.»[216]

Som synes innehåller den första principen en reglering av den enskildes fri- och rättigheter, medan den andra tar ställning till i vilken utsträckning och under vilka förutsättningar ekonomiska olikheter skall tillåtas. Mellan principerna gäller en prioritetsordning, enligt vilken den första har företräde framför den andra. Denna prioritering mellan principerna innebär att ojämlikheter inte kan korrigeras förrän den första principen är fullkomligt uppfylld. De rättigheter som skyddas av den första principen[217] kan alltså aldrig offras till förmån för ekonomiska standardökningar. Rättighetsbegränsningar kan endast tillåtas när de ökar den totala friheten i samhället.[218]

För tanken att alla rättvisa samhällen borde styras i enlighet med dessa rättviseprinciper har Rawls fått uppbära kritik både från höger och vänster, både från libertarianer som menat att Rawls fäst för stor vikt vid omfördelning av tillgångar och av socialister som irriterat sig på att social och ekonomisk omfördelning enligt Rawls kan ske först när de individuella mänskliga rättigheterna är tillgodosedda. Liberala bedömare har lite ironiskt konstaterat att de principer Rawls efterlyser ligger nära de som kommer till uttryck i den amerikanska konstitutionen.[219] Här skall dock enbart gemenskaparnas kritik mot Rawls behandlas närmare.

A Theory of Justice skrevs inte i polemik mot någon gemenskapsfilosofi. Någon sådan fanns överhuvudtaget inte att tala om förrän i början på 1980-talet, då MacIntyre och Sandel publicerade sina första böcker i ämnet.[220] När de framträdde kritiserade dock gemenskaparna individualismen, värdeobjektivismen och de universella anspråken i Rawls' filosofi.[221] .

216. Se A Theory of Justice s. 302 f. Formuleringarna i principerna har senare ändrats något; se Political Liberalism s. 5 f. Någon ändring i sak är inte avsedd.
217. Se närmare om vilka dessa är i Political Liberalism s. 61.
218. Ibid s. 302 f. Rawls gör dock en viss reservation för svältsituationer och liknande fall. Se A Theory of Justice s. 542: »The supposition is that if the persons in the original position assume that their basic liberties can be effectively exercised, they will not exchange a lesser liberty for an improvement in their economic well-being, at least not once a certain level of wealth has been attained. It is only when social conditions do not allow the effective establishment of these rights that one can acknowledge their restrictions ... The lexical ordering of the two principles is the long-run tendency of the general conception of justice consistently pursued under reasonably favorable conditions.»
219. Se t.ex. Dworkin, Taking Rights Seriously s. 182 och Will Kymlicka, Liberalism, Community and Culture, Oxford 1991 s. 137.
220. Alasdair MacIntyre, After Virtue, London 1981 samt Michael J. Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge 1982. Om Rawls var ute efter att kritisera någon filosofisk inriktning var det snarast utilitarismen, som han brännmärkte som en teleologisk teori vilken var beredd att överse med alla rättighetskränkningar som bidrog till att öka den sammanlagda välfärden i samhället. Se närmare A Theory of Justice s. 23 ff. Att kritiken mot utilitarismen var ett av bokens huvudsyften har Rawls också klargjort i Political Liberalism, New York 1993 s. xv (intro.).
221. Som ett uttalande representativt för de tankar gemenskaparna ogillade kan här hänvisas till A Theory of Justice s. 516: »Also, these principles are objective. They are the principles that we would want everyone (including ourselves) to follow were we to take up together the appropriate general point of view. The original position defines this perspective, and its conditions also embody those of objectivity; its stipulations express the restrictions on arguments that force us to consider the choice of principles unencumbered by the singularities of the circumstances in which we find ourselves.»

Gemenskaparna är ingen helt enhetlig grupp. De ledande företrädarna för denna filosofiska inriktning har skiftande ideologiska och politiska preferenser och betonar därför olika aspekter i kritiken mot liberalismen.[222] Tanken att de enskilda individerna, oberoende av ursprung, samhällstillhörighet osv skulle besitta vissa rättigheter är emellertid för dem alla, precis som för Burke, helt enkelt felaktig. Gemenskaparna föredrar att betona värdet av för samhällsmedlemmarna gemensamma syftemål och aktiviteter.[223] Tillhörigheten till en grupp och det för gruppmedlemmarna gemensamma framhävs således på bekostnad av individens egenvärde. Den liberala individualismen påstås ha underskattat betydelsen av den enskilda människans infogande i ett större socialt sammanhang.

De första skrifterna som kan sägas tillhöra denna filosofiska skola var alltså MacIntyres och Sandels böcker från tidigt 1980-tal, After Virtue respektive Liberalism and the Limits of Justice. Just MacIntyre och Sandel räknas, tillsammans med Michael Walzer, till rörelsens viktigaste företrädare.

MacIntyre framstår jämfört med Sandel som en mer konsekvent värdekonservativ, som helt enkelt ogillar mycket av den samtida samhällsutvecklingen. Den överdrivna individualismen i de moderna västerländska samhällena förhindrar medborgarna att värna inte blott om det gemensamma goda, utan om alla värden överhuvudtaget.[224] Medan Sandel främst kritiserat de av Rawls lanserade rättviseprinciperna och därigenom hela det liberala rättvise- och rättighetsbegreppet för att bygga på en orealistisk, metafysisk uppfattning om att den enskilde individen föregår sin samhälleliga existens har MacIntyre mer eller mindre dömt ut **all** liberalism som rotlös och oförmögen att uppamma för ett samhälle gemensamma värden.[225] MacIntyre betonar individernas tillhörighet till ett givet socialt sammanhang starkt.[226] Det är därför följdriktigt att han betraktar Rawls' tankar med stor skepsis:

> It is in any case clear that for ... Rawls a society is composed of individuals, each with his or her own interest, who then have to come together and formulate common rules of life ... Individuals are thus in both accounts primary and society secondary, and the identification of individual interests is prior to, and independent of, the construction of any moral or social bonds between them.[227]

Det tragiska med vår tid, menar MacIntyre, är att liberala idéer som de vilka Rawls företräder fått en sådan spridning och i hög grad influerat de moderna västerländska

222. Se t.ex. Uddhammar, a.a.s. 8 f för en lättillgänglig översikt.
223. Jfr MacIntyre, After Virtue s. 213: » ... my good as a man is one and the same as the good of those others with whom I am bound up in human community.»
224. Jfr Mulhall & Swift, a.a.s. 92 f.
225. Jfr Amy Gutmann, Communitarian Critics of Liberalism, Phil. & Publ.Aff. 1985 s. 309: »According to Sandel, the problem is that liberalism has faulty foundations ... According to MacIntyre, the problem is that liberalism lacks any foundations at all.»
226. Se After Virtue s. 204-05. »I am someone's son or daughter, someone else's cousin or uncle; I am a citizen of this or that city, a member of this or that guild or profession; I belong to this tribe, that clan, this nation. Hence what is good for me has to be what is good for one who inhabits these roles. As such I inherit from the past of my family, my city, my tribe, my nation, a variety of debts, inheritances, rightful expectation and obligations. These constitute the given of life, my moral starting-point. This in part is what gives my life its moral particularity.»
227. Ibid s. 232-33.

samhällena.[228] MacIntyre beklagade 1981 frånvaron av andra realistiska ideologiska alternativ än liberal individualism och byråkratisk statssocialism och förefaller hysa en nostalgisk längtan tillbaka till gammal klassisk, kollektivistisk konservatism.[229]

MacIntyre avvisar alla tankar på medfödda naturliga rättigheter. (Här går han av allt att döma längre än Burke, som nöjde sig med att avvisa tanken på *universella* rättigheter, vilka var gemensamma för alla människor.) Enligt MacIntyre är mänskliga rättigheter en fiktion. Att tro på deras existens är i likhet med tron på häxor ren vidskepelse.[230]

Skillnaden mellan Sandel och MacIntyre är främst att Sandel i högre grad riktat sin kritik mot Rawls' rättviseprinciper än mot hela liberalismen, varför det är naturligt att han fört fram fler synpunkter som är relevanta i en juridisk och konstitutionell kontext. Det är också Sandels kritik som Rawls tycks ha tagit störst intryck av.

Sandels kritik utgår från vad som enligt honom är »the core conviction Rawls seeks above all to defend», nämligen »the claim that justice is the first virtue of social institutions».[231] Sandel menar alltså att Rawls vid utarbetandet av sina rättviseprinciper betraktar rättvisan som frikopplad från alla sociala och historiska band[232], vilket leder till ohållbara konsekvenser:

> To establish the primacy of justice in the categorical sense Rawls' claim requires, he would have to show not only that the circumstances of justice prevail in all societies, but that they prevail to such an extent that the virtue of justice is always more fully or extensively engaged than any other virtue. Otherwise, he would be entitled to conclude only that justice is the first virtue of certain kinds of societies, namely those where conditions are such that the resolution of conflicting claims among mutually disinterested parties is the most pressing social priority.[233]

I stället menar Sandel att både rätten och rättvisan måste vara rotade i »those forms of community that engage the identity as well as the interests of the participants.»[234] De för medborgarna i respektive samhälle gemensamma strävandena och värdena är inte bara något som medborgarna godtar i största allmänhet, utan fastmer de krafter som formar de enskilda individernas identitet.[235] Följaktligen blir inte individerna medvetna om vad som är rätt och rättvist förrän de upptäckt sin egen identitet. Tanken att de skulle

228. Ibid s. 2: » . . . we have – very largely, if not entirely – lost our comprehension, both theoretical and practical, of morality.»
229. Se bl.a. After Virtue s. 33.
230. Ibid s. 67: »The best reason for asserting so bluntly that there are no such rights is indeed of precisely the same type as the best reason which we possess for asserting that there are no witches . . . ; every attempt to give good reasons for believing that there *are* such rights has failed.» – Inget av det sagda utesluter att MacIntyre i andra avseenden än de här berörda kan betraktas som en stor filosof. Hans övriga produktion har f.ö. en delvis annan karaktär; se närmare J. Horton/S. Mendus, Alasdair MacIntyre: *After Virtue* and after, i Horton/Mendus (utg.), After MacIntyre – Critical Perspectives on the Work of Alasdair MacIntyre, Cambridge 1994 s. 1-15.
231. Liberalism and the Limits of Justice s. 15.
232. Se vidare a.a.s. 16 f.
233. Ibid s. 30.
234. Ibid s. 182.
235. Se framförallt a.a.s. 150: » . . community describes not just what they *have* as fellow citizens but also what they *are*, not a relationship they choose (as in a voluntary association) but an attachment they discover, not merely an attribute but a constituent of their identity.»

kunna avgöra detta bakom en »okunnighetsslöja» framstår då som absurd.[236]

En tredje ledande gemenskapsfilosof, Michael Walzer, utgår i och för sig också från de i hans tycke alltför universella anspråken i Rawls' lära. Även om medborgarna i ett samhälle vore aldrig så försvurna till objektivitet i sina handlingsval är enligt Walzer den fråga de oftast ställer sig i valsituationer inte hur rationella individer som har att välja »under universalizing conditions of such-and-such a sort» skulle handla, utan vad rationella individer som de själva, med **deras** traditioner och kulturarv, skulle göra.[237] Samtidigt är Walzer den mest uttalade värderelativisten av de tre. Walzer tycks i princip vara beredd att acceptera alla samhällen och samhällssystem som präglas av gemensamma värden *(shared understandings)*:

> A given society is just if its substantive life is lived in a certain way – that is, in a way faithful to the shared understandings of the members.[238]

Detta är långtgående; här sägs uttryckligen att varje samhälle där gemensamma värden betonas är rättvist och icke-tyranniskt.[239] Det är följaktligen naturligt att Walzer fått uppbära åtskillig kritik för sin relativism, som ju kan uppfattas som ett försvar för kultu-

236. Ibid s. 179: »But we cannot regard ourselves as independent in this way without great cost to those loyalties and convictions whose moral force consists partly in the fact that living by them is inseparable from understanding ourselves as the particular persons we are – as members of this family or community or nation or people, as bearers of this history, as sons and daughters of that revolution, as citizens of this republic.». Se även s. 58 f. Jfr även s. 64, 116 f samt s. 172 f.
237. Se Spheres of Justice, Oxford 1983 s. 5. Jfr också s. 79: »Rational men and women in the original position, deprived of all particular knowledge of their social standing and cultural understanding, would probably opt, as Rawls has argued, for an equal distribution of whatever goods they were told they needed. But this formula doesn't help very much in determining what choices people will make, or what choices they should make, once they know who and where they are. In a world of particular cultures, competing conceptions of the good, scarce resources, elusive and expansive needs, there isn't going to be a single formula, universally applicable.»
238. Ibid s. 313. Walzer förklarar uttryckligen att inga universella eller externa principer kan ersätta »social meanings» i ett samhälle. »Every substantive account of distributive justice is a local account.» Han fortsätter: »By virtue of what characteristics are we one another's equals? One characteristic above all is central to my argument. We are (all of us) culture-producing creatures; we make and inhabit meaningful worlds. Since there is no way to rank and order these worlds with regard to their understanding of social goods, we do justice to actual men and women by respecting their particular creations. And they claim justice, and resist tyranny, by insisting on the meaning of social goods among themselves. Justice is rooted in the distinct understandings of places, honors, jobs, things of all sorts, that constitute a shared way of life. To override those understandings is (always) to act unjustly.» Ibid s. 314.
239. Möjligen hänger Walzers bestämda försvar för nationalstaten som den enda tänkbara fungerande politiska enheten samman härmed. Den politiska enheten nationalstaten är enligt Walzer det närmaste vi kan komma en värld av »common meanings». Se Spheres of Justice s. 28 f o. s. 39: »The politics and the culture of a modern democracy probably require the kind of largeness, and also the kind of boundedness, that states provide ... At some level of political organization, something like the sovereign state must take shape and claim the authority to make its own admissions policy, to control and sometimes restrain the flow of immigrants.» Nationalismen är här ganska klart uttalad. Att en stor majoritet av världens stater helt enkelt inte uppfyller de krav Walzer ställer på denna önskvärda politiska enhet och att en tillämpning av hans idéer lär drabba minoritetsgrupper i olika stater ganska hårt tycks inte bekymra honom; jfr Kymlicka, a.a.s. 222 ff samt Galston, a.a.s. 44.

rellt homogena diktaturstater som t.ex. Kina.[240]

Även andra gemenskapare har fått kritik för enskildheter i sina läror (t.ex. MacIntyre för sin antimodernism).[241] Också kritik av mer principiellt slag har dock, föga förvånande, framförts.

I denna kritik går det att urskilja några huvudargument. Gemenskaparna har t.ex. kritiserats för det grundläggande metodologiska felet att se världen och samhällena i svart och vitt; de tycks mena att individen antingen utvecklar sina värderingar och gör sina val bakom en okunnighetsslöja, helt oberoende av sitt kulturarv, eller enbart är en produkt av sin uppväxtmiljö och sitt kulturarv och aldrig kan frigöra sig från de värden han en gång fått inympade i sig. Att sanningen kanske ligger någonstans mittemellan tycks inte ha föresvävat dem.[242] Vidare har de fått kritik för oförmågan att presentera några egna ideologiska alternativ till den i västvärlden dominerande liberalism som de ogillar så mycket.[243] Besläktad härmed är den redan berörda kritiken att gemenskapsfilosofin bara upprepar den traditionella konservativa kritiken mot liberalismen, ehuru Rawls denna gång utsetts till måltavla i stället för den franska rättighetsdeklarationen eller någon äldre liberal tänkare.[244]

Härifrån har sedan många liberala »anti-communitarianer» gått vidare och utvecklat ett principiellt försvar för liberalismen, som kanske trots allt inte är så oförmögen att alstra gemensamma värden som gemenskaparna hävdar. Stephen Holmes har t.ex. identifierat en lång liberal, antiklerikal, antimilitaristisk tradition, i vilken tänkare som Spinoza, Locke, Montesquieu, Hume, Voltaire, Kant, Madison och Mill förespråkat religiös och politisk tolerans, oavhängiga domstolar, avskaffande av tortyr samt yttrandefrihet och fria val. Och dessa värden, menar han, är så gemensamma som några värden gärna kan bli i västvärlden.[245] Liberalismen är, som Galston uttryckt saken, inte motsatsen till community utan »a conception of community framed in response to the particular circumstan-

240. Se t.ex. Dworkin, A Matter of Principle, Cambridge/London 1985 s. 216 ff.
241. Se för allmän kritik bl.a. Gutmann, a.a.s. 316 f och Stephen Macedo, Liberal Virtues, Oxford 1990 s. 13 ff. MacIntyres uppfattning att det är lika vidskepligt att tro på existensen av rättigheter som att tro på existensen av häxor tillbakavisas av Gutmann, s. 315 med argumenten att häxtro skulle utmana fysikens lagar, vilket inte är fallet med de mänskliga rättigheterna, samt att om det är moraliskt att värna om de sociala traditionerna i samhället så finns det all anledning att tro på existensen av rättigheter, eftersom åtskilliga traditioner i västvärlden i själva verket bygger på att individens rättigheter och integritet respekteras. Jfr också Castberg, a.a.s. 47 f om skillnad mellan vidskepelse och tron på existensen av rättigheter samt Nino, a.a.s. 107.
242. Se Gutmann, a.a.s. 316 f.
243. Se Stephen Holmes, The Permanent Structure of Antiliberal Thought, i Nancy L. Rosenblum (utg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge/London 1989 s. 230 f.: »But what is community? What does it look like? What are *its* problems? Antiliberals are divided on these questions ... While antiliberals of either stripe repeatedly inform us that we have mislaid or not yet discovered community, neither tells us anything specific about the community we lack.» Jfr Macedo, a.a.s. 17. Se allmänt Uddhammar s. 13. Se även Amy Gutmann, a.a.s. 318 ff.
244. Jfr Holmes, a.a.s. 228: »Antiliberalism is more a mind-set than a theory. It is more a »culture» or cluster of shared prejudices than a closely argued system of thought.»
245. A.a.s. 236 f. »Liberalism is as good a term as any for this shared body of political purpose and moral principle. »Jfr även Galston, a.a.s. 75 samt Kymlicka, a.a.s. 253: »Even in its least satisfactory forms, liberalism has always included some account of our essential dependence on our social context, some account of the forms of human community and culture which provide the context for individual development, and which shape our goals and our capacity to pursue them.»

ces of modern society».[246] Det är inte bara så, som Amy Gutmann poängterat[247], att rättvisan inte behöver vara det **enda** giltiga samhälleliga värdet för att den skall vara att föredra framför något som möjligen kan sättas i dess ställe, utan också så att ett rättvist liberalt samhälle, präglat av individualism, pluralism, frihet, legalitet, rättigheter och begränsad statsmakt, som Macedo uttryckt det, har »more than justice to recommend it».[248]

Hur har då gemenskaparnas huvudfiende Rawls reagerat på deras kritik? Redan under 1980-talet framgick i flera artiklar att Rawls tagit enligt många bedömare[249] överraskande starka intryck av denna kritik. I en större skrift 1993, Political Liberalism, klargjorde så Rawls vilka modifikationer i rättviseteorin som gemenskaparnas synpunkter tvingat honom till.

Rawls förklarar här förbehållslöst att han i A Theory of Justice underskattade svårigheterna med att skapa en konsistent rättviseteori.[250] För att råda bot på de brister som tidigare präglade hans teori föreslår han därför först och främst en radikal åtskillnad mellan en moralisk respektive en politisk rättvisedoktrin. Skillnaden mellan de bägge begreppen är enligt Rawls att de moraliska teorierna har generella anspråk, medan en politisk doktrin nöjer sig med att försöka utveckla en förnuftig samhällsstruktur.[251] I Political Liberalism är det blott den senare formen av rättvisa han vill diskutera, vilket får till följd att hans rättviseteori inte längre har universella anspråk utan bara gäller den grundläggande samhällsstrukturen i moderna konstitutionella demokratier.[252] Det kan noteras att han inte övergivit sina två rättviseprinciper utan endast inskränkt deras tillämpningsområde, dels till en viss typ av samhällen, dels till den politiska sfären.[253]

Innehållet i en politiskt liberal syn på rättvisa bestäms enligt Rawls av vissa grundläggande fri- och rättigheter, säkerställandet av att alla medborgare åtnjuter dessa samt att de tillerkänns en viss prioritet framför andra värden.[254] Han betonar att denna rättviselära är politisk och inte metafysisk[255] och beskriver den till och med som »a freestanding view», vilken utgår från den grundläggande idén om ett demokratiskt samhälle och inte

246. Se Galston s. 45 f.
247. A.a.s. 322.
248. A.a.s. 12. » ... within such a society we can discern positive liberal ideals of community, of virtue, and of human flourishing. A community governed by liberal justice is attractive *as a community* (min kurisvering), and not only as a place where liberal rights are not violated.» Om detta antagande godtas blir det givetvis också lättare att försvara t.ex. USA mot anklagelser om moralupplösning osv från bl.a. MacIntyres sida; jfr Macedo s. 29 f.

249 Se t.ex. Galston, a.a.s. 142, Kymlicka, a.a.s. 58 o. 61 samt Mulhall & Swift, a.a.s. 2 o. 168.

250. Se Political Liberalism, Intro. s. xxx.
251. Political Liberalism s. 13, jfr s. 135 samt s. 175: »Political liberalism presents, then, a political conception of justice for the main institutions of political and social life, not for the whole of life.»
252. Se bl.a. a.a.s. 11.
253. Ibid s. 325 o. 366. Dock har formuleringarna i principerna ändrats något. De har numera följande lydelse: »a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value. b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.» Se Political Liberalism s. 5 f.
254. Ibid s. 6.
255. Ibid s. 9. Se även s. 38.

förutsätter någon vidare teori eller doktrin.[256] Följaktligen återspeglar dess innehåll den politiska kulturen i ett demokratiskt samhälle.[257]

Ingen moralisk rättviseteori kan enligt Rawls fungera som en lämplig politisk rättvisedoktrin för en konstitutionell demokrati.[258] Begränsningen till de konstitutionella demokratierna och den politiska sfären gör det möjligt för Rawls att behålla föreställningen om rättviseprinciper som väljs av förnuftiga individer i en tänkt ursprungsposition, samtidigt som implikationerna härav kan begränsas. Rawls förklarar nämligen nu att det inte går att avgöra exakt vilka fri- och rättigheter individerna i detta skede skulle välja. Detta gör dock inget, eftersom det är tillräckligt att »the general form and content of the basic liberties can be outlined and the grounds of their priority understood». Den närmare preciseringen av vilka rättigheter som skall skyddas och av hur dessa skall kunna begränsas av andra samhälleliga intressen överlämnas till vad Rawls kallar de respektive konstitutionella (dvs grundlagstiftande), lagstiftande samt dömande stadierna i samhällsverksamheten.[259] Denna rättviseteori tycks alltså förutsätta en möjlighet för domstolarna att utöva lagprövningsrätt.

Rawls klargör på flera ställen i Political Liberalism att det slags samhälle på vilket hans rättviseteori kan appliceras inte är någon *community* i gemenskaparnas mening. Han avvisar också alla tankar på en politisk community i denna mening som ett eftersträvansvärt ideal, så länge denna community konstitueras av den totala enigheten kring någon enda, allena saliggörande religiös, filosofisk eller moralisk doktrin.[260] I likhet med flera andra gemenskapskritiker betonar han dock att den konstitutionella demokratin i sig kan utgöra ett väsentligt värde för medborgarna.[261] Trots dessa avståndstaganden från gemenskaparna är det emellertid uppenbart att han tagit intryck av deras kritik och att modifikationerna i hans lära till stor del föranletts av deras kritik mot de måhända överdrivna universella anspråken i A Theory of Justice.[262]

Det sagda leder över till frågan om värdet i gemenskaparnas kritik mot liberalismen. Har denna kritik överhuvudtaget något väsentligt att säga om vår tids levnadsförhållanden?

Enligt min mening måste man skilja mellan communitarianismen som filosofi och vissa av dess mer konkreta inslag, i form av t.ex. kritiken mot de universella anspråken i Rawls' ursprungliga rättviselära. Filosofin framstår i huvudsak, inte minst hos MacIntyre, som gammaldags konservatism, mycket nära besläktad med Burkes tankar. Walzer för sin del har i stor utsträckning återupplivat och renodlat Burkes värderelativism; fler exempel kan säkert ges på hur gemenskaparna, som Nino och Holmes påpekat, enbart givit nytt liv åt en gammal debatt.[263] Detta hindrar dock inte att en del av den kritik mot Rawls' universella anspråk som framförts av främst Sandel är relevant. Som Sandel

256. Political Liberalism s. 40.
257. Ibid s. 13 f.
258. Se Political Liberalism s. 135.
259. Ibid s. 298. Se närmare om de olika stadierna och lagstiftningens roll i förhållande till de konstitutionellt garanterade rättigheterna s. 336 ff.
260. Se Political Liberalism s. 40 ff o. s. 201.
261. Ibid s. 207, jfr s. 210.
262. Här kan även hänvisas till The Law of Peoples, i Critical Inquiry 1993 s. 36-68, en artikel där Rawls på sitt nu så modesta sätt försöker överföra sin rättsteori till folkrätten.
263. Se Holmes, a.a.s. 228 f och Nino, a.a.s. 83.

påpekade behövde Rawls egentligen, för att styrka universalismen i sin lära och tanken att alla förnuftiga individer bakom en okunnighetsslöja skulle välja just hans principer, visa att denna syn på rättvisa är förhärskande överallt i världen.[264]

Härav kan man enligt min mening dra en intressant slutsats, nämligen att kritiken mot universalismen i de liberala rättighetsidéerna inte är intressantare eller giltigare i dag än på Burkes tid, medan däremot kritiken mot tanken på någon form av universell rättsordning, med likartad prioritetsordning mellan rättigheterna och likartade institutioner i alla världens länder (vilket Rawls' lära i dess ursprungliga form faktiskt implicerar), har fog för sig. Det är vid utformandet av den rättsordning och de institutioner som skall värna (de universellt giltiga) rättigheterna som kulturarvet, rättshistorien osv måste respekteras, varför alla rättsordningar måste förändras försiktigt och bedömas utifrån sina historiska förutsättningar.[265] Erinrandet härom är gemenskaparnas viktigaste insats.

2.5 Sammanfattning

Om denna genomgång av några av de viktigaste inläggen i den ständiga diskussionen om förhållandet mellan stat och individ samt mellan makt och rätt skall sammanfattas, så är det lämpligt att utgå från de tre stora revolutionerna i Storbritannien, Frankrike och USA. Vad vi då kan se är att varje revolution representerar **ett** speciellt tänkande, som påverkat senare debatt.

Den brittiska revolutionens ideolog är Locke, en klassisk liberal som önskade en begränsad statsmakt. Visserligen fick hans idéer inget totalt gensvar i den fortsatta brittiska utvecklingen, men de är ändå grundläggande för allt senare liberalt konstitutionellt tänkande. På liknande sätt är Rousseau den franska revolutionens ideolog, även om sambandet mellan hans tankar och revolutionsutvecklingen är oklarare. Rousseau framstår som en representant för tanken på oinskränkt majoritetsvälde och kan ses som den kanske förste företrädaren för det formella demokratibegrepp som kommer att analyseras närmare i kap 3. Den amerikanska revolutionens ideolog är givetvis Montesquieu[266], som dock inte på samma sätt som Locke eller Rousseau analyserat förhållandet *mellan staten och den enskilde*. Den bestående effekten från demokratisynpunkt av att hans tankar slog igenom i USA är dock domstolarnas stora makt, vars demokratiteoretiska implikationer också behandlas i kap. 3.

Med denna utgångspunkt är det möjligt att indela de idéhistoriska klassikerna i vissa grupper. Å ena sidan har vi då de klassiska liberalerna, Locke, Mill och Tocqueville; Rawls kan möjligen ses som deras moderne efterföljare. Mot dessa står dels den rena konservatismen, företrädd av Burke och gemenskaparna, dels förespråkarna för oinskränkt majoritetsstyre, vilka avvisar tanken på gränser för lagstiftningsmakten.

En tydlig skillnad mellan liberaler och konservativa är att de förra i betydligt högre grad uppställer allmängiltiga politiska och konstitutionella modeller, teoretiskt möjliga att tillämpa i alla samhällen. Burkes tänkande saknar helt sådan systematik[267]; invå-

264. A.a.s. 30.
265. Se närmare kap. 20.
266. Jfr Arendt, a.a.s. 72 o. 155.
267. Jfr Tingsten, a.a.s. 18.

narna i andra samhällen än Storbritannien har egentligen inget annat att lära av hans idéer än att historiska traditioner har ett värde i sig, varför alla förändringar bör ske varsamt. Denna brist på allmängiltighet och generella anspråk går som vi sett igen i communitarianismen, som främst är en vädjan om att varje samhälle måste utveckla sina egna värden.[268]

Vad som vidare kan noteras, som ett fenomen av allmänt intresse, är att olika tänkares så att säga personliga hållning till sin samtid och den politiska utvecklingen egentligen saknar samband med deras konstitutionella idéer. Den konservative aristokraten Burke avskydde sålunda demokratin och tanken på att alla människor hade lika rättigheter. Elitisten Mill och (intelligens)aristokraten Tocqueville accepterade däremot demokratin, även om de ville införa spärrar mot oinskränkt majoritetsstyre (och därvidlag bejakade rättighetsidén). Den folklige agitatorn Paine ville också värna om individens rättigheter, medan Rousseau, som verkligen värnade om folkets rätt att bestämma, aldrig såg möjligheten att majoriteten eventuellt skulle kunna förtrycka minoriteter och enskilda individer; hans engagemang tycks enbart ha gällt folket som en helhet.[269]

Den skandinaviska rättsrealismen faller i detta schema något utanför framställningens huvudlinjer, men har ändå medtagits här på grund av sin stora betydelse för svenskt rättsliv (inklusive statsrätten) under 1900-talet. Läran har sannolikt också influerat utvecklandet av formella demokratibegrepp i Norden under 1900-talet; både Ross och Tingsten, de två viktigaste nordiska företrädarna för den formella demokratisynen, var periodvis starkt påverkade av Hägerström.[270]

268. Just denna karakteristik av communitarianismen som en i huvudsak värderelativistisk filosofi har ifrågasatts av Sandel, som menar att av gemenskaparna endast Walzer har denna tendens. Själva termen communitarian är enligt Sandel missvisande »insofar as it implies thar rights should rest on the values or preferences that prevail in any given community at any given time». Se Recension av Rawls, Political Liberalism, Harv.L.Rev. 1994 s. 1767. Här tycks dock Sandel i syfte att rentvå sig själv från anklagelser av antytt slag bortse från de obestridliga konservativa tendenserna hos flertalet gemenskapare.
269. Björkholm hävdar som nämnts ovan i avsnitt 2.2.3 i not 103 motsatsen, dvs att Rousseau egentligen värnade om den enskilde individen, som förverkligade sig själv och gav uttryck för sin autonomi genom sin delaktighet i lagstiftningsprocessen (och därmed i utövandet av la volonté générale). Ett sådant resonemang riskerar dock att i stället framhäva de kollektivistiska aspekterna av Rousseaus lära, eftersom det var blott som en del i helheten, i kollektivet, som den enskilde blev respekterad.
270. Se närmare kap. 3.2.4.1 på s. 138.

3. Demokrati och konstitutionell kontroll

3.1 Inledning

Avsikten med detta kapitel är att sätta in de konstitutionella frågor avhandlingen handlar om i ett teoretiskt sammanhang och närmare relatera dem till delar av den internationella debatten om demokratins väsen och villkor. Eftersom denna debatt är tämligen vildvuxen, måste först några avgränsningar göras.

För det första måste poängteras att endast den demokratidebatt som direkt eller indirekt berör det konstitutionella rättighetsskyddet är av intresse här. Det rör sig då främst om den internationella och i idéhistorien långvariga[1] debatten om förhållandet mellan majoritetsstyre och individens rättigheter samt den i huvudsak amerikanska debatten om domstolarnas makt, om deras skyldighet att värna individernas rättigheter också mot en demokratiskt vald lagstiftare samt om den demokratiska legitimiteten i deras lagprövning. På grund av Supreme Courts utomordentligt stora politiska inflytande är det naturligt att denna debatt varit särskilt livlig i USA.[2] Liknande debatter, med nationella eller regionala förtecken, har i viss utsträckning förts i Tyskland (se kap. 7.7), Storbritannien (se kap. 9.5) samt inom EU (se kap. 11.7), men dessa framstår mest som varianter av den stora amerikanska debatten och kan därför redovisas separat, i samband med redogörelsen för respektive rättsområde.[3] Det är i USA, det land där lagprövningsrätten föddes, som diskussionen varit livligast. Det är också där flertalet allmängiltiga teorier på området lanserats. En diskussion om hur de konkreta konstitutionella frågor som avhandlingen behandlar skall förstås i ljuset av modern demokratidebatt bör därför utgå från den omfattande amerikanska demokratidebatt som främst har sitt upphov i de amerikanska domstolarnas lagprövningsrätt, deras *judicial review*. Delar av denna debatt, som gäller specifikt amerikanska förhållanden, berörs på annan plats i texten[4], men påfallande stora delar av den amerikanska debatten har en generell räckvidd. USA är så att säga debattens epicentrum.

Andra former av demokratidebatt, som statsvetenskapligt präglade analyser av val-

1. Se bl.a. avsnitt 2.2.3.1 om Rousseau o. 2.3 om Mill och Tocqueville.
2. Jürgen Habermas menar att den amerikanska debatten om lagprövningsrättens legitmitet domineras av politologiska snarare än rättsliga synpunkter. Jfr Habermas, Faktizität und Geltung, 4 uppl, Frankfurt a.M. 1994 s. 324. Detta är riktigt såvitt gäller den mer politiskt och demokratieoretiskt orienterade debatt som refereras i detta avsnitt. Samtidigt finns dock en mer juridiskt och konstitutionellt inriktad doktrin, som behandlas i kap. 10.
3. En annan sak är att en livlig debatt förs främst i tysk statsrättsdoktrin om olika av författningsdomstolen tillämpade rättighetsteorier (se närmare kap. 7.4-6). Detta är dock en principiellt helt annan diskussion, som inte berör legitimiteten i lagprövningsrätten *som sådan*.
4. Se avsnitt 10.15.

processer eller försök att med olika teoretiska modeller analysera politiskt beslutsfattande, ryms inte inom framställningen.[5] Denna koncentreras till demokratiteoretiska aspekter på skyddsmekanismerna för de medborgerliga rättigheter som erkänns i flertalet demokratier och normalt utgör en begränsning av den folkvalde lagstiftarens handlingsfrihet.

Som en bakgrund till debatten härom bör dock vissa distinktioner mellan några i doktrinen lanserade demokratibegrepp göras. I samband härmed berörs även några centrala inslag i den nordiska demokratidebatt under 1900-talet som haft anknytning till dessa frågor, trots att denna debatt saknar den amerikanska doktrinens direkta koppling till lagprövningsrätt och andra former av konstitutionellt rättighetsskydd. Det är ändå av intresse att granska de viktigaste bidragen till den nordiska demokratidebatten, för att se hur dessa förhåller sig till den internationella doktrinen på området. Visserligen är situationen i Norden speciell, genom att lagprövningsrätten hittills förutom i Norge inte haft någon praktisk betydelse i något av de nordiska länderna (möjligen med reservation för Island, som inte behandlas här). Det är därför naturligt att spörsmålet om domstolarnas politiska maktställning haft en underordnad betydelse i demokratidiskussionen. (Det är mot denna bakgrund f.ö. också följdriktigt att det första mer omfattande bidraget till en nordisk debatt om lagprövningsrättens demokratiska legitimitet, Eivind Smiths Høyesterett og folkestyret från 1993, är norskt och främst behandlar den norska rätten.) Även i den nordiska debatten går det dock, avsaknaden av diskussion om domstolarnas politiska maktutövning till trots, att urskilja två olika demokratibegrepp, ett formellt och ett materiellt. Distinktionen mellan dessa bägge synsätt på demokratin, vilka finns både i den amerikanska och nordiska debatten, är av stor betydelse för den fortsatta framställningen.

Vad skiljer de bägge demokratibegreppen åt?[6] Enkelt uttryckt är det materiella demok-

5. Detta innebär att åtskillig aktuell och intressant debatt om den politiska demokratins **aktuella** problem och kristendenser måste exkluderas från framställningen. Här är t.ex inte möjligt att gå in på debatten om behovet av en överstatlig demokrati, som har frigjort sig från sina traditionella territoriella band. Även ett flertal nya demokratiteorier, som i högre grad än hittills t.ex. vill ställa krav på att demokratin skall förankras i ekonomisk teori, medborgarnas gemensamma värderingar eller de för varje »folk» speciella intressena måste lämnas åsido. En genomgång av några sådana teorier ges av Peczenik i Vad är rätt? – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Stockholm 1995 kap. 1.5.1, avsnitt C5-C7. Se även Giovanni Sartori, The Theory of Democracy Revisited, Chatham 1987 s. 14 ff. Som Pennock konstaterar är det omöjligt att någon enskild teori är »*the* theory of democracy». Mångfalden av teorier innebär i stället att demokratiteorierna får analyseras antingen som en »body of thought», varvid tyngdpunkten läggs på analys av spänningar och motsägelser inom »teorifamiljen», eller delas in i olika huvudgrupper, varvid klassificeringen (t.ex. mellan normativa och empiriska teorier) blir av stor vikt. Se J. Roland Pennock, Democratic Political Theory, Princeton 1979, Preface (xiii). Inom det i och för sig avgränsade område som behandlas här, dvs demokratidebattens betydelse för det konstitutionella rättighetsskyddet, saknas behov av den förra typen av analys, medan klassificeringen mellan materiella och formella demokratibegrepp i sig är enkel att göra.
6. En annan demokratidistinktion som dock i sak ligger nära den av mig genomgående använda uppdelningen mellan formella och liberala demokratibegrepp är den av Habermas gjorda distinktionen mellan »republikansk» och »liberal» demokratisyn; se t.ex. Faktizität und Geltung s. 129 f samt närmare i kap. 20. Jörgen Hermansson gjorde i StvT 1986 s. 253-264 en distinktion mellan rättsstat och folksuveränitet, två begrepp som i Hermanssons framställning påminner om de demokratibegrepp jag här beskriver. Hermanssons tes var att »vår», dvs förmodligen svenskarnas (eller västerlänningarnas?) demokratisyn bäst karakteriseras av att rättsstaten och folksuveräniteten vägts mot varandra så att de harmonierar. Detta är dock inte min uppfattning;

ratibegreppet en utvidgning av det formella. Det formella demokratibegreppet tar sikte på demokrati endast som en metod eller ett system för samhälleligt beslutsfattande. Det viktiga är själva **beslutsprocessens karaktär**, dvs att riksdag och regering utses genom fria val och att lagar därmed antas av en demokratiskt vald lagstiftare. Demokrati blir då liktydigt med att politiska beslut fattas i en viss ordning, medan det är ganska likgiltigt vilket innehåll besluten har. Enligt det materiella demokratibegreppet måste emellertid också **innehållet** i de beslut som tillkommit i demokratisk ordning beaktas. Vissa värden, t.ex. vissa medborgerliga rättigheter, måste tillgodoses. Demokratin får på så sätt även ett materiellt innehåll.[7] Kopplingen till skyddsmekanismerna för rättigheterna, själva det konstitutionella rättighetsskyddet, finns däri att anhängare av det materiella demokratibegreppet i allmänhet har lättare att acceptera domstolars lagprövningsrätt och andra skyddsmekanismer, eftersom de vill att de överordnade värdena skall åtnjuta ett starkt rättsligt skydd.[8] Anhängare av ett formellt demokratibegrepp betraktar däremot så gott som alltid institutionella arrangemang av detta slag som principiellt oacceptabla inskränkningar av folksuveräniteten och majoritetsstyret.[9] Detta gäller oavsett om de betonar värdet av beslutsproceduren och majoritetsstyret i sig, eller om de i stället vill framhäva vikten av demokratisk medvetenhet hos befolkningen, vilken av vissa debattörer

i de avseenden som här redogörs för står de formella och materiella demokratibegreppen ännu en bit i från varandra. Distinktionen mellan dessa synsätt har vidare klara beröringspunkter men kan inte helt jämställas med eller baseras på den grundläggande skillnaden mellan individualism och kollektivism som bl.a. Pennock behandlar (kap. III, s. 59 ff); många förespråkare för ett formellt demokratibegrepp skulle vägra att definiera sig som kollektivister.

7. Jfr till det sagda Lars Erik Taxell, Demokrati, Åbo 1987 s. 9 f, samt närmare om begreppet innehåll i detta sammanhang Bengt-Ove Boström, Samtal om demokrati, Lund 1988 s. 29 ff. Se även Dag Anckar, Finland: Majoritetsmakt och minoritetsfrihet, i Bohman/Berggren/Engellau/Peczenik/Anckar, Vad kan medborgaren göra?, Stockholm 1987 s. 131 ff och Nils Karlsson, The State of State, Uppsala 1993 s. 131 f om den grundläggande distinktionen i all demokratidebatt mellan krav på beslutens form och deras innehåll, mellan *democratic techniques* och *democratic values*. Jfr även Pennock, a.a.s. 9 f: »Most of the contents of the American Bill of Rights, including especially the freedoms of expression and association, plus such other provisions of the Constitution as the Equal Protection clause and the limitation on suspending the writ of *habeas corpus*, are so closely related to the preservation of equality and liberty that a case can be made for including them in the definition of democracy itself...However, I here follow the simpler practice of excluding these corollaries of liberal democratic ideals from the formal or procedural definition of democracy.»
8. Här kan man därför tala om en motsättning mellan *rättighetsmetoden* och *majoritetsregeln*; se t.ex. Leif Lewin, Ideologi och strategi – Svensk politik under 100 år, 4 uppl., Stockholm 1992 s. 264 ff.
9. Denna motsättning mellan olika demokratibegrepp kan också analyseras i rent idéhistoriska termer och då sägas gälla konflikten mellan å ena sidan det demokratiska tänkande som inspirerats av Locke och å andra sidan traditionen efter Rousseau, med dennes tro på oinskränkt majoritetsstyre. Se t.ex. Rawls, Political Liberalism s. 4 f. Att det i grunden rör sig om samma konflikt som mellan vår tids materiella respektive formella begrepp är uppenbart, men det kan observeras att dessa senare begrepp, så som de här presenteras, har en klarare koppling till konkreta konstitutionella frågor som lagprövning och majoritetens handlingsfrihet. Elster talar i stället om motsättningen mellan demokrati och konstitutionalism (se Introduction till Elster/Slagstad (utg.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge/Oslo 1988), vilket dock enligt min mening är terminologiskt olyckligt eftersom då blott det formella demokratibegreppet i form av majoritetsstyret identifieras med demokrati. Rättighetsskyddet bör enligt min mening inte ses som en begränsning (vilket Sartori, a.a.s. 309 f tycks mena) utan som en del av demokratin.

ses som ett tillräckligt värn för fri- och rättigheterna.[10]

Denna inriktning på diskussionen exkluderar som sagt mycken annan demokratidebatt. Av särskild vikt är kanske att göra en gränsdragning mot den demokratidistinktion som 1990 föreslogs i den svenska maktutredningens slutbetänkande (Demokrati och makt i Sverige).[11] Här talades om spänningen mellan en samhällscentrerad och en individcentrerad demokratitolkning, där den samhällscentrerade modellen utgår från idén om ett suveränt folk och betraktar den enskilde främst som medlem i ett samhällskollektiv, medan den individcentrerade modellen utgår från en suverän individ som tar ansvar för sitt eget öde, i vars liv gemenskapen inte skall ingripa så länge han inte skadar andra.[12] Utredningen konstaterar att det samhällscentrerade perspektivet varit mer dominerande i svensk politik än i de flesta andra västländer och menar att debatten om de två perspektiven är av särskilt stor vikt eftersom en omprövning pågår av politikens och den offentliga sektorns roll i samhällslivet. En central fråga därvidlag är enligt utredningen »vad som skall göras till föremål för kollektiva beslut och vad som bör överlåtas till den enskilde, till grupper av medborgare eller till autonoma institutioner utan löpande inblandning från den centrala statsmakten.»[13] Det framgår här att denna debatt främst rör frågan om statens **omfång**, om vilka uppgifter som bör utföras i privat respektive offentlig regi. Denna diskussion må vara intressant men bör inte förväxlas med den grundläggande frågan om balansen mellan staten och individen, mellan majoritetsstyre och minoritetens eller individens rättigheter, som är denna avhandlings grundtema.[14]

Det bör också inskärpas att det endast är den traditionella, politiska demokratin som är av intresse. Försök att införa eller använda termen demokrati på områden utanför statslivets gränser – t.ex. s.k. »skoldemokrati», »företagsdemokrati», »ekonomisk demokrati» osv[15] – saknar helt intresse här. Detta beror inte bara på att det traditionella demokratibegreppet, som begränsar demokratin till att gälla statens och andra politiska

10. Se beträffande svårigheterna att mäta eller seriöst värdera graden av allmän politisk medvetenhet eller »medborgaranda» och dess betydelse för rättighetsskyddet Pennock, a.a.s. 245 f.
11. SOU 1990:44.
12. SOU 1990:44 s. 14.
13. Se SOU 1990:44 s. 408 f.
14. Med Norberto Bobbios terminologi gäller den diskussion utredningen för omfånget av statens *funktioner*, men inte omfånget av dess makt. Se Liberalism and Democracy, London/New York 1990 s. 11 ff. En annan sak är att maktutredningen själv snarast bekände sig till ett materiellt demokratibegrepp. Se SOU 1990:44 s. 15: »Demokrati kan inte identifieras med flertalsstyre och kollektiva beslutsprocesser.»
15. Vad Peczenik, a.a., avsnitt 1.5.1 under b. med framhävande av vikten av att hålla de olika demokratiformerna i sär kallar demokrati i en vidgad betydelse. Som Ross konstaterat kan man tala om lika många former av institutionell demokrati som det finns organisationstyper bestämda av sitt föremål; se Varför demokrati s. 136 f.

församlingars styre, enligt min mening är det enda verkligt klara och distinkta.[16] Viktigare är att dessa försök att lansera demokratibegrepp för andra områden än statslivet – vilka ofta är nog så »materiella» till sin karaktär – rör andra frågor än rättighetsskyddets styrka och möjligheten att begränsa flertalsstyret. Alltså saknas anledning att behandla dem här.[17] Det materiella demokratibegrepp som behandlas här innefattar enbart ett krav på rättsligt skydd för individuella mänskliga rättigheter, men inte något krav på t.ex. ekonomisk utjämning eller social rättvisa.[18]

En något annan diskussion, som dock ligger nära de frågor som diskuteras i detta avsnitt och har klara beröringspunkter med dessa, gäller synen på och definitionen av *rättsstaten*. Även rättsstatsbegreppet bygger på en uppfattning om statsmakten som begränsad och bunden, av sina egna lagar samt möjligen också av medborgerliga rättigheter.[19] I det förra fallet ges rättsstaten en formell, men i fall hänsyn också tas till

16. Jfr Bobbio, The Future of Democracy, Oxford 1987 s. 19 f. Dessutom bör det observeras att dessa försök att vidga »den hävdvunna ramen» för demokratin (jfr Taxell, a.a.s. 7) inte är helt riskfria. Som Taxell påpekat kan denna sammanblandning av demokratins förankring hos *folket*, dvs alla berörda medborgare, med andra former av kollektiva beslutsprocesser leda till att demokratibegreppet blir svårare att precisera och att uppfattningen om vad demokrati egentligen är blir mer diffus. Se a.a.s. 7 o. 41 f. Ross gick ännu längre och menade att termer som ekonomisk och kulturell demokrati innebar ett »missbruk av ordet demokrati för att beteckna ekonomiska och kulturella fenomen, som varken till sin struktur eller idémässigt är analoga med den politiska demokratin». Konsekvensen av detta missbruk kunde till slut bli att uttrycket demokrati användes för att beteckna även helt odemokratiska statsskick, som t.ex. det forna Sovjetunionen. Se Varför demokrati s. 139 f. – Som exempel på denna form av missbruk kan även hänvisas till f.d. Östtyskland, den »Tyska Demokratiska Republiken». Detta alltför extensiva och urskiljningslösa (miss)bruk av termen demokrati får absolut inte förväxlas med det formella demokratibegrepp som analyseras närmare här nedan.
17. Jfr Sartori, a.a.s. 11: »Thus nobody denies the importance of social democracy as a vital basis of a democratic polity, nor that a grass-roots, primary democracy may have more value than any other aspect of democracy. Likewise, economic equalization and industrial democracy may matter to us more than anything else. The fact remains that political democracy is the *requisite condition*, the requisite instrument, for whatever democracy or democratic goal we may cherish.»
18. Just synpunkten att **det formella** demokratibegreppet inte innebär något krav på ekonomisk utjämning har annars varit en huvudkritik mot detta demokratibegrepp från vänsterdebattörer och socialistiska partier som velat komplettera det formella begreppet med en materiell dimension. Jfr Jörgen Hermansson, Demokrati i västerländsk mening, StvT 1986 s. 253-264, samt om svensk demokratidebatt av detta slag Boström, a.a. s. 11 f och 21 ff. Det materiella demokratibegrepp som analyseras här är i sig neutralt i förhållande till sådana krav (och alltså materiellt enbart i den bemärkelsen att det förutsätter ett rättsligt skydd för individers och minoriteters rättigheter). En författare som Dahl har på senare år visat stort intresse för ekonomisk demokrati (t.ex. i A preface to Economic Democracy från 1985) och är såtillvida inte någon renodlad företrädare för ett formellt demokratibegrepp, men detta hindrar inte att han företräder det formella demokratibegreppet såvitt gäller rättighetsskyddets ställning. Se närmare om mer allmänt »icke-formella» inslag i Dahls produktion Leif Lewin, Eliternas tävlan om folket, SvD 1 april 1995.
19. Jfr bl.a. Bobbio, The Future of Democracy s. 25 och Karl-Göran Algotsson, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, Stockholm 1993 s. 14. – En speciell uppfattning om rättsstaten har lanserats av Habermas, vars rättssyn först och främst går ut på att endast de rättsregler är legitima som i en idealisk diskursiv menings- och opinionsbildning skulle accepteras av alla berörda individer. Rättstaten inträder enligt Habermas när den rättsligt organiserade makten utövas i enlighet med denna legitima rätt, vilket måste ses som en form av materiellt rättsstatsbegrepp även om diskursidealet här övertagit de mänskliga rättigheternas roll. Se Faktizität und Geltung s. 138, 169 0. 171.

rättigheterna en materiell definition.[20] Förhållandet mellan det formella och materiella rättsstatsbegreppet har historiskt varit mer entydigt än förhållandet mellan motsvarande demokratibegrepp; det formella rättsstatsbegreppet växte fram i slutet av 1800-talet, samtidigt med och under inflytande av positivismen. Till skillnad från tidigare krävdes då inte längre att källan till maktutövning måste vara Gud eller någon högre etisk princip, utan positivismens budskap var att all effektiv maktutövning var legitim. Det enda legitimitetskrav som kunde ställas på staten var i stort sett att den följde de lagar den själv antagit.[21] Detta positivistiska synsätt råkade emellertid i visst vanrykte efter andra världskriget, även om det inte går att lasta ett visst rättsstatsbegrepp för utvecklingen under nazismen.[22]

Förhållandet mellan rättsstaten och demokratin kan ses från flera olika infallsvinklar. Rättsstaten kan t.ex. ses som ett mer juridiskt eller formellt begrepp, ett sätt eller en teknik att på rättslig väg förverkliga vissa demokratiska ideal. Rättsstatsbegreppet är då mer formellt än demokratibegreppet.[23] Å andra sidan kan en distinktion göras, så att rättsstaten gäller problemet med att binda staten vid dess egna lagar och begränsa dess makt över medborgarna, medan demokratin ges en formell tolkning där den endast avser vem som skall ha makten över och styra staten. Rättsstat är då det mer materiella och demokrati det mer formella begreppet.[24]

Peczenik har angivit vissa kriterier vilka normalt är gemensamma för en rättsstat och en demokrati[25], nämligen ett visst minimum av fri åsiktsbildning och informationsfrihet liksom av vissa andra rättigheter, ansvar för makthavarna och en viss maktdelning samt rättssäkerhet. Detta är alltså en form av syntes, som inte bygger på någon renodlat materiell syn på vare sig rättsstat eller demokrati. Det är dock oklart om de förespråkare för ett formellt demokratibegrepp som behandlas i detta kapitel skulle gå med på att demokratin måste innehålla alla de nämnda kriterierna.

3.2 Demokratibegrepp

3.2.1 Formell demokratisyn i den äldre amerikanska restrainttraditionen

Den tradition av förespråkande av återhållsamhet, *restraint*, i domstolarnas lagprövningsrätt, som ofta förenas med en allmän skepsis mot den begränsning av folksuveräniteten som det innebär att domstolar skall kunna överpröva den lagstiftande maktens

20. Se om det materiella rättsstatsbegreppet även Peczenik, a.a., avsnitt 1.4.3 under d.
21. Se bl.a. Algotsson, a.a., Bobbio, Democracy and Dictatorship, Oxford 1989 s. 86 f och Kaarlo Tuori, Four models of the Rechtsstaat, i Maija Sakslin (utg.), The Finnish Constitution in Transition, Helsingfors 1991 s. 33 f.
22. Se t.ex. Stern, Band 1 s. 772 ff.
23. Jfr Peczenik, a.a., avsnitt 1.5.4 under b.
24. Se t.ex. Böckenförde, a.a.s. 365 ff.
25. A.a.

beslut, har sitt ursprung i en mycket berömd artikel från 1893 av James Bradley Thayer.[26]

Första gången en ledamot av S.Ct. anknöt till debatten *om judicial restraint*, eller *self-restraint*, kontra *judicial activism* tycks ha varit 1936, då Justice Stone för att markera avstånd till den activism som präglade S.Ct. i seklets början, under den s.k. Lochnereran, använde termen self-restraint.[27] Denna återhållsamhet symboliserade då det alternativ till domstolens långvariga, aktivistiska hållning som Stone ansåg vara nödvändig. En sådan omsvängning kom också till stånd 1937, men S.Ct. har också senare anklagats för överdriven activism, särskilt under Warreneran 1953-69. Som den historiska utvecklingen i USA visar har graden av aktivism eller återhållsamhet i domstolens praxis i grunden inget att göra med dess ideologiska hållning; »Lochnerdomstolen» värnade främst ekonomiska rättigheter, medan den s.k. Warrendomstolen särskilt förknippas med skydd för svarta och andra minoritetsgrupper.[28]

Helt allmänt kan judicial activism sägas innebära att en domstol, med det uttalade syftet att värna vissa rättigheter, i sin praxis visar att den inte hyser några betänkligheter mot att åsidosätta lagar som strider mot de regler den anser vara högre rätt, medan restraint innebär att domstolarna *som huvudregel* inte åsidosätter i vederbörlig ordning antagna lagar. Härifrån kan vissa undantag medges, t.ex. för lagar som kränker s.k. *preferred rights* eller för *uppenbart* grundlagsstridiga lagar, men förutsättningarna för att domstolar skall kunna åsidosätta lagar är på något sätt begränsade.[29] Detta motiveras vanligtvis med att domstolar inte bör kunna utöva politisk makt, medan activism kan motiveras med att domstolarna genom en aktiv lagprövningspraxis kan värna om medborgerliga rättigheter eller om principer som jämlikhet och rättvisa.[30]

Grundläggande för Thayers synsätt var uppfattningen att den funktion de amerikanska domstolarna enligt konstitutionen hade att fylla var starkt begränsad.[31] Det var visserligen riktigt, menade Thayer, att domstolarna hade rätt att avgöra om en viss lag eller ett visst myndighetsbeslut var förenligt med konstitutionen, men vid utövningen av denna *judicial review* var det enligt honom avgörande att domstolarna respekterade lagstiftarens »wide margin of consideration». Inom denna sfär menade Thayer att lagstiftaren måste ha »a free foot».[32] Domstolarnas uppgift var att fastslå, inte konstitutionens sanna innebörd, utan »whether legislation is sustainable or not».[33] En fungerande demokrati byggde enligt Thayer på att de olika statsorganen eller makterna, lagstiftande, verkstäl-

26. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1893 s. 129-156. Thayers åsikter fick stor genomslagskraft i doktrinen, vilket delvis förklaras med utbredd skepsis mot Supreme Courts praxis under denna period, den s.k. Lochnereran (se närmare kap. 10.8). De kanske viktigaste efterföljarna till honom, Learned Hand och Alexander M. Bickel, framträdde dock inte i debatten förrän ett drygt halvsekel senare, när högsta domstolens praxis präglades av andra ideologiska förtecken. Se härom kap. 10.9.3.
27. U.S. v. Butler, 297 U.S. 1, 78-79 (1936): »...while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of the government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint.» Se närmare om Lochnereran kap. 10.8.
28. Jfr kap. 10.15.2 samt 10.8 o. 11.
29. Dessa begränsningar kan komma till uttryck i själva grundlagen (jfr uppenbarhetskravet i 11:14 RF), eller dominera i doktrin och praxis, men formerna härför kan här lämnas åsido.
30. Jfr Dworkin, Taking Rights Seriously s. 137. Dworkin är dock ingen oreserverad förespråkare för activism; se a.a.s. 137 ff o. 143 samt Law's Empire, Cambridge 1986 s. 398.
31. Omfånget av domstolarnas lagprövningsrätt framgår inte av själva konstitutionstexten. Jfr kap. 10.3.1.4 o. 10.4.2.
32. A.a.s. 135.
33. A.a.s. 150.

lande och dömande, litade på varandra och inte inkräktade på varandras domäner.[34] Domstolarnas uppgift vid avgörandet av ett mål var att bestämma vad som var »reasonable» eller »permissible», men längre fick de under inga omständigheter gå. »They must not step into the shoes of the law-maker.»[35]

Mot denna bakgrund utvecklade Thayer sin *clear mistake rule*, enligt vilken domstolarna inte kunde åsidosätta en lag »as a mere matter of course», enbart för att den enligt domstolens mening stred mot konstitutionen, utan bara då lagstiftaren vid antagandet av lagen gjort ett mycket tydligt *misstag*, »so clear that it is not open to rational question.» Enligt Thayer måste alla någorlunda förnuftiga lagar antas vara grundlagsenliga:

> This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional.[36]

Domstolarnas uppgift var att ange de yttre gränserna för lagstiftarens handlingsfrihet, »the boundary beyond which the...legislative power in general, cannot go without violating the prohibitions of the constitution or crossing the line of its grants.»[37] Thayer hade i likhet med många sentida efterföljare en tendens att nedvärdera det konstitutionella rättighetsskyddets betydelse för demokratins och de medborgerliga rättigheternas bevarande. Viktigast för rättigheternas bevarande var enligt honom den demokratiska medvetenheten hos folkmajoriteten. Uttalandet »(U)nder no system can the power of courts go far to save the people from ruin; our chief protection lies elsewhere[38]» sammanfattar hans uppfattning.

Den av 1900-talets amerikanska förespråkare för ett formellt demokratibegrepp som tydligast knutit an till Thayer är den berömde domaren Learned Hand[39], som kritiserade lagprövningsrätten under det skede i mitten på 1900-talet då S.Ct. genom utvecklingen av den s.k. *preferred rights*-läran[40] allmänt ansågs ha funnit en formel för utövande av judicial review som kunde tillfredsställa även lagprövningsrättens kritiker. Learned

34. Ibid s. 152: »...there can be no permanent or fitting *modus vivendi* between the different departments unless each is sure of the full cooperation of the others, so long as its own action conforms to any reasonable and fairly permissible view of its constitutional power.»
35. Ibid.
36. Ibid s. 144. En kritisk synpunkt mot Thayer som ligger nära till hands är att han sannolikt överskattade de lagstiftande och verkställande organens förmåga att alltid fatta någorlunda kloka beslut; jfr Michael Perry, The Constitution, The Courts and Human Rights, New Haven/-London 1982 s. 18 f. Se även kap. 19.5.
37. Ibid s. 148.
38. Ibid s. 156. Det bästa skyddet för de medborgerliga rättigheterna låg enligt Thayer i stället i medborgarnas egen medvetenhet om »the great range of possible harm and evil that our system leaves open, and must leave open, to the legislatures».
39. Dworkin menar i Mr. Liberty, New York Review of Books 11 augusti 1994 (recension av Gunther, Learned Hand – The Man and the Judge) s. 19 att Hand tillsammans med Frankfurter och Holmes var en av »three famous judges whose constitutional philosophy was influenced by Thayer». Se om Hands inflytande från Thayer även Gerald Gunther, Learned Hand – The Man and the Judge s. 451.
40. Se närmare kap. 10.9.3.

Hand kunde acceptera ett visst mått av formell lagprövningsrätt, innebärande en kontroll av att de respektive statsorganen inte överskridit sin formella konstitutionella kompetens[41], men betonade att lagprövningsrätten inte bör utövas »whenever a court sees, or thinks that it sees, an invasion of the Constitution».[42] Möjligheten för domstolarna att åsidosätta en lag var mer långtgående än utövandet av något suspensivt veto under själva lagstiftningsproceduren, vilket var ett av skälen till att denna makt måste utövas med stor försiktighet och återhållsamhet. Hand var också en av de första i doktrinen att ifrågasätta lagprövningsrättens demokratiska legitimitet, på den grunden att domare till skillnad från lagstiftare inte tillsatts genom fria och allmänna val:

> For myself it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture.[43]

Här antyds alltså att lagprövning alltid är odemokratiskt eller åtminstone demokratiskt mindre tillfredsställande, eftersom det är fråga om en maktutövning som inte kan härledas tillbaka till folket, till den enskilde medborgarens rösträtt. Det var därför naturligt för Hand att i likhet med Thayer nedvärdera rättighetsskyddets betydelse för demokratins fortlevnad och i stället framhäva vikten av demokratisk medvetenhet hos befolkningen. Hans bekännelse till ett formellt demokratibegrepp kom kanske tydligast till uttryck i ett anförande från 1944 betitlat The Spirit of Liberty:

> I often wonder whether we do not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws and upon courts. These are false hopes; believe me, these are false hopes. Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it. While it lies there it needs no constitution, no law, no court to save it.[44]

Dessa ofta citerade ord är mycket karakteristiska för en formell demokratisyn, som accepterar de medborgerliga rättigheternas existens men inte godtar något rättighetsskydd i form av en rätt för domstolar att åsidosätta lagar som enligt domstolens uppfattning kränker dessa rättigheter.[45] Liknande argument har långt senare framförts både i Sverige och Storbritannien.[46]

I samma anda verkade också den mycket inflytelserike Alexander M. Bickel, som dock

41. Se The Spirit of Liberty, New York 1953 s. 159 och The Bill of Rights, Cambridge 1958 s. 66 samt allmänt om Learned Hands kritik av preferred rights-läran avsnitt 10.9.3.3 under a.
42. The Bill of Rights s. 15.
43. The Bill of Rights s. 73 f.
44. The Spirit of Liberty s. 189 f.
45. Dworkin beskriver i Mr. Liberty s. 20 denna hållning som »civic republicanism»; Hand ser medborgarnas deltagande i den politiska processen och därmed, åtminstone indirekt, i de grundläggande besluten om rättigheter och rättviseavvägningar som det enda erforderliga och det enda önskvärda skyddet för rättigheterna. Dworkin, som i sin ungdom tjänstgjort som notarie åt Hand, menar att denne gav uttryck för »the strongest doctrine of restraint ever defended by a major judicial figure» (a.a.s. 17 o. 19). Jfr om det republikanska synsättet även i kap. 20.
46. Se närmare kap. 16.3-4 resp. 9.5-6.

var beredd att acceptera ett betydligt större utrymme för judicial review än Thayer och Hand. Bickel beskrev i och för sig lagprövning som »a counter-majoritarian force» och menade att denna – oundvikliga – inskränkning av majoritetsstyret var lagprövningens »root difficulty». Just hans term »*the counter-majoritarian difficulty*»[47] har blivit en vanlig beskrivning av den klyfta som enligt lagprövningens kritiker finns i USA mellan lagprövningens existens och den fulländade demokratin.[48] Utifrån denna utgångspunkt försökte dock Bickel finna vägar att legitimera lagprövning. Bickel var därför den förste i en lång rad författare som försökt finna teoretiska vägar att *förena* lagprövning med majoritetsstyre. Inte minst betonade han att domstolarna löpte mindre risk än de politiska församlingarna att utsättas för påtryckningar och därför var mer benägna än lagstiftarna att värna om långsiktigt viktiga principer.[49]

Det är därför naturligt att Bickel, trots att han förespråkade *judicial self-restraint* och skrev i samma tradition som Thayer och Hand, hade viss kritik mot föregångarnas enligt honom överdrivna skepsis mot lagprövning. Sålunda menade han att Thayer fäste för stor vikt vid att en antagen lag var »rational», dvs någorlunda förnuftig. Även förnuftiga lagar, vars syften var lätta att förstå, kan som Bickel påpekade vara grundlagsstridiga:

> It does not take a lunatic legislature to enact measures that are irrational. It only takes a legislature more than normally whipped up, very intent on the expedient purpose of the moment, acting under severe pressure, rushed, tired, lazy, mistaken, or forsooth, ignorant.[50]

Thayers clear mistake rule angav enligt Bickel inte tillräckligt tydligt när lagprövning var godtagbart.[51] Learned Hands misstag var enligt Bickel av något annat slag, nämligen att han alltför starkt identifierat lagprövning med utövande av lagstiftningsmakt. Learned Hand vägrade inse att lagprövning inte nödvändigtvis innebar att domstolarna agerade som »a third legislative chamber».[52] Bickel förespråkade en form av restraint som innebar att domstolar skulle avstå från att pröva vissa frågor[53] och bara åsidosätta lagar i vissa fall, under vissa förutsättningar och med det bestämda syftet att värna principer av

47. Se The least dangerous Branch, Indianapolis/New York 1962, särskilt s. 16 ff.
48. Se härom t.ex. Erwin Chemerinsky, The Vanishing Constitution, Harv.L.Rev. 1988 s. 70 f.
49. Se t.ex. The least dangerous Branch s. 25 f: »Possibly legislators – everything else being equal – are as capable as other men of following the path of principle, where the path is clear or at any rate discernible. Our system, however, like all secular systems, calls for the evolution of principle in novel circumstances, rather than only for its mechanical application. Not merely respect for the rule of established principles but the creative establishment and renewal of a coherent body of principled rules – that is what our legislatures have proven themselves ill equipped to give us... Moreover, and more importantly, courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society, and it is not something that institutions can do well occasionally, while operating for the most part with a different set of gears. It calls for a habit of mind, and for undeviating institutional customs.» Jfr även s. 70 samt s. 261. Denna argumentation för *domstolarnas institutionella fördelar* föregriper Dworkins teori och flera andra välkända resonemang, som kommer att analyseras närmare nedan i avsnitt 3.3.2.2.
50. A.a.s. 39, jfr för likartad kritik mot Thayer Perry, a.a.s. 18 f.
51. Se även The least dangerous Branch s. 45 samt kap. 10.15.6.1.
52. A.a.s. 48.
53. Se särskilt The least dangerous Branch s. 111-198. Jfr kap. 10.3.1.4 under d. om begränsningarna av de amerikanska domstolarnas lagprövningsrätt.

bestående värde. Under förutsättning att denna försiktighet iakttogs innebar ett domslut varigenom en domstol åsidosatte en lag enligt Bickel någonting helt annat än utövande av lagstiftningsmakt:

> A constitutional adjudication, we might better posit, is one that checks the will of the political institutions, now and for an indeterminate future, or that legitimates their action and stiffens, reinforces, and in some measure directs their purpose, now and in time to come; all on the basis of principle...[54]

Bickel har en gång för alla fäst uppmärksamheten på att det finns en spänning, en inneboende konflikt mellan majoritetsstyre och skydd för individers rättigheter i form av lagprövning, vilken om möjligt bör överbryggas. Hans genomslagskraft i den efterföljande debatten har varit betydande; så gott som alla senare deltagare i åtminstone den amerikanska debatten har i Bickels efterföljd försökt *förena* majoritetsstyre och lagprövning.[55]

3.2.2 *Nyare amerikanska teorier baserade på formella demokratibegrepp*

3.2.2.1 DAHLS TEORI

Robert Dahl visar en närmast obegränsad tilltro till **den demokratiska processen som sådan**, vilken enligt honom alltid, när den fungerar som den skall, garanterar så goda resultat att alla former av rättighetsskydd är överflödiga (och dessutom skadliga, eftersom de innebär en begränsning av majoritetsstyret och folksuveräniteten). »Rätten till självstyre genom den demokratiska processen»[56] är enligt Dahl i sig själv en av de viktigaste rättigheter en person kan ha; att detta inte är någon konkret rättighet för den enskilda individen utan med hans egna ord »a general moral right, not a specific right enforceable by a court of law»[57] påverkar uppenbarligen inte denna bedömning. Det är emellertid inte nog med detta: Enligt Dahl **inträffar det helt enkelt inte** att majoriteten i en fungerande demokrati kränker minoritetens rättigheter, förutom genom rena misstag.[58] Demokratin är så att säga självvaccinerande eller -sanerande.[59] Detta goda förhållande innebär enligt Dahl att det är osolidariskt och orättfärdigt – eller i vart fall illegitimt – att åberopa individuella rättigheter gentemot den demokratiske lagstiftarens beslut, eftersom detta innebär ett angrepp mot själva den demokratiska processen:

54. A.a.s. 202 f. Se även s. 261.
55. Detta har lett till att en form av formellt demokratibegrepp dominerat i debatten ända sedan Bickel först lanserade sitt »paradigm» i början av 1960-talet. Jfr bl.a. Chemerinsky, a.a. samt i Interpreting the Constitution, New York/Westport/London 1987 s. 4 f o. 12 ff. Se även Dworkin, A Matter of Principle s. 33 f.
56. »The right to self-government through the democratic process», se Democracy and its critics, New Haven/London 1989 s. 169.
57. Ibid s. 170. Ett synsätt som påminner om Dahls kom till uttryck i den tyska författningsdomstolens avgörande om Maastrichtfördraget, BVerfGE 89, 155, anm. nedan i 11.6.1 under ba. Se närmare om denna aspekt på domen Nergelius, Den tyska författningsdomstolens godkännande av Maastrichtfördraget, FT 1994 s. 58 ff.
58. A.a.s. 182.
59. Se A Preface to Democratic Theory, Chicago 1956 s. 18.

> It seems to me highly reasonable to argue that *no* interests should be inviolable beyond those integral or essential to the democratic process...to assert that a particular right or interest should be inviolable by the democratic process is not, as is sometimes said, to assert a right against »the state», as if »the state» were any state. It is rather to assert a right against the democratic process in the government of a democratic state, presumably therefore a good state, and possibly the best feasible type of state. Moreover, it would be wrong to limit the democratic process solely on the ground that it might be or is in fact employed to harm fundamental rights and interests. For any such limitation would require an alternative process for making collective decisions, and presumably therefore a nondemocratic process.[60]

Det är svårt att uppfatta uttalanden som dessa på annat sätt än att den väl fungerande majoritetsdemokratin i stort sett bör vara höjd över kritik, varför de individer som eventuellt anser sig ha fått sina rättigheter kränkta av den demokratiska processen i princip bör sakna möjligheter till rättelse. I linje härmed ligger Dahls tankar om att de misstag som trots allt **kan ske** även i en demokrati måste accepteras:

> Just as individual autonomy necessarily includes the opportunity to err as well as to act rightly, so too with a people. To the extent that a people is deprived of the opportunity to act autonomously and is governed by guardians, it is less likely to develop a sense of responsibility for its collective actions. To the extent that it is autonomous, then it may sometimes err and act unjustly.[61]

Rättighetskränkningar begångna av en demokratiskt vald lagstiftare skall således accepteras, oavsett konsekvenserna för den enskilde, av det skälet att de äger rum i en demokrati! Här har vi uppenbarligen att göra med en mycket renodlad form av formell demokratisyn.[62]

Trots allt menar dock Dahl att vissa rättigheter måste värnas även mot lagstiftaren. Det rör sig då om de politiska rättigheterna, dvs de rättigheter som är nödvändiga för att demokratin skall kunna fungera eller, med Dahls egna ord, »an integral part of the democratic process itself»; yttrandefrihet, föreningsfrihet osv. Dessa betraktas dock som en följd av det demokratiska styret:

> But if people are entitled to govern themselves, then citizens are also entitled to all the rights that are necessary in order for them to govern themselves, that is, all the rights that are essential to the democratic process. On this reasoning, a set of basic political rights *can be derived from* (min kursivering) one of the most fundamental of all the rights to which human beings are entitled; the right to self-government through the democratic process...These specific rights –

60. Democracy and its Critics s. 182 o. 191.
61. A.a.s. 192.
62. Habermas har i Faktizität und Geltung utvecklat en omfattande, sociologiskt inspirerad rättsteori som bl.a. syftar till att skapa förutsättningar för en fungerande offentlig eller om man så vill kollektiv autonomi. Han tycks dock inte vara beredd att acceptera Dahls långtgående försvar för rättighetsbegränsningar som begås i namn av denna kollektiva autonomi (eller självbestämmanderätt), utan menar tvärtom att denna *förutsätter* respekt för medborgarnas rättigheter: »Unter Bedingungen eines nachmetaphysischen Weltverständnisses gilt nur das Recht als legitim, das aus der diskursiven Meinungs- und Willensbildung gleichberechtigter Staatsbürger hervorgeht. Diese können ihre durch demokratische Teilnamerechte garantierte öffentliche Autonomie wiederum nur angemessen wahrnehmen, *soweit ihre private Autonomie gewährleistet ist* (min kursivering). Eine gesicherte private Autonomie dient der »Entstehungssicherung» der öffentlichen ebensosehr, wie umgekehrt die angemessene Wahrnehmung der öffentlichen Autonomie der »Entstehungssicherung» der privaten dient.» A.a.s. 492. Se närmare om Habermas' teori nedan i kap. 20.

> let me call them primary political rights – are integral to the democratic process. They aren't ontologically separate from – or prior to, or superior to – the democratic process.[63]

Rätten till självstyre genom den demokratiska processen är således, som tidigare konstaterats, **den överordnade moraliska rättigheten,** varifrån yttrandefrihet osv kan härledas.[64]

Dahls starka tilltro till den demokratiska processens egna inneboende förmåga att förhindra rättighetskränkningar accentuerar den tidigare berörda tendensen till bagatellisering av de rättighetskränkningar som trots allt kan äga rum även i demokratier. Detta blir särskilt tydligt då Dahl ger uttryck för sin skepsis till alla former av rättighetsskydd och institutionella garantier för värnandet av medborgarens rättigheter.[65] **Värdet** av institutionella garantier för rättigheternas bevarande eller överhuvudtaget olika former av rättighetsskydd är enligt Dahl obefintligt, alldeles bortsett från att sådana arrangemang innebär en olustig inskränkning av majoritetsstyret. Här tycks Dahl glida mellan två olika frågor; motviljan mot det odemokratiska i institutionaliserade former för rättighetsskydd får honom också att nedvärdera den faktiska rättsliga betydelsen därav. I A Preface to Democratic Theory fastslog han kategoriskt att konstitutionella regler helt enkelt är oväsentliga för demokratins bevarande.[66] I Democracy and its Critics genomgår han olika tänkbara skyddsmekanismer som t.ex. vissa former av veto eller kvalificerad majoritet i lagstiftningsproceduren, men finner att de för att vara effektiva normalt ger minoriteter ett alltför starkt inflytande över lagstiftningen, vilket innebär ett otillbörligt intrång i majoritetsstyret.[67] Och om medborgerliga rättigheter inte kan skyddas med metoder som är förenliga med Dahls formella demokratibegrepp, så återstår enligt honom bara de direkt odemokratiska metoderna, dvs framförallt genom domstolars lagprövning.[68] Detta är dock Dahl direkt fientlig mot; ju större utrymmet är för lagpröv-

63. A.a.s. 170. Se även s. 175: »Viewed in this way the democratic process endows citizens with an extensive array of rights, liberties and resources...»
64. Här kan påtalas en tendens till inkonsekvens i Dahls resonemang, bestående i att det trots allt är oklart om denna rätt till självstyre enbart är en av de viktigaste rättigheterna (som han skriver) eller den stora och avgörande rättigheten (vilket hans resonemang bygger på). Han tycks inte själv vara riktigt medveten om hur det förhåller sig härmed. Kanske beror detta på att rätten till deltagande i den demokratiska processen på ett ställe i hans framställning (s. 175) beskrivs som något av ett samlingsbegrepp, omfattande alla de politiska rättigheter som är nödvändiga för att demokratin skall kunna förverkligas, men i så fall saknar ju rätten till demokratiskt självbestämmande egenvärde och ett självständigt innehåll, väsensskilt från det sammanlagda värdet av yttrandefrihet, föreningsfrihet osv.
65. I överensstämmelse härmed betonar han också starkt, med formuleringar som påminner om Learned Hands, betydelsen för demokratins framgång och överlevnad av demokratisk medvetenhet hos folket: »...the democratic process isn't likely to be preserved for very long unless the people of a country preponderantly believe that it's desirable and unless their belief comes to be embedded in their habits, practices, and culture...Unless the democratic process and the primary political rights necessary to it were supported in this way by the political culture of a people, it's unlikely that the democratic process would persist...When the democratic process can no longer be sustained in the face of a weak or hostile political culture, it strains credulity to believe that primary political rights will be preserved for long by courts or any other institution.» A.a.s. 172 f. Se även A Preface...s. 18 och 21 f.
66. Se s. 137.
67. Se s. 185 f, jfr A Preface... s. 133.
68. Jfr Democracy...s. 187 f.

ning, desto mer odemokratiskt är enligt honom samhället.[69]

Dahl är knappast ensam bland anhängarna av det formella demokratibegreppet om att låta denna principiella motvilja mot lagprövning och andra former av rättighetsskydd också prägla synen på värdet härav för medborgarnas möjlighet att utnyttja sina rättigheter. Denna uppfattning får, så som den framförts både av honom, Thayer och Learned Hand, såvitt gäller lagprövning en ofrånkomlig karaktär av cirkelresonemang; judicial restraint anbefalls (de sententia ferenda), varvid effekten skulle bli att domstolarnas betydelse för rättighetsskyddet minskar. Därefter upplyses medborgarna om att domstolarna är betydelselösa – trots att rekommendationen åtminstone i USA ännu inte förverkligats – och att de därför bör vända sig åt annat håll om och när deras rättigheter hotas.[70] Denna uttalat negativa inställning till lagprövning, som Dahl också delar med Ross, är dock logisk utifrån det formella demokratibegrepp som, bortsett från olikheter i övrigt, bygger på motvilja mot domstolsprövning av lagar.[71]

3.2.2.2 ELY OCH DEN DEMOKRATISKA FUNKTIONALISMEN[72]

Av flera skäl, bl.a för att den i hans huvudverk Democracy and Distrust från 1980 utvecklade modellen för hur lagprövning och majoritetsdemokrati skall förenas till stor del bygger på *the preferred position principle* och kan ses som ett försök att vidareutveckla denna[73], är det tveksamt om Elys demokratibegrepp bör räknas till de formella. Tveksamheten är särskilt stor mot bakgrund av att ett av de centrala syftena med Elys teori är att värna om svaga minoriteter. Att teorin ändå bör räknas till de formella snarare

69. A.a.s. 188 f.
70. Här finns en klar koppling till senare konstitutionell debatt i bl.a. Storbritannien och Sverige. Skillnaden mellan USA och dessa länder är att Dahls argumentation i de senare till skillnad från i USA kan åberopas till försvar för status quo. Se närmare kap. 20.
71. Något paradoxalt, med tanke på hans allmänna inställning till rättighetsskydd, är dock Dahl beredd att godta lagprövning som tar sikte på att skydda för den demokratiska processen nödvändiga rättigheter: »The criteria for the democratic process do not specify how the process itself is to be maintained. For a court to strike down laws that violate the criteria themselves would surely not be inconsistent with those criteria. Consequently a court whose authority to declare laws unconstitutional was restricted to rights and interests integral to the democratic process would be fully compatible with the democratic process.» Se Democracy...s. 191. Denna principiella kursändring, där lagprövning till förmån för de värden han själv finner värdefulla plötsligt godtas efter att tidigare ha utdömts som odemokratiskt, understryker ytterligare att Dahls formella demokratimodell inte är helt konsistent. Dahl preciserar inte närmare vilken modell för lagprövning han är beredd att acceptera. Vad han här uttalat sig till stöd för kan dock tyckas ligga nära den s.k. preferred rights-lära som under cirka trettio år från 1938 dominerade i Supreme Courts praxis. Se närmare kap. 10.9.3. Skillnaden är dock, som kommer att utvecklas närmare i kap. 20, att denna inte går ut på att endast vissa rättigheter skall skyddas, utan att vissa rättigheter skall skyddas mer än andra.
72. Termen funktionalism har i demokratidebatten även använts i helt andra sammanhang än här. Se t.ex. Leif Lewin, Folket och eliterna, Stockholm 1970 s. 19 ff, där en distinktion görs mellan två demokratiskolor, »normativister» och »funktionalister», vilka senare i sin demokratianalys lade tyngden på »kompetition mellan de styrande eliterna».
73. Som kommer att utvecklas närmare i avsnitt 10.9.3 härrör detta begrepp från en fotnot av Justice Stone i ett avgörande från 1938 (United States v. Carolene Products Co, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938)). Schematiskt gick läran ut på att de politiska rättigheterna samt svaga och diskriminerade minoriteters intressen i lagprövningen borde värnas starkare än rent ekonomiska rättigheter, vilket hade en särskild betydelse eftersom de senare dessförinnan under en femtioårsperiod (den s.k. Lochnereran, se kap. 10.8.) åtnjutit mycket starkt skydd av S.Ct. Se närmare om Elys tolkning av den berömda fotnoten kap. 10.9.3.3 under b.

än de materiella beror på två faktorer. För det första utgår Ely liksom Bickel från att lagprövning för att vara godtagbar måste kunna legitimeras på teoretiskt hållbara grunder, eftersom företeelsen som sådan är betänklig från demokratisk synpunkt.[74] Ely utför alltså ännu ett försök, i Bickels anda, att **förena** lagprövning med majoritetsstyre.[75] Om detta skulle vara omöjligt menar Ely att lagprövning i princip inte bör ifrågakomma.[76] För det andra är Elys teori det kanske tydligaste exemplet i doktrinen på vad som här kallas *demokratisk funktionalism* och som innebär att rättigheter vid lagprövning alltid skall tolkas i ljuset av deras politiska betydelse.

Ely förordar att lagprövning måste ske med återhållsamhet. Tanken att domstolar skulle åsidosätta lagar så snart de inte delar lagstiftarens bedömning rörande avvägningen mellan samhälleliga och individuella intressen är enligt honom helt oacceptabel.[77] Lagprövningen kan, om den skall vara demokratiskt acceptabel, endast avse lagar som motverkar intresset av allmänt deltagande, *participation*[78], i den politiska processen. Som berörs närmare i avsnitt 10.9.3.3 under b. tycks det som om Ely härvidlag övertolkat den berömda fotnoten från 1938 något, men detta minskar egentligen inte värdet av hans egen teori, som ju måste bedömas på sina egna meriter.

Elys konstitutionella ideal är den praxis som utmärkte den s.k. Warrendomstolen, dvs S.Ct. under åren 1953-69 (så benämnd efter sin ordförande Earl Warren). Enligt Ely hade denna domstol två hjärtefrågor, nämligen dels att förbättra demokratins effektivitet (»clearing the channels of political change»), dels att korrigera eller minska vissa ännu existerande former av diskriminering av svaga minoritetsgrupper. Att domstolen då allmänt anses ha varit »aktivistisk» i sin lagprövning spelar enligt Ely mindre roll, eftersom den främjade just dessa värden.[79]

Elys tolkning av Warrendomstolens praxis är den vedertagna, så på den punkten finns inga direkta tolkningsproblem i hans modell. Problematisk är däremot hans tanke att vissa värden kan särskiljas som »participational» och därmed överordnas andra funda-

74. Se Democracy and Distrust, Cambridge/London 1980 s. 4 f: »When a court invalidates an act of the political branches on constitutional grounds, however, it is overruling their judgment, and normally doing so in a way that is not subject to »correction» by the ordinary lawmaking process. Thus the central function, and it is at the same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like.»
75. A.a.s. 7 f: »...rule in accord with the consent of a majority of those governed is the core of the American governmental system. Just as obviously, however, that cannot be the whole story...The tricky task has been and remains that of devising a way or ways of protecting minorities from majority tyranny that is not a flagrant contradiction of the principle of majority rule...»
76. Ibid s. 41: »If a principled approach to judicial enforcement of the Constitution's open-ended provisions cannot be developed, one that is not hopelessly inconsistent with our nation's commitment to representative democracy, responsible commentators must consider seriously the possibility that courts simply should stay away from them.»
77. A.a.s. 156. Se även Democracy and the right to be different, N.Y.U.L.R. 1981 s. 404, där Ely i en debatt om hans demokratimodell yttrade om lagstiftarens rätt att avgöra vilka ingrepp i den enskildes rättigheter som är berättigade: »...unless there is unusual reason to distrust our elected representatives, there can be no justification in our system for taking it away from them.»
78. Se allmänt om hur begreppet participation använts i demokratidebatten fram till 1979 (dvs året innan Ely publicerade Democracy and Distrust) Pennock, a.a. kap. XI (s. 438 ff).
79. »Participational values», se Democracy and Distrust s. 73 ff.

mentala värden som domstolar kan tänkas vilja främja.[80] Ely var uppenbarligen medveten om svårigheterna och förutskickade i en egen liten fotnot åtskilligt av den huvudkritik som senare riktats mot hans teori. Han medger här att »participation» i sig själv kan vara ett värde, men förklarar sedan:

> As I am using the terms, value imposition refers to the designation of certain goods (rights or whatever) as so important that they must be insulated from whatever inhibition the political process might impose, whereas a participational orientation denotes a form of review that concerns itself with how decisions effecting value choices and distributing the resultant costs and benefits are made.[81]

Men varför skall »participatoriska värden» ha ett starkare skydd än andra värden? Skälet är enligt Ely att det främst är de participatoriska värdena som kommit till uttryck i den amerikanska konstitutionstexten. Därför är deras upprätthållande i och av domstolar inte oförenligt med den representativa majoritetsdemokratin utan tvärtom ägnad att stärka denna. Dessutom är domstolarna enligt Ely särskilt lämpade att värna och vid behov genomdriva just de participatoriska värdena.[82] Dessa påståenden måste granskas närmare, eftersom de har ett klart samband med andra centrala delar av Elys teori.

Att just dessa värden, eller kanske snarare vissa rättigheter, är särskilt ägnade att stärka eller har särskilt stor betydelse för demokratin är i och för sig ett rimligt antagande. Det första påståendet, att den amerikanska konstitutionstexten och the Bill of Rights, den tämligen konventionella rättighetskatalog som 1791 antogs som am.I-X till den amerikanska grundlagen, främst skulle vara inriktad på att främja vissa participatoriska värden är emellertid inte hållbart.[83] Alldeles bortsett från att demokratin inte var något förverkligat ideal vid denna tidpunkt så är det svårt att göra gällande att t.ex. garantier för fair trial och andra rättssäkerhetsgarantier skulle haft ett sådant syfte.[84] Kritiken mot Ely har också varit tämligen omfattande på denna punkt.[85] Även rättigheter

80. Se t.ex. a.a.s. 101 f: »...unlike an approach geared to the judicial imposition of »fundamental values,» the representation-reinforcing orientation whose contours I have sketched and will develop further is not inconsistent with, but on the contrary is entirely supportive of, the American system of representative democracy.»
81. A.a.s. 75, fn.
82. Ibid.
83. Resonemanget bygger på Elys alldeles egna tolkning av konstitutionen (vars syfte tycks vara att kunna motivera activism i vissa fall): »...contrary to the standard characterization of the Constitution as »an enduring but evolving statement of general values»...the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes (process writ small), and on the other, with what might capaciously be designated process writ large – with ensuring broad participation in the processes and distributions of government.» Democracy and Distrust s. 87. Se vidare s. 92 ff samt närmare om innehållet i Bill of Rights nedan i kap. 10.2.3.
84. Jfr Laurence H. Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, Yale L.J. 1980 s. 1069 f.
85. Se förutom Tribe, a.a.s. 1064 ff även Chemerinsky, Interpreting the Constitution s. 15, Habermas, a.a.s. 322 (»Ely gibt dem liberalen Misstrauen gegen tyrannische Mehrheiten eine überraschende prozedurale Wendung»), Samuel Estreicher, Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely's Role for the Supreme Court in the Constitution's open Texture, N.Y.U.L.R. 1981 s. 557 ff o. 571, Mark Tushnet, Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory, Yale L.J. 1980 s. 1046 samt Tribe/Michael C. Dorf, On Reading the Constitution, Cambridge/London 1991 s. 26: »To attribute any unitary mission to the Constitution »as a whole» is to cross the line between *reading* the document and *writing*

vilka inte nämns i själva konstitutionstexten, eller i Bill of Rights och övriga amendments, men som utvecklats i Supreme Courts praxis har av Ely tolkats på detta sätt. Som exempel på vilka märkliga resonemang detta leder till kan hänvisas till rörelsefriheten, som inte nämns i den amerikanska konstitutionen men som av S.Ct. i några föga kontroversiella avgöranden ändå ansetts vara en fundamental medborgerlig rättighet.[86] Ely försöker visa att dessa Warrendomstolens avgöranden ligger i linje med en tradition enligt vilken rätten att röra sig fritt mellan olika delstater alltid erkänts *eftersom den kan vara nödvändig för utövandet av centrala politiska rättigheter.*[87] Att rörelsefriheten möjligen kan vara angelägen av andra skäl, t.ex. som en del av den personliga friheten, nonchaleras.[88] Även andra exempel kan ges på att Elys resonemang riskerar att leda till orimliga konsekvenser: Om t.ex. en alkoholiserad småtjuv av någon anledning inte fått en korrekt rättegång, en »*fair trial*» i första instans har detta normalt sett ingen större politisk betydelse, men hans rätt till en fair trial har ändå konstitutionellt skydd och den domstol som skall pröva tjuvens invändningar om att hans rättigheter kränkts kan inte ignorera hans klagomål. Uppenbarligen finns här en svag punkt i Elys modell: Han har tolkat inte bara enskilda rättigheter utan i princip hela den amerikanska konstitutionella historien så att den skall passa och underlätta förståelsen för hans teori.

Det tredje skälet för skydd av participatoriska värden är att domstolarna är särskilt lämpade att värna just om dem. Detta är en central del av Elys teori. Som framgått strävar han efter att förena lagprövning med majoritetsdemokrati och hans utgångspunkt är att det i och för sig är orimligt att livstidsutnämnda domare skulle vara »better reflectors of conventional values than elected representatives». Normalt anser han således att det är lagstiftarens sak att avgöra var gränsen skall gå för tillåtna rättighetsbegränsningar. Samtidigt menar Ely att hans egen teori, hans »representation-reinforcing approach», ger domarna en roll som de är »conspicuosly well situated to fill».[89] Orsaken härtill är att domstolarna enligt Ely skall inrikta sig på att förstärka demokratin. I en demokrati, menar han, skall alla beslut om prioriteringar mellan värden fattas av valda politiska företrädare, vilka kan röstas bort om väljarna är missnöjda. Men detta system fungerar inte om makthavarna försöker hindra demokratin från att fungera (när »the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in») eller när majoritetens företrädare systematiskt diskriminerar någon minoritet.[90] Här kan då domstolarna ha en funktion att fylla:

one of your own. John Hart Ely...may have crossed that line when he proposed reading the entire document as having the central, nonsubstantive aim of perfecting democracy by reinforcing the effective workings of representative government.» En noggrann genomgång av rent historiska felaktigheter i Elys resonemang har gjorts av Raoul Berger i Ely's »Theory of Judicial Review», Ohio State L.J. 1981 s. 87-130.

86. United States v. Guest, 383 U.S. 745 (1966), Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).
87. Se närmare Democracy and Distrust s. 177 f..
88. Här finns ett uppenbart släktskap med den s.k. demokratiskt-funktionella teori som periodvis fått ett visst genomslag i tysk doktrin och enligt vilken det avgörande för hur starkt skydd olika rättigheter bör åtnjuta är för vilket syfte de tas i anspråk. Se vidare nedan på s. 128 f samt kap. 7.5.2.5 o. 20.
89. A.a.s. 102.
90. A.a.s. 103. Ely har som synes inte samma oreserverat optimistiska syn på majoritetsstyrets välsignelser som Dahl; jfr ovan i 3.2.2.1.

> Obviously our elected representatives are the last persons we should trust with identification of either of these situations. Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people...It does, however, put them in a position objectively to assess claims...that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing the interests of those whom the system presupposes they are.[91]

Just vad gäller dessa frågor skulle alltså domstolarna kunna tjänstgöra som de valda församlingarnas övervakare. Skillnaden mot Bickel är här påtaglig; enligt Bickel var lagprövning generellt en viktig del av det konstitutionella systemet och en form av beslutsfattande som endast domstolarna kunde utföra, även om de måste iaktta ett visst mått av *restraint*. Ely ser däremot lagprövningsrätten som ett rent komplement till det politiska beslutsfattandet och vill endast acceptera den i de här angivna specialfallen (där han å andra sidan kan överse med ett visst mått av *activism*).[92]

Kritiken mot Ely har varit omfattande och främst gått ut på att det är omöjligt att särskilja de (»participatoriska») värden vilka Ely menar är godtagbara som grund för lagprövning från andra, enligt honom icke godtagbara värden. Problematiken har av Chemerinsky beskrivits på följande sätt:

> If the Court defines what is a fair process, policies enacted by majoritarian institutions are overruled; if the Court must defer to legislative determinations of fairness, judicial review is nonexistent. Ely chooses the first alternative. He permits the judiciary to determine what is a fair process. But it is impossible for the Court to decide what is »fair» or »just» representation without making substantive value judgments.[93]

Till yttermera visso har Ely själv senare medgivit att enskilda domare om de skall efterleva hans teori så småningom kommer till en punkt då de måste träffa sina egna val, baserade på egna värderingar.[94] Uppenbarligen har alltså kritikerna identifierat en svag punkt i hans resonemang och inte haft helt fel. Men hur pass allvarlig är egentligen denna kritik? I vilken utsträckning underminerar den Elys teori?

Om kritiken granskas lite närmare går det enligt min mening att göra en distinktion mellan argument gentemot vilka Elys teori i det närmaste är immun och verkligt allvarliga problem med hela hans demokratimodell. Till de förra hör påståendet att det av hans önskan att domstolarna genom lagprövning skall värna vissa demokratiska procedurer

91. Ibid.
92. Det är därför föga förvånande att Ely är uttalat kritisk mot Bickel på denna punkt; se Democracy and Distrust s. 103 f. Jfr härom Cappelletti, som i en kommentar till Elys tes (The »Mighty Problem» of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis, Southern California Law Review 1980 s. 410 f, fn 7) uppenbarligen föredrar Bickels angreppsvinkel: »The real problem, then, is not one of abstract legitimacy bot one of concrete restraints. Which restraints does the judge of a particular place and time adopt in his inevitably lawmaking and value-creating role?»
93. Interpreting the Constitution s. 16. Se även Dworkin, A Matter of Principle s. 34, 60 f o. 66 f, Habermas, a.a.s. 322 f, Tribe, a.a.s. 1064, Tushnet, a.a.s. 1045 f samt Estreicher, a.a.s. 551 f: »However, given his premises that the Court acts at odds with our democratic system when it imposes its own values and that it is not engaged in conventional constitutional interpretation when it constitutionalizes values not fairly traceable to the text, the question arises why the Court ought to be permitted any creative role whatsoever in constitutional value formation.»
94. Se Commentary, N.Y.U.L.R. 1981 s. 527 f.

nödvändigtvis måste följa att domstolar får åsidosätta lagar också av andra skäl, eftersom det inte går att göra någon åtskillnad mellan de värden som skall värnas i respektive fall.[95] Vad Ely här sagt är bara samma sak som Dahl eller Ross hävdat, nämligen att eftersom en form av formellt demokratibegrepp skall råda kan endast lagprövning som skyddar de politiska rättigheterna och därmed främjar participation godtas. Indirekt har de kritiker som angripit Ely för att hans teori förutsätter att det bara finns en enda godtagbar definition av demokrati medgivit detta. Sålunda menar t.ex. Dworkin att detta är en stötesten:

> Ely insists that the proper role of the Supreme Court is to police the process of democracy, not to review the substantive decisions made through those processes. This might be persuasive if democracy were a precise political concept...His argument must therefore be read as supposing that one conception of democracy is the right conception...and that the job of the Court is to identify and protect this right conception.[96]

Detta är egentligen inget problem för Ely, eftersom hans teori faktiskt bygger just på att hans demokratibegrepp är det giltiga och att alla andra begrepp därför måste avvisas. (Skillnaden gentemot Dahl är här i stort sett bara att Ely utifrån denna utgångspunkt närmare angivit förutsättningarna för när lagprövning kan äga rum.) Huruvida denna syn på demokratin är riktig eller inte är en annan sak, men detta är inte någon specifik svaghet med just Elys teori. Samma problem präglar alla teorier om lagprövning vilka bygger på speciella demokratibegrepp, vare sig de bygger på formella sådana och för att säkerställa demokratins funktionsmöjligheter är beredda att acceptera ett visst mått av lagprövning (förutsatt att denna har ett visst syfte och endast omfattar vissa rättigheter), eller på materiella, varvid lagprövningen tillerkänns legitimitet som ett sätt att värna om centrala värden. Det går att hävda att domstolar genom lagprövning kan främja demokratin utan att behöva ansluta sig till ett visst materiellt demokratibegrepp, där särskilda innehållsmässiga krav ställs på de i demokratisk ordning fattade besluten.[97]

Det allvarliga problemet med Elys synsätt är emellertid att det tycks förutsätta en distinktion mellan de olika **syften** som medborgarna i de konkreta fallen haft med utövandet av sina grundlagsskyddade eller övriga konstitutionella rättigheter. Ett utövande av rättigheter som på något sätt kan främja demokratin eller det överordnade värdet »participation», dvs deltagande i den demokratiska processen, skall enligt Ely skyddas av domstolarna, medan medborgarens utövande av sina rättigheter för andra, icke-politiska syften mer eller mindre fritt skall kunna inskränkas av lagstiftaren.[98] Farorna visas av det ovan nämnda exemplet med rörelsefriheten, där det framgår att Ely ser även rörelsefriheten som förbunden med politisk aktivitet eller deltagande i den demokratiska processen och just därför godtog att S.Ct. garanterat denna i konstitutionen icke omnämnda

95. Se t.ex. Estreicher, a.a.s. 565, Perry, a.a.s. 121, Tribe, a.a.s. 1077 f och Tushnet, a.a.s. 1048.
96. A Matter of Principle s. 59. Se även Chemerinsky, Interpreting...s. 16.
97. Kritik mot Ely där motsatsen hävdas, som alltså principiellt måste avvisas, finns bl.a. hos Estreicher, a.a.s. 573.
98. Ely definierar f.ö. en konstitutionell rättighet som en rättighet vilken är uttryckligt garanterad av konstitutionen eller viktig för att demokratin skall fungera effektivt. Se Democracy and Distrust s. 145. Denna definition utesluter i USA t.ex. den rörelsefrihet som inte utnyttjas för ett politiskt syfte. Jfr ovan vid n. 86–88.

rättighet.[99] Detta är ju dock ganska konstlad tolkning av rörelsefriheten, som traditionellt snarare måste uppfattas som en del **av den personliga friheten**; närmare bestämt rätten att röra sig fritt för vilket syfte som helst som den enskilde finner önskvärt. Elys teori får här karaktären av en *demokratisk funktionalism*, en demokratiskt-funktionell teori som är känd från tysk doktrin[100] och enligt vilken domstolar endast skall åsidosätta lagar som försvårar för enskilda att genom utövande av sina rättigheter delta i den politiska processen. Det avgörande är då inte vilka rättigheter den enskilde **har** utan för vilket syfte han **utnyttjar** dem. Detta synsätt är inte någon nödvändig konsekvens av teorin om *preferred rights* som sådan[101], utan snarare en variant av det formella demokratibegreppet där det inte är en viss beslutsprocedur utan medborgarnas deltagande i den politiska processen som blivit kriteriet på demokrati.

Teorin innebär när den tillämpas på detta sätt en svårartad relativisering av rättigheterna, vilket också påpekats i tysk doktrin.[102] Medborgarens politiska aktiviteter tillerkänns uppenbarligen högre vikt än t.ex. hans fritidsaktiviteter eller kulturella intressen. Rättigheter som en rättvis rättegång eller att endast kunna bli frihetsberövad efter beslut av domstol, vilka saknar direkt samband med den politiska processen, blir, om denna teori följs, nedvärderade.[103] I förlängningen hotar ett samhälle där den politiskt ointresserade eller indifferente medborgaren diskrimineras och människor rentav kan tvingas eller åtminstone utsättas för påtryckningar att bli politiskt verksamma för att kunna göra anspråk på sina rättigheter.[104]

99. Se Democracy and Distrust s. 177 f.
100. Se kap. 7.5.2.5 in fine.
101. Se närmare kap. 10.9.3 o. kap. 20.
102. Se närmare kap. 7.5.2.5 in fine o. kap. 20.
103. Ett måhända mindre skadligt, men samtidigt teoretiskt mindre hållbart alternativ, vilket Ely som framgått använt sig flitigt av, är att i stället för att utrangera vissa rättigheter som mindre skyddsvärda försöka omtolka dem, tvärtemot gängse tolkningar av den amerikanska konstitutionen och Supreme Courts praxis, så att de passar in i en viss, i detta fall hans teori. Se ovan s. 125 f samt ytterligare bl.a. Chemerinsky a.a.s. s. 15 f och Estreicher, a.a.s. 563 o. 565 med kritik häremot.
104. Se för kritik av här antytt slag Perry, a.a.s. 120 f: »The typical human rights dispute arises when a person who is one of a minority of persons interested in enjoying some value, including a nonparticipational value like sexual autonomy, challenges the majority's right to intrude on that value...If the function served by noninterpretive review in human rights cases can justify judicial policymaking with respect to the values of freedom of expression and of equal protection, it can also justify judicial policymaking with respect to at least some nonparticipational values. Can, that is, unless it is *exclusively* in terms of the participational values of freedom of expression and of equal protection that a polity achieves moral growth...». Se även Tushnet, a.a.s. 1038 o. 1045: »...representation-reinforcing review necessarily involves judicial displacement of citizens' choices between political and other kinds of activity, in the name of the objective value of political participation...In brief, Ely claims that review is justified whenever there are formal or functional obstacles to the assertion of political power. The difficulty with his theory...is that the theory is consistent with the justification principle only if it applies solely to functional obstacles...»

3.2.3 *Nyare amerikanska teorier baserade på materiella demokratibegrepp*

Sedan 1980-talet har några företrädare för ett materiellt demokratibegrepp framträtt i den amerikanska doktrinen. Bland dessa märks Bruce Ackerman och Erwin Chemerinsky.[105]

Chemerinsky utgår från ett uttalat materiellt demokratibegrepp, som enligt honom både är det i sak mer tilltalande och det som genomsyrar den amerikanska konstitutionen. Denna pekar ut vissa värden som överordnade och därmed skyddade från »majoritarian pressures». Lagprövningen bidrar enligt Chemerinsky till att stärka demokratin genom att värna dessa värden mot lagstiftaren och därigenom garantera deras existens.[106] Från denna utgångspunkt riktar Chemerinsky kritik mot den formella demokratisyn som länge präglat den amerikanska debatten:

> Thus, the debate over the legitimacy of judicial review begins with the almost universally accepted premise that democracy requires that decisions be made by institutions and individuals who are accountable to the electorate. It is important to recognize that democracy is defined in purely procedural terms, as the method of adopting policies, not even partially in substantive terms, as the values that a democratic society desires, such as equality or freedom of expression...At the very least, the participants in the current debate over judicial review can be criticized for their superficial consideration of the meaning of democracy and majority rule.[107]

De många försöken att legitimera lagprövning *såsom varande förenligt med majoritetsstyre* är enligt Chemerinsky dömda att misslyckas, eftersom de bygger på felaktiga utgångspunkter. Chemerinsky menar i stället att lagprövning med nödvändighet är »antimajoritarian», men därför inte nödvändigtvis odemokratiskt. Huruvida så anses vara fallet beror helt på vilket demokratibegrepp som väljs. Förespråkarna för ett formellt demokratibegrepp har givetvis svårt att acceptera lagprövning som ett naturligt inslag i en demokrati:

> If democracy is defined in purely procedural terms as a requirement that only electorally accountable officials make decisions, judicial review is undemocratic in two ways. First, the Supreme Court is obviously not a democratic institution by this definition because the justices have lifetime appointments and are not directly accountable to the electorate. Second, Court action thwarts the will of the majority by overturning policies enacted by officials popularly elected

105. Chemerinsky inleder f.ö. sitt huvudverk Interpreting the Constitution med några ord om det rådande debattläget: »(T)he current obsession of constitutional law scholarship – whether activist judicial review can be reconciled with majoritarian democracy – is hardly new.» – Andra exempel på materiella demokratibegrepp i den amerikanska doktrinen är Samuel Freeman, Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review, Law and Philosophy 1991 s. 327-370, Stephen Holmes, Precommitment and the paradox of democracy, i J. Elster/R. Slagstad (utg.), Constitutionalism and democracy, Cambridge/Oslo 1988 s. 195-240 samt Jonathan Riley, American Democracy and Majority Rule, Nomos XXXII (»Majorities and minorities»), New York 1990 s. 267-307.
106. Se Interpreting the Constitution s. 2. – En av angreppspunkterna mot lagprövningen i USA är att den saknar legitimitet eftersom den inte nämns i konstitutionen (utan i stället bygger på ett prejudikat från 1803, Marbury v. Madison). Häremot invänder Chemerinsky att om lagprövning alltid är »slightly suspect because it is not expressly mentioned in the Constitution's text, majority rule should be even more so because the Constitution seems so heavily oriented against it.» Se The Vanishing Constitution s. 75.
107. A.a.s. 3.

> and democratically accountable...Similarly, if the definition of majority rule is phrased slightly differently as a requirement that all decisions be subject to electoral control, judicial decisions violate this principle because the electorate cannot overturn judicial decisions...[108]

Med ett materiellt demokratibegrepp blir emellertid utgångspunkten en helt annan. Då påverkar inte det faktum att lagprövning inte går att förena med oinskränkt majoritetsstyre lagprövningens demokratiska legitimitet. En aktivistisk domstol, som inte drar sig för att utnyttja sin lagprövningsrätt, bidrar tvärtom till att stärka demokratin, eftersom den värnar både de värden vilka i konstitutionen utpekats som fredade från majoritetens inflytande och andra värden som är betydelsefulla för demokratin:

> In other words, once we agree that constitutional values are more important than majority rule, we abandon the major premise of the current debate, and the question becomes, Which values should be protected from the majority? The concept of majority rule obviously provides no answer to this question...Thus, demonstrating that all judicial review is antimajoritarian is important because it establishes that the major premise of the current debate is incorrect, that the focus on majority rule is misguided, and that what we really should be arguing about is which values should be constitutionally protected.[109]

Chemerinsky gör således en uttrycklig koppling mellan lagprövningens roll och valet av demokratibegrepp.[110] Hans teori är därför ett försök att tydliggöra och markera demokratibegreppets betydelse vid alla diskussioner om lagprövning och rättighetsskyddets utformning. Som vi skall se går den spänning mellan formella och materiella demokratibegrepp som han utgår från att iaktta också i den nordiska debatten, även om det formella demokratibegreppet där haft en kanske ännu större dominans än i USA och debatten dessutom aldrig riktigt haft samma karaktär, på grund av lagprövningens underordnade betydelse.

Också Ackerman utgår från två olika demokratibegrepp, vilka han kallar det monistiska respektive det dualistiska. Det monistiska motsvarar det formella demokratibegreppet i Chemerinskys modell och så som detta uttryck används i denna framställning i övrigt, medan det dualistiska avviker något från vad som här annars kallas ett materiellt demokratibegrepp. Precis som Chemerinsky menar Ackerman att det formella eller monistiska demokratibegreppet i orimligt hög grad dominerat den amerikanska konstitutionella debatten. Han spårar denna tradition ända tillbaka till slutet av 1800-talet, till Thayer (och den samtidigt som statsrättsprofessor verksamme Woodrow Wilson, sedermera mer bekant som USA:s president).[111]

Som motvikt häremot lanserar därför Ackerman sin *dualistiska* demokratimodell,

108. A.a.s. 4. Chemerinsky avfärdar här f.ö. tanken att möjligheten till grundlagsändring kvarlämnar den slutliga beslutanderätten i majoritetens händer.
109. Interpreting... s. 21, jfr s. 2. o. 11.
110. Se t.ex. The Vanishing Constitution s. 76 f: »However, there is a major analytical difference between seeing the counter-majoritarian difficulty as a tension between two values of equal import and viewing it as a conflict between the major premise of the American system and the practice of judicial review. If majority rule is no longer considered the dominant premise, no longer should judicial review be regarded as illegitimate until and unless it is reconciled with majority rule...Demonstrating that democracy is not synonymous with majority rule and that judicial review is not anti-democratic undermines the rhetorical force of the criticism.»
111. Se We The People, Cambridge/London 1991 s. 7 ff.

som bygger på en distinktion mellan de två olika former av beslut vilka enligt Ackerman kan fattas i en demokrati, nämligen beslut av folket respektive av deras valda företrädare. Beslut »av folket», dvs grundlagsändringar, fattas som Ackerman konstaterar sällan och endast under särskilda förutsättningar, medan beslut av »the government», dvs av de valda politiska företrädarna, fattas dagligen. Poängen med den dualistiska demokratimodellen är emellertid att de valda lagstiftarna aldrig tillåts överskrida sina befogenheter, vars gränser bestäms av folket genom konstitutionen. Vill de gå utanför den ram som konstitutionen medger måste de försöka ändra denna, vilket åtminstone i USA inte är särskilt lätt. »Only if a political movement successfully negotiates the special challenges of the higher lawmaking system can it rightfully claim that its initiative represents the constitutional judgment of We the People.»[112] På detta sätt skapas ett »two-track system», med åtskillnad mellan grundlag och vanlig lag, vilket Ackerman ser som ett demokratiideal.

Enligt min mening är det något märkligt att som Ackerman basera en konstitutionell teori på ett sistahandsalternativ som åtminstone i USA, Ackermans hemland, är extremt svårt att förverkliga.[113] Ursprunget till denna demokratimodell går dock att spåra till ett berömt uttalande från USA:s första år av Alexander Hamilton, enligt vilket grundlagen måste vara gällande rätt och grundlagstolkning rätteligen vara domstolarnas uppgift. Detta innebar emellertid inte att domstolarna stod över lagstiftaren: »It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition *to that of the people, declared in the Constitution* (min kursivering), the judges ought to be governed by the latter rather than the former.»[114]

Detta demokratibegrepp har givetvis konsekvenser för synen på lagprövning. Som Ackerman konstaterar skulle försöken att skapa »higher law» genom antagande eller ändring av en grundlag, vilka i allmänhet är förenade med stora ansträngningar, omintetgöras om inte konstitutionen hindrade framtidens politiker från att anta lagar som kränkte konstitutionen. »If future politicians could so easily ignore established higher law, why would any mass movement take the trouble to overcome the special hurdles placed on the higher lawmaking track?»[115] Om poängen med »higher lawmaking», dvs de beslut vilka fattats av folket, skall kunna bevaras måste därför konstitutionen sörja för att det finns en eller flera institutioner med uppgift att värna om just konstitutionen, i förekom-

112. A.a.s. 9. Se även s. 6: »They are not to assert that a normal electoral victory has given them a mandate to enact an ordinary statute that overturns the considered judgments previously reached by the People. If they wish to claim this higher form of democratic legitimacy, they must take to the specially onerous obstacle course provided by a dualist Constitution for purposes of higher lawmaking.» Ackerman bygger således sin teori om konstitutionens överhöghet på att konstitutionen till skillnad från vanliga lagar kan återföras till folket, inte på att konstitutionen har något särskilt innehåll av högre värde (vilket var det vanliga i äldre, naturrättsligt färgade teorier; jfr t.ex. Edward S. Corwin, The »Higher Law» Background of American Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1928 s. 152).
113. Se närmare kap. 10.2.2 om hur grundlagsändringar går till i USA. Ackerman tycks vara medveten om problemet, eftersom han föreslår att grundlagsändringar skall kunna beslutas efter folkomröstning; se a.a.s. 54 f. Inte minst med tanke på det traditionellt låga valdeltagandet i USA framstår dock detta som ett något märkligt förslag.
114. Se Federalist No 78, s. 492. Se närmare om denna inflytelserika artikel avsnitt 10.4.2.2 på s. 404 f.
115. We The People s. 9.

mande fall genom att effektivt blockera alla försök att kringgå denna genom vanlig lagstiftning[116]:

> It follows, then, that the dualist will view the Supreme Court from a very different perspective than the monist. The monist treats every act of judicial review as presumptively antidemocratic and strains to save the Supreme Court from the »countermajoritarian difficulty» by one or another ingenious argument. In contrast, the dualist sees the discharge of the preservationist function by the courts as an essential part of a well-ordered democratic regime. Rather than threatening democracy by frustrating the statutory demands of the political elite in Washington, the courts serve democracy by protecting the hard-won principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad and deep popular support for their innovations.[117]

»Dualisten», dvs anhängaren av Ackermans demokratibegrepp, kan således aldrig betrakta en dom där en lag förklaras vara grundlagsstridig som odemokratisk enbart av det skälet att den innebär ett åsidosättande av ett beslut som fattats av demokratiskt valda politiska företrädare.[118]

Ackermans modell liknar Chemerinskys genom distinktionen mellan två olika demokratibegrepp och dessas koppling till synen på lagprövning. Skillnaden består i att Chemerinsky baserar sin materiella modell på vissa värden – medborgerliga rättigheter i och utanför konstitutionen, jämlikhet osv – medan Ackerman fäster avgörande vikt vid skillnaden mellan grundlag beslutad av folket och vanlig lag beslutad av politiker.

3.2.4 Nordisk debatt

3.2.4.1 ROSS' OCH TINGSTENS FORMELLA DEMOKRATIBEGREPP

Alf Ross och Herbert Tingsten var samtida och dominerade under en lång period debatten om demokrati i Danmark respektive Sverige. De hade också en mycket likartad syn på demokrati och deras demokratibegrepp har under lång tid varit dominerande i deras respektive hemländer, ja, rentav i Norden i stort.[119] Först under senare år har Ross' de-

116. Ibid s. 9 f: »These institutions must effectively block efforts to repeal established constitutional principles by the simple expedient of passing a normal statute.»
117. Ibid s. 10.
118. Även Rawls tycks dela denna dualistiska demokratisyn, även om han inte byggt hela sin teori på den; se Political Liberalism s. 231 ff: »A supreme court fits into this idea of dualist constitutional democracy as one of the institutional devices to protect the higher law...the court is to prevent that law from being eroded by the legislation of transient majorities...If the court assumes this role and effectively carries it out, it is incorrect to say that it is straight-forwardly antidemocratic. It is indeed antimajoritarian with respect to ordinary law, for a court with judicial review can hold such law unconstitutional. Nevertheless, the higher authority of the people supports that. The court is not antimajoritarian with respect to higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself and with its amendments and politically mandated interpretations.» Här kan även hänvisas till ett beslut 1985 (23 augusti 1985, 85-197 DC, Rec. 70) från C.C. om Nya Kaledonien, där C.C. fann att en lag som är grundlagsstridig inte överensstämmer med eller ger uttryck för folkviljan, eftersom den endast kan göra detta så länge den är förenlig med konstitutionen. Se nedan i 8.5.4 samt i kap. 8.5.3 om diskussionen rörande *le pouvoir constituant* och gränserna för dess handlingsfrihet.
119. Se närmare om det Tingstenska demokratibegreppets dominans, för att inte säga hegemoni i den svenska debatten Hermansson, a.a.s. 253 ff.

mokratisyn granskats kritiskt i Danmark, samtidigt som ett antal försök att lansera mer materiellt präglade demokratibegrepp som framgår i 3.2.4.2 gjorts i den nordiska doktrinen. Det kan därför möjligen ifrågasättas hur relevanta Ross och Tingsten är i dagens demokratidebatt, men på grund av de beröringspunkter deras resonemang har med avhandlingens konstitutionella frågeställningar bör de behandlas här.

Mellan juristen Ross och statsvetaren Tingsten finns dock en skillnad, som medför att Ross här kommer att behandlas mer ingående. Ross anknöt nämligen i betydligt högre grad än Tingsten sitt demokratibegrepp till konkreta konstitutionella frågeställningar.[120]

Tingsten definierade demokrati i formella termer. Tron på demokratin var för honom liktydigt med »en uppfattning om statsstyrelsens form, om tekniken för politiska avgöranden, icke om de statliga beslutens innehåll och samhällets struktur».[121] Denna formella demokratidefinition innebär en avgränsning både mot det materiella demokratibegreppet, så som detta här beskrivits, och mot alla försök att vidga demokratibegreppet till att gälla områden utanför statslivets gränser (»skoldemokrati» osv). Udden i Tingstens demokratidefinition är dock främst riktad mot det materiella demokratibegreppet. Sålunda ansåg han termen »majoritetsstyrelse» vara den enda adekvata för att kännetecknа formen för demokratiska avgöranden.[122] Härav framgår klart att han inte önskade ställa några som helst materiella krav på de beslut som fattades i demokratisk ordning för att dessa skulle kunna betecknas som »demokratiska». Men ansåg då Tingsten att de medborgerliga rättigheterna saknade all betydelse för demokratin?

Tingsten hävdade i mycket allmänna ordalag att majoriteten, även om den hade rätt att bestämma, inte fick använda sin ställning till att genomföra »en maktkoncentration, som innebär att den demokratiska beslutsmetoden begagnas till sitt eget avskaffande».[123] Majoriteten måste enligt Tingsten »upprätthålla de medborgerliga friheter, som är direkt förenade med politisk verksamhet, och alltså respektera även minoritetens aktivitet.»[124] Detta tycks innebära att majoriteten bara är skyldig att upprätthålla de fri- och rättigheter som är direkt förenade med politisk verksamhet, men inga andra. Och varför är den skyldig att göra detta? Jo, för att i en demokrati måste »majoriteten i erkända och fast reglerade former kunna förvandlas till minoritet och minoriteten till majoritet».[125] Rättigheternas funktion är alltså bara att möjliggöra maktskifte, men de bör inte kunna

120. Delvis berörde han därvid specifikt danska frågor, vilka lämpligen behandlas i annat sammanhang (se kap. 4.3.5), men delar av resonemanget har en generell karaktär och kan därför behandlas här.
121. Se Demokratins problem, 3 uppl, Stockholm 1963 s. 42. Mycket berömd är Tingstens definition av demokratin som en *överideologi*, enligt vilken den demokratiska åskådningen är gemensam för skilda politiska åskådningar. »Man är demokrat, men därjämte konservativ, liberal eller socialist». Tingsten fortsätter: »En riktning, som endast är demokratisk, som i folkstyrelsens grundsatser ser hela sitt politiska program, är därför knappast tänkbar annat än under kamp för demokratins genomförande eller bevarande. Eljest, i den förverkligade och av fiender icke hotade demokratien, är man, med hänsyn till den aktuella politiska aktiviteten, i första rummet någonting annat.» Denna teori om den demokratiska överideologin saknar dock omedelbart samband med det formella demokratibegreppet. Även Ross betecknade f.ö. demokratin som en överideologi; se Varför demokrati? s. 111.
122. A.a.s. 71.
123. Ibid.
124. Ibid.
125. Ibid.

åberopas av medborgarna gentemot staten i andra sammanhang; här ligger Tingsten nära en ren demokratisk funktionalism.[126]

Trots allt erkände dock Tingsten, liksom Dahl och Ross, behovet av vissa politiska rättigheter. När det gällde var gränsen skulle dras mellan majoritetens handlingsfrihet å ena sidan och det nödvändiga skyddet av dessa rättigheter å den andra var han dock mycket obestämd och nöjde sig med att konstatera att gränsen var flytande. Det lät sig inte göra »att i en formel klargöra vilken grad av politisk frihet demokratien förutsätter».[127] Tingsten hade en stark tro på den demokratiska processens välgörande konsekvenser:

> I praktiken uppstår knappast några svårigheter, allra minst i nutidens statsliv; i nära nog alla stater är friheten antingen så gott som fullständig eller också helt undertryckt. De mellanformer som föreligger – speciellt under krigstid – är för en principiell diskussion av folkstyrelsens problem av begränsat intresse.[128]

Tingstens ståndpunkt är helt klar: Antingen är en stat en diktatur, och då har medborgarna inga rättigheter, eller också en demokrati, och då uppstår inga problem med rättighetskränkningar. Problemet med detta synsätt har behandlats ovan i samband med granskningen av Dahls demokratisyn och behöver därför inte upprepas här.

Enligt Ross var demokrati »till sin kärna en statsform, dvs en form för statens organisation, en politisk metod».[129] Ordet demokrati, fortsatte han, betecknar ett tillvägagångssätt som tillämpas vid utövandet av den politiska makt som reglerar det mänskliga samlivet i staten. Från denna utgångspunkt gjorde Ross en avgränsning gentemot det materiella demokratibegreppet, som var snarlik Tingstens: Begreppet demokrati, förklarade han, säger inget **omedelbart** om innehållet i den politik som utövas enligt denna metod. »Demokratin anger ett på vad sätt, icke ett vad.»[130] Majoritetsprincipen var enligt Ross »den princip som är avgörande för i hur hög grad en statsform är demokratisk».[131]

126. Jfr avsnitt 3.2.2.2 in fine om Ely. Samtidigt bör dock påpekas att Tingsten inte minst i sin journalistiska gärning ibland kunde ligga närmare ett materiellt demokratibegrepp än vad som följer av hans skrifter om demokrati. Några exempel härpå ges av Alf W. Johansson i Herbert Tingsten och det kalla kriget, Stockholm 1995 s. 50 o. 55. Denna glidning i Tingstens hållning kan kanske ses mot bakgrund av Hermanssons beskrivning av hans demokratisyn (a.a.s. 254): «Tingstens tes var att demokratin handlade om formen, dvs om hur man fattade beslut, och inte om innehållet. Han hade däremot inget emot att man därvid anlade ett realistiskt perspektiv. Det var givetvis inte tillfyllest med ett demokratiskt regelverk om det inte efterlevdes.» Tingsten tillät sig större avvikelser från sin huvudtes ju mer polemiskt och mindre vetenskapligt han skrev.
127. A.a.s. 74.
128. Ibid.
129. Se Varför demokrati? s. 96.
130. Ibid. Jfr även s. 111.
131. A.a.s. 99. Det bör påpekas att denna identikation av graden av oinskränkt majoritetsstyre med graden av demokrati inte är någon nödvändig följd av ett formellt demokratibegrepp. Bobbio utgår t.ex. från ett formellt demokratibegrepp, enligt vilket de politiska rättigheterna är »the necessary precondition for the mainly procedural mechanisms, which characterize a democratic system» och därför måste åtnjuta skydd, samtidigt som de måste kunna begränsas. Graden av demokrati avgörs enligt Bobbio av vilka rättighetsbegränsningar som tillåts: »Where the limits are extended the democratic system undergoes modification, where the two freedoms are suppressed democracy ceases to exist altogether.» Vilket mått av begränsningar Bobbio själv förordar framgår inte, men hans definition är som synes långt mindre kategorisk än Ross'. Se The Future of Democracy s. 25 och 69 f.

Ross avvisade alltså helt det materiella demokratibegreppet. I en passus härom menade han att demokratin inte med nödvändighet är förbunden med större handlingsfrihet för individen än andra statsformer. Den ideologiska riktning som traditionellt värnat om individens frihet är som Ross påpekar liberalismen och demokratin har historiskt utvecklats jämsides med de liberala idéerna. Men, menar Ross, »denna historiska parallellism får icke fördölja den sanningen, att *demokrati och liberalism är skilda begrepp utan inbördes sammanhang*». Här görs som synes en direkt koppling mellan det materiella demokratibegreppet och liberalismen som politisk ideologi, vilken historiskt sett kan ha visst fog för sig. Liberalismen bör dock enligt min mening inte helt kategoriskt jämställas och identifieras med det materiella demokratibegreppet (eller tvärtom); därtill är begreppet liberalism för vidsträckt och svårpreciserat.[132] Tingsten var t.ex. under en lång period Sveriges ledande liberale debattör utan att för den skull överge sitt formella demokratibegrepp.

Också när det gällde de medborgerliga rättigheternas ställning låg Ross nära Tingsten (och Dahl), eftersom han menade att det fanns en rad fri- och rättigheter som var »oupplösligt» förbundna med demokratin, »därför att flertalsprincipen utan dem skulle förlora sin mening».[133] Detta gällde i första hand yttrande- och föreningsfriheten: »En röstning, som icke framgått ur en fri debatt utan där endast vissa grupper av folket har haft möjlighet att göra sina synpunkter gällande kan naturligtvis icke uppfattas som ett uttryck för folkets vilja.»[134]

I fråga om yttrandefriheten undvek dock Ross genom några principiellt viktiga reservationer den rena demokratiska funktionalismen. Delvis, menade han, är yttrandefriheten endast den nödvändiga förutsättningen för att majoritetsprincipen skall kunna förverkligas, men därutöver har yttrandefriheten sitt eget värde. Såvitt gällde den andliga friheten måste demokratin till sitt väsen med nödvändighet vara liberal (vilket alltså innebär att yttrandefriheten på detta område inte blott var betingad av eller instrumentell i förhållande till demokratin). Anledningen härtill var enligt Ross att även om yttrandefriheten i demokratin *i första hand* (min kursivering) är tänkt som politisk frihet, så medför »det nära sambandet mellan alla andliga livsyttringar och omöjligheten att dra fasta gränser mellan politiska idéer å ena sidan, konst, litteratur, religion, vetenskap och filosofi å

132. Det kan också hävdas att liberalismen och demokratin är beroende av varandra och betingar varandra, så att liberalismen tillhandahåller de rättigheter som är nödvändiga för demokratins utövning medan demokratin innebär något av en garanti för att rättigheterna verkligen kan utnyttjas; jfr Bobbio, Liberalism and Democracy s. 42 f samt The Future...s. 25 f. Se även Dunleavy/O'Leary, a.a.s. 5 samt allmänt Sartori, a.a.s. 379 ff.
133. A.a.s. 113.
134. Ibid. Här framstår återigen de rättigheter vars existens accepteras, liksom hos Dahl och Tingsten, som instrumentella, som en förutsättning för demokratins förmåga att fungera men samtidigt som betingade av det demokratiska systemet som sådant. Tanken att de skulle kunna existera utanför en demokrati och tillerkännas alla människor på jorden föll uppenbarligen aldrig demokraten Ross in. Vad som kom först, demokratin eller de politiska rättigheterna, tycks han aldrig ha tagit ställning till. En mer nyanserad syn på hur fri- och rättigheter betingar demokrati och tvärtom (»(L)iberal ideals and democratic procedures have gradually become interwoven») framförs av Bobbio i Liberalism and Democracy s. 39 (samt i The Future of Democracy s. 25 f). Se även Cappelletti, The Law-Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analysis, Monash University Law Review 1981 s. 58 samt Habermas, a.a.s. 124 o. 131 och Tuori, a.a.s. 37 ff. (Tuori anser sig ha funnit modellen till ett demokratiideal av detta slag i den franska rättighetsdeklarationen från 1789, som ger uttryck både för tron på folksuveräniteten och den enskildes oförytterliga rättigheter. Som berördes i avsnitt 2.2.3.1 kan dock denna deklaration lika väl sägas vara präglad av en olöst motsättning mellan folksuveränitet och medborgerliga rättigheter, vilken bidragit till att skapa åtskilliga oklarheter i fransk statsrätt.)

den andra, att samma frihet måste härska på alla områden.»[135] Det var enligt Ross omöjligt att peka ut något andligt område som betydelselöst för den politiska åsiktsbildningen, varför den andliga friheten med nödvändighet måste vara total och även omfatta sådana områden som till synes saknar samband med politiken. »Flertalsprincipen nödvändiggör politisk yttrandefrihet och den politiska yttrandefriheten kräver, om den icke indirekt skall beskäras, fullständig andlig frihet.»[136] Av samma skäl uttalade han sig för en vidsträckt föreningsfrihet, medan han gav den personliga friheten och de rättssäkerhetsgarantier som är förknippade härmed en helt instrumentell tolkning, innebärande att de är skyddsvärda endast därför att de är viktiga för demokratin.[137] Det kan dock konstateras att försvaret för den vidsträckta yttrande- respektive föreningsfriheten trots allt präglas av en form av demokratisk funktionalism; motiveringen för att utsträcka dessa rättigheter till andra sammanhang än de rent politiska är ju att det är omöjligt att peka ut något andligt område som betydelselöst **för den politiska åsiktsbildningen.**

Ross behandlade också lagprövningen. Hans synpunkter i denna fråga kan delvis ses som ett inlägg i en dansk konstitutionell debatt[138], men de har också ett generellt intresse. Ross godkände tanken på en normhierarki enligt vilken grundlagen hade högre giltighet än vanlig lag, men var ändå inte beredd att acceptera att det är domstolarna som skall avgöra om en lag är grundlagsstridig. Ross' alternativ till en lagprövningsrätt för domstolarna var inte någon form av preventiv normkontroll, utan att *lagstiftaren själv* skulle avgöra en lags grundlagsenlighet. I och med att lagen antagits var frågan om dess grundlagsenlighet definitivt avgjord![139] Ross medgav visserligen att det kan finnas skäl att ha större tilltro till domstolarnas objektivitet än lagstiftarens i detta sammanhang, men fann det inte mer orimligt att lagstiftaren skulle avgöra gränserna för sin egen kompetens än att den högsta domstolsinstansen skulle göra det.[140]

Ross gick här uppenbarligen ganska långt i sin skepsis mot lagprövning (och mot maktdelning överhuvudtaget). Denna inställning förklaras enklast med hans starka tro på majoritetsstyrets välsignelser och åtföljande misstro mot alla formella begränsningar av folksuveräniteten. Sålunda medgav han visserligen att det »i almindelighed og ganske vagt» stämde bäst överens med den allmänna uppfattningen om rättssäkerhetens krav att ge domstolarna kompetensen att avgöra frågan om en lags grundlagsenlighet, men menade samtidigt att denna lösning, »da det drejer sig om gyldigheden af selve det folkevalgte organs akter», stred mot tanken att det folkvalda lagstiftande organet inte bör vara underkastat kontroll från icke demokratiskt valda organ.[141] »Så snart man, formelt eller reelt, er inde på at lægge hindringer i vejen for det til enhver tid rådende flertal til

135. A.a.s. 123 f. I förbigående kan nämnas att samma synsätt som Ross här ger uttryck för kommit till uttryck i den svenska grundlagens precisering av för vilka ändamål yttrande- och informationsfriheten får begränsas. Se RF 2:13 st. 2: »Vid bedömandet av vilka begränsningar som får ske med stöd av första stycket skall särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.»
136. Se ibid s. 124 f.
137. Se Dansk statsforfatningsret, 3 uppl, Köpenhamn 1980 s. 140 f.
138. Se kap. 4.3.
139. Se Dansk statsforfatningsret s. 178.
140. Se även kap. 3.3.2.1 på s. 147 f. – Samma uppfattning hade f.ö. det svenska konstitutionsutskottet i ett motivuttalande inför grundlagsfästandet av lagprövningsrätten; se KU 1978/79:39 s. 13, anf nedan i 18.1.2.
141. Se närmare Dansk statsforfatningsret s. 183.

at gennemføre hvad det anser for ret og rigtigt, kommer man i strid med en bærende tanke i demokratiet, folkets selvbestemmelseret...»[142]

Varje konstitutionell begränsning av majoritetens handlingsfrihet inskränker alltså enligt Ross inte bara folksuveräniteten (vilket är ovedersägligt) utan i princip också demokratin. Denna starka tilltro till det obegränsade majoritetsstyret och motsvarande djupgående motvilja mot formella garantier för rättigheternas värnande kom i hög grad att influera Ross' inställning till konkreta konstitutionella spörsmål.[143] I likhet med Dahl och Tingsten hyste han också en förbluffande stark tilltro till den demokratiska processens förmåga att ställa allt till rätta och tycks ha menat att några allvarliga rättighetskränkningar aldrig kan inträffa i en demokrati. A propos det faktum att den danska grundlagen innehåller ett starkare skydd för den religiösa än den politiska föreningsfriheten, trots att den senare måste anses ha större praktisk betydelse, förklarade han sålunda att detta egentligen var betydelselöst, eftersom förbud mot politiska partier som sådana, eller mot enskilda partier på grund av deras åsikter, »ligger hinsides hvad der kan taenkes i en demokratisk stat bortset fra helt ekstraordinaere situationer».[144]

Ross gjorde trots allt vissa reservationer beträffande vad som kan beslutas i demokratisk ordning. Som han uttryckte det kan det även för den mest lojale demokrat komma en punkt »hvor man må melde pas». Demokratin var för honom inte det enda och absoluta värdet i tillvaron utan en metod, som om den kom i konflikt med andra fundamentala värden kanske måste offras. Om man i demokratiska former beslöt att t.ex. utrota judarna, undertrycka den vetenskapliga forskningen eller inrätta koncentrationsläger för politiska meningsmotståndare så skulle hans lojalitet mot demokratin upphöra.[145] Således var Ross medveten om den åtminstone teoretiska möjligheten för att långtgående rättighetskränkningar, liksom djupt oetiska beslut av andra slag, kan inträffa även i en demokrati. Men utöver dessa hypotetiska exempel var han inte beredd att säga något mer konkret om var gränserna för majoritetsstyret bör gå. Den hänsyn till minoriteternas intressen som framskymtar här gjordes, som Lars Adam Rehof uttryckt saken, aldrig till någon del av hans demokratidefinition eller till en rättsligt skyddad garanti för minoriteternas rättigheter, som kunde begränsa lagstiftarens handlingsfrihet.[146]

Fullblodsdemokraterna Ross och Tingsten, vilka tog strid för demokratin under andra världskriget och det kalla kriget, då den ingalunda åtnjöt samma hegemoni som i dag, förfäktade alltså båda en mycket formell demokratidefinition, som i dag förefaller märkligt inskränkt. Rehof ställer den intressanta frågan *varför* Ross, som upplevt konsekvenserna av det andra världskriget, utvecklade en så snäv demokratidefinition. Rehof söker orsakerna härtill i en blandning av historiska erfarenheter och en bestämd (logisk-positivistisk) vetenskapssyn. Den senare förklaringen är naturlig; Ross hade varit elev till Kelsen i Wien och Hägerström i Uppsala och tillägnat sig deras positivistiska respektive värdenihilistiska grundsyn, varvid det formella demokratibegreppet låg närmast till hands.[147] (Även Tingsten var f.ö. under hela sin karriär influerad av Hägerströms begreppsbildning, även om han så småningom skulle komma att framföra viss kritik mot denna.[148]) Vad så gäller Ross' historiska erfarenheter pekar Rehof på att de totalitära regimer som framträdde under mellankrigstiden och snart framstod som hot mot demokratin definierade sig själva innehållsmässigt. De ansåg sig, som Rehof uttrycker det, ha patent på sanningen och den rätta organisationen av staten. Effekterna härav ledde till en viss defaitism avseende möjligheterna att uppställa innehålls-

142. A.a.s. 169.
143. Se härom närmare avsnitt 4.3.5.
144. Dansk statsforfatningsret s. 750.
145. A.a.s. 139.
146. Se På sporet af pragmatismen i dansk retspleje, i Suum Cuique, Retsvidenskabelige afhandlinger Københavns Universitet 1991 s. 41.
147. Om denna rimliga (del)förklaring godtas, bör dock noteras att Ross uppenbarligen inte tillägnade sig Kelsens intresse för och positiva inställning till lagprövning, vilken egentligen var en logisk följd av dennes normhierarkiska avsatslära; se närmare nedan avsnitt 3.3.1.1.
148. Se närmare härom Nordin, a.a. s. 188 och Bernt Skovdahl, Tingsten, totalitarismen och ideologierna, Stockholm/Stehag 1992.

mässiga krav på demokratin, som kan ha påverkat Ross.[149] Även om den invändningen i så fall kan göras, att Ross därvidlag tycks ha förväxlat orsak och verkan (flera av diktaturregimerna, t.ex. nazismen, hade kommit till makten i demokratisk ordning), så framstår förklaringen inte som orimlig. Rehof pekar också på det faktum att mänskliga och medborgerliga rättigheter helt allmänt råkat i vanrykte under mellankrigstiden, eftersom många diktaturstater hade frikostigt utsmyckade grundlagar, där allehanda medborgerliga rättigheter garanterades, samtidigt som dessa rättigheter systematiskt kränktes. Enligt Rehof kan denna empiriskt korrekta utgångspunkt ha lett till en »kortslutning» hos Ross, som innebar att han förlorade tilltron till skrivna och materiella grundlagsgarantier för rättigheter. I stället blev hans engagemang för att den demokratiska processen skulle fungera friktionsfritt desto starkare.

3.2.4.2 MATERIELLA DEMOKRATIBEGREPP I NY NORDISK DOKTRIN

Ross' och Tingstens formella demokratibegrepp har länge i stort sett åtnjutit hegemoni i den nordiska debatten. Det formella demokratibegreppet har sannolikt dominerat debatten ännu starkare i Norden än i USA. Även i Norden har dock inte minst under senare år några försök gjorts att lansera materiella demokratibegrepp och därmed bryta det formella begreppets dominans. Ovan redogjordes för Rehofs kritiska granskning av Ross' formella demokratisyn. Två av de viktigaste materiella demokratiteorierna har lagts fram av Lars Erik Taxell och Aleksander Peczenik.

Taxell utgår explicit från distinktionen mellan formell och materiell demokratisyn, så som denna definierats ovan i avsnitt 3.1.[150] I stället för att fastna för det ena eller andra av alternativen, menar han att demokratin måste bedömas med avseende på *både* form och innehåll. Det materiella begreppet inkluderar alltså det formella och innebär en utvidgning av detta. Demokratin har som Taxell uttrycker det två dimensioner; »dels en styrelseform för en stat – den *formella* dimensionen – dels demokratins värden – den *materiella* dimensionen».[151] Majoritetsprincipen är en given grundregel för den politiska beslutsprocessen och därmed ett nödvändigt element i det demokratiska systemet, men detta är enligt Taxells demokratidefinition inte tillräckligt. Vid sidan härav måste man nämligen överväga hur man, »utgående från folkmajoritetens rätt att bestämma samhällsverksamhetens inriktning», skall tillgodose olika gruppers behov och intressen. Minoritetsskyddet och demokratins övriga värden blir då en viktig faktor i det demokratiska systemet.[152]

Taxell anför tre konkreta skäl till varför demokrati innebär att hänsyn måste tas till minoriteter och enskilda individer. Dessa är: *a.* Att demokrati betyder folkstyre, varför samhället måste styras i enlighet med **hela** folkets intresse. Både minoritetsgrupper och enskilda hör till folket, varför de inte får förbises med förevändningen att majoritetens vilja alltid skall gälla. »Man måste akta sig för att sätta likhetstecken mellan folket och en majoritet inom folket.»[153] *b.* Att de medborgerliga rättigheterna och demokratins övriga värden inte utan »särskilt tungt vägande skäl» får inskränkas för en minoritets del,

149. A.a.s. 41 f. Liknande synpunkter framförs av Agustin Squella, The Legal Positivism and Democracy in the 20th Century, ARSP nr. 40, Stuttgart 1991 s. 141-149.
150. Se Demokrati s. 9 ff, anmärkt ovan på s. 112 vid n. 7.
151. A.a.s. 20.
152. Se a.a.s. 17 f.
153. Se även Sartori, a.a.s. 32 f, som starkt betonar denna aspekt.

eftersom detta skulle strida mot kravet på jämlikhet och likabehandling. *c.* Att den enskilde individen inte bara är ett instrument för samhällssystemet utan har ett egenvärde.[154]

Enligt Taxell är det visserligen möjligt att konstruera en teoretisk demokratimodell utan dessa värden, men de behövs enligt honom för att förverkliga och **skydda** demokratin i ett samhälle. Om demokrati **enbart** identifieras med en viss beslutsprocess, och inte alls med »vissa grundlinjer för beslutens innehåll», finns det en risk att demokratin framstår som ett »tomt» samhällssystem, som kan missbrukas för totalitära strävanden.[155]

Den mest slående skillnaden jämfört med Ross och Tingsten är misstron mot den demokratiska processens ofelbarhet. Taxell menar att demokratin måste skyddas, även sedan den framgångsrikt etablerats. Han är övertygad om att de materiella elementen i demokratin, eller demokratins värden som han kallar dem, bidrar till att stärka och skydda demokratin. Att värna dem är därför att värna om själva den demokratiska processen, även, som jag tolkar honom, om detta innebär en begränsning av majoritetsstyret. (Taxell utvecklar inte närmare sin teori beträffande vilka rättigheter som bör skyddas, huruvida lagprövning bör förekomma eller var gränsen för majoritetsstyret bör gå.) Vidare betonar Taxell rättigheternas och individernas egenvärde klarare än Ross och Tingsten, vilka ser rättigheterna som något av ett bihang till eller något som bara, automatiskt, »följer med» demokratin.

Även Peczenik utgår i sin något mer specificerade demokratidefinition från olika värden, vilka i en demokrati kan förverkligas i högre eller lägre grad. Peczenik betecknar folkstyret som demokratins **övergripande idé**, varjämte vissa kännetecken på ett demokratiskt statsskick kompletterar den övergripande idén. Dessa tio kännetecken är: Majoritetsprincipen, politisk intresserepresentation[156], medborgardeltagande i politiken och rättskipningen, fri åsiktsbildning, informationsfrihet och öppenhet, vissa ytterligare frioch rättigheter, rättssäkerhet, maktdelning, kontroll över politiska beslut samt de politiska befattningshavarnas ansvar.[157] Inget av dessa kännetecken är enligt Peczenik **tillräckligt** för demokrati, men å andra sidan krävs det inte att samtliga förverkligats fullt ut för att en stat skall vara demokratisk.[158] Som Peczenik konstaterar finns det *grader av demokrati*.[159] Det uttalat materiella i hans demokratisyn består i uppfattningen att ett land är mer demokratiskt ju fler av dessa värden som förverkligats.[160] Dessutom framhäver Peczenik rättighetsskyddets betydelse; ett samhälle är enligt honom mer de-

154. Taxell s. 31 f.
155. A.a.s. 10.
156. Detta är det kanske vagaste av Peczeniks demokratikriterier. Se Vad är Rätt? avsn. 1.5.3 under B1 för närmare analys av begreppet.
157. De konkreta bestämmelser i RF som enligt Peczenik ger uttryck för detta sistnämnda ideal är 1:6 och 12:1-5, där regeringens ansvar inför riksdagen, riksdagens kontrollmakt samt former för straffrättsligt ansvarsutkrävande av statsråd och riksdagsledamöter nämns. Även väljarnas rätt att vägra välja om en riksdagsledamot är enligt Peczenik en informell men viktig ansvarsform (varjämte rättsstaten kännetecknas av att makten utövas under disciplinärt och straffrättsligt ansvar). Se Vad är rätt? avsn. 1.5.3 under J.
158. Peczeniks demokratimodell kan med hans egna ord beskrivas som en mindre anspråksfull teori, vilken avstår från att söka formulera demokratins väsen och nöjer sig med att formulera dess nödvändiga villkor. Se ibid avsn. 1.5.1 under C4.
159. Se till det sagda Juridisk argumentation, Stockholm 1990 s. 49 ff och Vad är rätt? avsn. 1.5.2-3.
160. Se Vad är rätt? avsn. 1.5.2.

mokratiskt ju bättre institutionella garantier det innehåller för grundläggande fri- och rättigheter.[161] »Individernas rättigheter får inte offras på samhällsnyttans altare.»

Peczenik tar vid flera tillfällen avstånd från tanken på obegränsat majoritetsstyre.[162] »Demokrati är inte någon majoritetsdiktatur.» Ett statsskick i vilket medborgarna saknar alla vedertagna rättigheter kan enligt honom inte betecknas som demokratiskt. Hänsynen till olika fri- och rättigheter beskrivs som den viktigaste begränsningen av majoritetsstyret. I samma anda betonas vikten av maktdelning; inget organ, ej heller det folkvalda parlamentet, bör ha hela den offentliga makten.[163] Betydelsen av de inslag av maktdelning som finns i den svenska konstitutionen understryks, trots att denna uttryckligen anger att det svenska statsskicket bygger på folksuveränitetsläran.[164] Dessa markeringar ligger i linje med ett liberalt, materiellt demokratibegrepp, men samtidigt anges genom andra kriterier som majoritetsprincipen, politisk intresserepresentation och medborgardeltagande i politiken att ett aldrig så starkt värn av medborgarnas rättigheter inte räcker för att göra ett samhälle demokratiskt. Härför krävs mer, nämligen en fungerande demokratisk process och ett demokratiskt engagemang hos stora delar av befolkningen. Det betonas också att majoritetsprincipen är det enda demokratikriterium som nästan helt förverkligats av alla västerländska stater och såtillvida kan anses vara ett nödvändigt villkor för *modern* demokrati. Vid i övrigt oförändrade förhållanden är därför enligt Peczenik ett statsskick mer demokratiskt ju fler politiska befattningshavare som tillsätts efter val, ju friare valen är, ju större del av folket som har rösträtt, ju mindre skillnader det föreligger mellan olika rösters styrka och, vilket bör observeras, ju fler politiska beslut som följer medborgarmajoritetens vilja[165] Precis som hos Taxell kompletterar således de formella och materiella begreppen varandra. Bägge måste föreligga för att demokrati skall råda.

Det har ett visst intresse att jämföra Peczeniks lista på demokratikriterier med en liknande lista som Dahl utarbetat. Dahl nöjer sig med fyra nödvändiga kriterier, nämligen medborgardeltagande i politiken, allmän och lika rösträtt, hög utbildningsnivå, som möjliggör att alla medborgare får en tydligare förståelse (»enlightened understanding») för samhällsproblemen samt folklig kontroll av den politiska agendan, innebärande att i princip alla samhällsfrågor kan avgöras genom demokratiska beslut.[166] Här saknas således alla krav på skydd för medborgarnas rättigheter; även en stat där medborgarna inte åtnjuter några som helst rättigheter skulle därmed enligt Dahl *kunna vara* demokratisk.

Taxells och Peczeniks demokratibegrepp ligger nära varandra. Båda understryker behovet av att värna de medborgerliga rättigheterna mot staten **även i en demokrati**; Peczenik har rentav uppställt ett starkt rättighetsskydd som ett demokratikriterium. De har dock inte som Ross kopplat den principiella utgångspunkten för demokratisynen till konkreta konstitutionella frågor som grundlagsskydd för rättigheterna och lagprövning. Däremot ger Eivind Smith i sin stora studie om lagprövningen i Norge, utan direkt avsikt att lansera något nytt demokratibegrepp, utifrån ett renodlat konstitutionellt resonemang tydligt uttryck för en materiell demokratisyn. Han menar här att det viktigaste bålverket mot odemokratiska aktioner förvisso finns i samhällets politiska kultur som sådan, men att lagprövning kan underlätta kampen mot de frestelser som majoriteten eventuellt någon gång kan känna »til å sikre seg grunnlovsstridige forsprang i den demokratiske prosess eller til å tvinge sitt livssyn på andre».[167] Även om lagprövningen därför innebär en begränsning

161. Ibid avsnitt 1.5.3 under F.
162. Juridisk argumentation s. 50-51, Vad är rätt? avsn. 1.5.1 under C3 in fine, 1.5.3 under A4.
163. Juridisk argumentation s. 50 o. 52.
164. Ibid s. 52, jfr RF 1:1 st. 1 samt 1:4 st. 1.
165. Se Vad är rätt? avsn. 1.5.3 under A3.
166. Se Democracy and its critics s. 108 ff.
167. Se Høyesterett og folkestyret s. 327.

av majoritetsstyret är den enligt Smith inte odemokratisk, eftersom majoritetsstyret »ikke er den eneste verdi å ta vare på».[168] Därför är det enligt Smith viktigt att upprätthålla lagprövningsrätten som en levande del av det konstitutionella systemet.[169]

Sammanfattningsvis tycks det formella demokratibegreppets dominans i nordisk demokratidebatt vara på väg att brytas, vilket även makturedningens i 3.1 behandlade slutrapport kan ses som ett exempel på (även om denna saknade omedelbar relevans från konstitutionell synpunkt).

3.3 Judicial activism eller self-restraint? Närmare om bakgrunden till debatten

3.3.1 Lagprövningsrättens utveckling

Som nämndes ovan i kap 2.2.2 medförde den amerikanska revolutionen flera konstitutionella innovationer, varav tanken på grundlagen som *higher law* i förhållande till vanliga lagar var den kanske viktigaste. Lagprövningsrätten har däremot inte sitt ursprung i den amerikanska konstitutionstexten, utan i det berömda rättsfallet Marbury v. Madison från 1803.[170] Detta rättsfall etablerade judicial review som ett konstitutionellt faktum i USA, ett faktum som sedan dess nästan aldrig ifrågasatts. Vad som diskuterats desto livligare är **vilket omfång** lagprövningsrätten bör ha; detta har varit ett dominerande tema i amerikansk konstitutionell debatt ända sedan 1803.

I Europa etablerades lagprövningsrätten i två steg. Det första steget togs i Österrike med den nya grundlag som bar Hans Kelsens signum och antogs 1920. Genom denna inrättades en särskild författningsdomstol med behörighet att åsidosätta grundlagsstridiga lagar.[171] Denna ordning avskaffades genom en grundlagsändring 1929, men kom ändå att bli stilbildande för vad som kan kallas *den europeiska modellen för lagprövningsrätt*.

De fascistiska maktövertagandena i Österrike och andra europeiska länder under mellankrigstiden ledde emellertid till att intresset för lagprövning i Europa minskade; diktatorerna betraktade denna nya form av maktdelning med förklarlig skepsis. Det var först efter andra världskriget som lagprövningsrätten skulle få fäste i ett stort antal länder, intressant nog i allmänhet i gamla dikaturstater. Både Tyskland, Italien och Österrike (åter)införde lagprövningsrätt i de konstitutioner som antogs efter andra världskriget. Detsamma gjorde Grekland, Portugal och Spanien efter demokratiseringen under 1970-talet. Samma tendens har varit tydlig i Östeuropa efter kommunismens fall 1989. Detta starka intresse för lagprövningsrätt just i länder som genomlevt olika former av diktatur kan förklaras med insikten, vunnen genom erfarenhet, om betydelsen av rättsliga

168. Ibid s. 325 o. 333.
169. Ibid s. 348.
170. 5 U.S. 137 (1803). Fallets bakgrund, dess förhållande till konstitutionstexten och därmed dess laglighet och legitimitet samt dess betydelse genomgås närmare i kap. 10.4.2.
171. Se närmare om hur det österrikiska systemet fungerade i detalj Kelsen, Judicial Review of Legislation, The Journal of Politics 1942 s. 194 ff.

skyddsmekanismer för de rättigheter som formellt existerat även under diktaturen, men som då inte togs på allvar.[172]

Samtliga de nämnda länderna har infört vad som brukar kallas den europeiska modellen för lagprövning, som skiljer sig från den amerikanska. Den amerikanska modellen beskrivs ofta som en *decentraliserad* modell för lagprövning, genom att den i princip ger alla domstolar i landet lagprövningsrätt (även om den högsta instansens avgöranden givetvis har högst prejudikatvärde). Den europeiska modellen är däremot centraliserad därigenom att normkontrollen anförtrotts ett enda, särskilt för detta ändamål tillsatt organ, som vanligtvis är en författningsdomstol.[173] De väsentliga skillnaderna mellan systemen har emellertid att göra med hur talan väcks respektive de rättsverkningar konstaterandet av grundlagsstridighet har.[174] I USA och de övriga länder där den amerikanska modellen härskar – bl.a. Australien, Kanada, Norge, Danmark och för den delen även Sverige – kan frågan om en lags grundlagsenlighet aldrig prövas separat, utan bara i samband med en pågående rättegång **som i grunden gäller något annat.** En part i en rättegång kan alltid göra gällande att en i målet tillämplig lag är grundlagsstridig. Domstolen är då skyldig att pröva denna invändning. Om domstolen skulle finna att invändningen är befogad och att den tillämpliga lagen verkligen är grundlagsstridig, skall lagen inte tillämpas i det föreliggande fallet. Detta kan få stor betydelse för utgången av det aktuella målet, men någon rättsverkan därutöver har domstolens konstaterande inte; det har bara verkan mellan parterna i det föreliggande fallet (*inter partes*).[175] Domstolen kan således inte ogiltigförklara en lag.

I den europeiska, koncentrerade modellen för lagprövning kan rätten att väcka frågan om lagens grundlagsenlighet tillkomma antingen vissa politiska organ, eller enskilda individer som anser sig ha fått sina rättigheter kränkta eller också vanliga domstolar, som finner att en lags grundlagsenlighet är tveksam och då väljer att hänskjuta frågan härom till författningsdomstolen. Här är variationen stor, varför denna modell inte går att identifiera med någon viss form för talans väckande; i Tyskland förekommer t.ex. alla tre

172. Se Cappelletti, Repudiating Montesquieu, Cath.Univ.L.Rev. 1985 s. 6 f samt Brewer-Carias, a.a.s. 114 f och Friedrich, Constitutional Government and Democracy s. 265. – En annan förklaring till lagprövningens utbredning i västvärlden under de senaste decennierna är en allmänt sett ökad misstro mot lagstiftarens allvishet; organ som prövade att verkställande myndigheter och andra administrativa organ följde lag och grundlag har nämligen sedan länge funnits i flera olika länder, men de nämnda länderna och flera andra fann detta otillräckligt och ville även införa spärrar mot lagstiftaren. Se Cappelletti, a.a.s. 16 f o. Brewer-Carias, a.a. Här kan i sin tur finnas en förklaring till den ökande tendensen till »judikalisering» av politiken i stora delar av världen; se härom bl.a. Torbjörn Vallinder i IPSR 1994 s. 91–99..
173. Dessa författningsdomstolar har dock ofta även andra funktioner än att pröva lagars grundlagsenlighet, såsom att reglera kompetensfördelningen mellan olika statsorgan eller, i federala stater, att avgöra vilka frågor som bör beslutas på federal respektive lokal nivå.
174. Även andra väsentliga skillnader mellan systemen är betingade av de institutionella olikheterna. I den europeiska modellen är t.ex. det normala att ledamöterna i författningsdomstolen utses i särskild ordning (t.ex. av parlamentet) och hämtas från en bredare krets än bara bland yrkesdomare, medan lagprövningsrätten i den amerikanska modellen tillkommer de vanliga domarna, som utsetts på sedvanlig väg. En reservation måste dock göras för hur ledamöter av S.Ct. utses i USA; se närmare kap. 10.3.1.3.
175. Se närmare beträffande situationen i USA kap. 10.3.1.4 under e. samt Cappelletti/Cohen, a.a.s. 96 f.

alternativen.[176] Gemensamt för dessa är dock att författningsdomstolen har att bedöma frågan om lagens grundlagsenlighet fristående från och oberoende av omständigheterna i det konkreta fallet. Dessutom råder enhetlighet såvitt gäller rättsverkningarna av konstaterad grundlagsstridighet; överallt där denna modell förekommer innebär detta att lagen är ogiltig och helt enkelt annulleras (s.k. *erga omnes*-effekt).[177]

De olika systemen har givetvis sina för- och nackdelar. Föga förvånande argumenterade Kelsen med kraft för att »hans» europeiska modell var den bästa. Framförallt menade han att anförtroendet av lagprövningsrätten åt ett enda organ ökade rättssäkerheten, eftersom olika domstolar kan ha olika uppfattningar om en lags grundlagsenlighet. I ett decentraliserat system kunde en viss domstol åsidosätta en lag som en annan domstol upprätthöll.[178] Dessutom vände han sig mot att en lags grundlagsenlighet i den decentraliserade modellen bara kunde prövas i anslutning till en konkret tvist, när parternas intressen berodde härav. Frågan om lagens grundlagsenlighet var enligt Kelsen ett allmänintresse, varför den måste kunna väckas, genom en särskild procedur, när intresse från någon taleberättigad part fanns.[179] Även Cappelletti har understrukit att den amerikanska modellen kan ha vissa nackdelar genom att den bygger på att den enskilde, som anser sig ha fått sin rättighet kränkt, är beredd att väcka talan och föra sin sak genom domstolsväsendets olika instanser, vilket kan bli kostsamt.[180] Å andra sidan pekar han på risken för att en författningsdomstol gör en allt för abstrakt prövning av grundlagsenligheten, och i betänkligt hög grad kan tvingas bortse från omständigheterna i det konkreta fallet.[181]

Risken för rättsosäkerhet i den decentraliserade, amerikanska modellen är i praktiken inte så stor, eftersom bara den högsta instansens avgöranden tillmäts verklig vikt.[182] Däremot är det väl i princip riktigt, som Kelsen hävdade, att frågan om en lags grundlagsenlighet har ett allmänintresse och att en centraliserad, europeisk modell leder till att sannolikheten för att denna fråga prövas ökar.

176. Se närmare kap. 7.3 om Tyskland. (Jfr även kap. 8.5.2 om situationen i Frankrike, där endast vissa politiska organ och grupper av politiker har rätt att kräva att C.C. skall granska ett lagförslag.)
177. Samtliga dessa nu nämnda huvuddrag i den europeiska modellen fanns redan i den österrikiska konstitutionen från 1920. Se Kelsen, Judicial Review of Legislation s. 186 ff o. 194 ff.
178. Se La garantie juridictionnelle...s. 84 samt Judicial Review of Legislation s. 185.
179. Se Judicial Review of Legislation s. 193. Se även Favoreu i RIDC 1994 s. 561, som i stort sett ansluter sig till Kelsens synpunkter.
180. Se Cappelletti/John Clarke Adams, Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations, Harv.L.Rev. 1966 s. 1221.
181. Se Cappelleti/Cohen s. 93.
182. Om man tänker sig att en lägre instans skulle åsidosätta en grundlagsstridig lag, varefter avgörandet ej överklagades till högsta instans – vilket givetvis är fullt tänkbart om än ej särskilt sannolikt – så skulle dock den situation som Kelsen varnade för inträffa. I Sverige fann hovrätten grundlagsstridighet föreligga i NJA 1990 s. 636 resp. 1992 s. 337, men i bägge fallen överklagades avgörandena till HD.

Kelsens intresse för normprövning var naturligt mot bakgrund av hans syn på rättsordningen som ordnad i en serie avsatser, likt en pyramid, med grundlagen överst.[183] Själv menade han att detta synsätt var nödvändigt för att lagprövning skulle kunna vara en teoretiskt håll- och försvarbar företeelse.[184] Som exemplet USA visar har dock lagprövning kunnat utvecklas även utan att hämta teoretisk legitimitet i den Kelsenska rättsteorin. Men Kelsen hade givetvis rätt i att lagprövning, för att vara teoretiskt hållbar, kräver att konstitutionen betraktas som *higher law* i förhållande till vanliga lagar.

En annan fråga, som kan diskuteras i detta sammanhang, är vad begrepp som åsidosättande eller ogiltigförklarande av en lag egentligen innebär. Det senare begreppet är kanske inte så märkligt; om en författningsdomstol som har denna befogenhet väljer att ogiltigförklara en lag så är ju denna i princip upphävd. I det decentraliserade systemet innebär däremot ett åsidosättande, som nämnts, blott att lagen inte tillämpas i det konkreta fallet. I bägge systemen kan det emellertid tänkas att domstolen väljer en mindre drastisk utväg, nämligen att i stället för att ogiltigförklara eller åsidosätta lagen tolka denna på ett sätt som främjar en lösning av målet och samtidigt innebär att lagen inte anses strida mot grundlagen. Härigenom undviks den rena konflikten mellan lag och grundlag. Åtminstone i den decentraliserade lagprövningsmodellen kan gränsen mellan åsidosättande av en lag och en grundlagsvänlig lagtolkning vara tunn[185], men de två formerna för avgörande av frågan om en lags grundlagsenlighet är dock olika och bör principiellt hållas i sär. Schematiskt går det att göra en indelning mellan mål där lagen upprätthålls för att den inte befinns vara grundlagsstridig, mål där lagen tolkas (normalt på ett för en enskild part gynnsamt sätt) så att den kanske ges en ny innebörd men inte kommer i konflikt med grundlagens regler[186] och mål där lagen åsidosätts eller ogiltigförklaras för att den är klart grundlagsstridig. Endast den senare formen av avgöranden bör strängt taget kunna ge upphov till farhågor om att lagprövning under vissa förutsättningar kan vara odemokratiskt, vilket kan vara en orsak till att mången domstol ibland väljer den mindre utmanande tolkningslösningen. Om en lag till synes, vid en normal juridisk tolkning, är oförenlig med grundlagen står dock detta måhända behagligare alternativ inte till buds.

183. Se för en instruktiv och lättillgänglig översikt över Kelsens rättsteori Lars Lindahl, Hans Kelsen och den rena rättsläran (stencil), Lund 1986. Jfr även om sambandet mellan Kelsens rättsteori och hans syn på lagprövning Brewer-Carias, a.a. s. 190 ff.
184. Se La garantie juridictionelle de la Constitution s. 63: »La question de la garantie et du mode de garantie de la Constitution, c'est-à-dire de la régularité des degrés de l'ordre juridique qui lui sont immédiatement subordonnés présuppose, pour être résolue, une notion claire de la Constitution. Seule la théorie ici développée de la structure hiérarchique (Stufenbau) de l'ordre juridique est en mesure de la fournir.»
185. Jfr Smith, Høyesterett...s. 85 o. 101.
186. Se allmänt om grundlagstolkning i svensk rätt nedan i 18.2.4. Jfr även i 18.3.2, samt allmänt om frågan i kap. 13. Grundlagskonform lagtolkning kan givetvis även förekomma vid preventiv normkontroll; jfr nedan i 8.5.4 på s. 284 ff om hur C.C. tillämpat denna tolkningsmetod.

3.3.2 Är lagprövning odemokratiskt?

3.3.2.1 ALLMÄNT

I redogörelsen ovan framgår att den formella synen på demokrati ofta förenas med en negativ eller skeptisk inställning till lagprövningsrätt. Skälet till denna negativa syn på lagprövningsrätt är ibland uppfattningen att oinskränkt majoritetsstyre är demokratins enda legitima grund, men kan naturligtvis också vara en principiell misstro mot att jurister skall kunna utöva politisk makt (antingen för att de inte är demokratiskt valda eller också för att de helt enkelt inte är lämpade härför). Kritiken mot lagprövningsrätt kan också bygga på den principiella uppfattningen att demokrati innebär att alla medborgare genom sin rösträtt har lika stor del i det politiska beslutsfattandet, och att judicial review kränker denna grundläggande jämlikhet i det politiska beslutsfattandet.[187] Detta är en form av rättviseargument. Andra grunder för kritik kan vara att demokratiskt valda lagstiftare är bättre skickade än domare att avgöra var gränsen för majoritetens handlingsfrihet bör gå och följaktligen mer ägnade att fatta kloka beslut om begränsning av individens rättigheter, eller rentav uppfattningen att individer egentligen inte besitter några rättigheter gentemot lagstiftaren som är värda att tas på allvar; Bentham, utilitarismens fader, menade t.ex. att tanken på medfödda individuella rättigheter var »nonsense on stilts».[188] Det förra är ett förnufts- eller kompetensargument och det senare snarast ett filosofiskt argument.

Dessa argument mot lagprövningsrätt kan i sin tur bemötas på olika sätt. En distinktion kan här göras mellan juridiska och politiska argument till stöd för lagprövningsrätt.[189]

Det juridiska argumentet är ett försök att avdramatisera lagprövningsrätten genom att beskriva den som en nödvändig följd av den normhierarki som finns i praktiskt taget alla länder, med grundlagen som den högsta normen, överordnad vanliga lagar. Sålunda menade t.ex. Kelsen att lagprövning var en i grunden helt juridisk fråga om grundlagstolkning.[190] Att tolka och tillämpa grundlagen är inte väsensskilt från att tillämpa andra lagar, men den grundläggande principen *lex superior derogat legi inferiori* innebär att grundlagen i händelse av motsättning måste ges företräde framför vanlig lag, precis som en vanlig lag har företräde framför en förordning.[191] Ett åsidosättande eller ogiltigförklarande av en lag beror inte på att domaren låtit sina egna värderingar styra utan på att grundlagen, den överordnade normen, tillämpats. Att domstolar därmed ibland avgör

187. Denna sistnämnda aspekt anses t.ex. av Dworkin och Samuel Freeman vara den enda verkligt allvarliga invändningen mot judicial review; se A Matter of Principle s. 26 f och Freeman, a.a.s. 333 f.
188. Se till det sagda Dworkin, Taking Rights Seriously s. 141, A Matter of Principle s. 23 ff samt Law's Empire, London 1986 s. 375. Jfr om Bentham kap. 9.3.3.1.
189. Försök att påvisa lagprövningens demokratiska legitimitet är i själva verket oerhört vanliga i den internationella konstitutionella doktrinen. Kanske kan den ymniga förekomsten av resonemang av detta slag förklaras med att majoritetsstyret i den västerländska politiska kulturen betraktas som axiomatiskt, medan lagprövning på något sätt måste rättfärdigas. Jfr Perry, a.a.s. 9. Se även om Chemerinsky ovan i 3.2.3.
190. Se La garantie juridictionnelle...s. 97 (»...elle doit remplir une mission purement juridique d'interpretation de la Constitution.») samt Reine Rechtslehre s. 275 f.
191. Jfr Brewer-Carias, a.a.s. 104 o. 110 samt Cappelletti/Adams s. 1214.

politiskt betydelsefulla frågor ändrar inte på detta grundläggande faktum.[192] Själve Justice Frankfurter, den ledamot av S.Ct. som under lång tid framstod som den främste förespråkaren för restraint, beskrev i ett avgörande 1957 lagprövning som »the inescapable judicial task in giving substantive content, legally enforced, to the Due Process Clause»; en uppgift, fortsatte han, som var »ultimately committed to this Court».[193]

Lagprövningen är enligt detta synsätt en logisk, oundviklig följd av att grundlagen är överordnad vanliga lagar och dessutom bindande och tillämplig rätt.[194] I länder där grundlagen inte innehåller bindande rättsregler utan blott är en politisk proklamation, eller där de konstitutionella reglerna har samma status som vanliga lagar (t.ex. Storbritannien) saknas följaktligen förutsättningar för lagprövningsrätt.[195] I det förra fallet saknar grundlagen praktisk betydelse, varför lagstiftaren inte behöver ta hänsyn till den.[196] I det senare fallet kan lagstiftaren ändra eller sätta sig över innehållet i grundlagen, eftersom denna tillkommer på samma sätt som vanliga lagar. Som Cappelletti konstaterat finns det bara två juridiska alternativ; grundlagen är antingen *lex superior*, bindande för lagstiftare och andra myndigheter och omöjlig att ändra på samma sätt som vanliga lagar, eller också jämställd med vanliga lagar och därför möjlig att ändra eller inskränka genom sådana.[197] S.Ct. bestämde sig 1803 för det förra alternativet, vilket innebär att en lag som strider mot grundlagen inte kan tillämpas. Detta har ända sedan dess varit utgångspunkten och förutsättningen för all lagprövningsrätt[198], vilket dock inte hindrar att det kan ifrågasättas om just domstolarna skall avgöra huruvida en lag strider mot den överordnade grundlagen. Som vi såg i avsnitt 3.2.4.1 delade Ross uppfattningen om grundlagen som överordnad vanliga lagar, utan att för den skull finna det logiskt nödvändigt att tillerkänna just domstolarna rätten att pröva om en lag stred mot grundlagen; i stället menade han att lagstiftaren själv lika gärna kan avgöra detta. Eivind Smith delar uppfattningen att detta alternativ i och för sig inte är **logiskt** orimligt, men fastslår att det innebär att grundlagen inte överordnas den vanliga lagen. Lagstiftaren blir då inte skyldig att följa grundlagen, på det sätt som medborgarna är skyldiga att följa den vanliga lagen. Smith påpekar att detta är särskilt allvarligt när den förmenta grundlagsstridigheten gäller medborgerliga rättigheter: »Den som i en slik situasjon er henvist til å

192. Jfr Brewer-Carias, a.a.s. 121. Se även Freeman, a.a.s. 357, som gör en distinktion mellan behörigheten att tolka grundlagen, som tillkommer domstolarna och i sista hand den högsta instansen, respektive »the ordinary powers of government or ultimate constitutional authority, which always resides in the sovereign body politic». Jfr också ovan i 1.4.1 om statsrättens oundvikliga politiska implikationer.
193. Se Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234, 255 f, 266 f.
194. Jfr Hamilton i Federalist s. 78 s. 492: »...where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.»
195. Jfr Brewer-Carias s. 82 f, 95 ff o. 103 f. Se om Storbritannien nedan kap. 9.2.
196. Se Kelsen, La garantie...s. 133 f. – En reflexion i sammanhanget är att lagprövningens utomordentligt ringa betydelse i Sverige möjligen sammanhänger med att grundlagen (GRF och RF) haft så liten praktisk rättslig betydelse; jfr kap. 14, 16 o. 18.
197. Se Cappelletti/Cohen s. 3 f.
198. Möjligen kan för ordningens skull det tillägget göras att detta förutsätter att grundlagen i fråga har en viss precisionsnivå och verkligen återger de reella förhållandena i samhället. En bestämmelse som t.ex. GRF 4 §, enligt vilken konungen ägde att allena styra riket, kan näppeligen tas till intäkt för existensen av någon lagprövningsrätt, eftersom domstolarna inte respekterar eller upprätthåller den.

stole på den instans som selv – gjennom omstridte lovbestemmelser – påstås å ha greppet inn på grunnlovssikret område, står åpenbart i en annen stilling enn den som kan bringe tvisten inn for uavhengige tredjemenn.»[199]

De mer politiska argumenten kan i allmänhet återföras på de materiella demokratibegreppen och syftar till att visa att det faktum att något från lagstiftaren oberoende organ givits rätt att övervaka att grundlagen respekteras är rättvist, förnuftigt, gynnsamt för minoriteterna osv.[200] Justice Brennan talar t.ex. om rättigheter värnade genom lagprövning som en form av »collective self-restraint», varigenom majoriteten tvingas att ålägga sig själv viss försiktighet; att upprätta spärrar för de verkställande och lagstiftande organen genom grundlagar och rättighetskataloger rimmar väl med att låta andra, oberoende organ avgöra huruvida lagstiftaren eller myndigheterna överskridit sina befogenheter.[201] Dworkin pekar i samma anda på att frågan om rättighetsbegränsningar gäller minoritetens rättigheter *gentemot majoriteten*, varför det vore fel – och helt enkelt orättvist – att låta majoriteten avgöra vilka begränsningar som är tillåtna.[202]

Just frågan om skyddet för olika minoriteter har naturligtvis ofta åberopats till stöd för judicial review. Under de senaste decennierna har empiriskt stöd för att lagprövning verkligen gagnar svaga grupper kunnat hämtas från de många avgöranden där S.Ct. i hög grad bidragit till att förbättra de svartas ställning i USA.[203] Redan 1929 utvecklade dock Kelsen varför lagprövningen fungerade på detta sätt. Kelsen, som här tog avstånd från ett formellt demokratibegrepp och förklarade att han inte betraktade »la toute-puissance de la majorité» som demokratins essens, menade att en författningsdomstol som värnade om lagarnas grundlagsenlighet också skyddade minoriteternas intressen. Majoriteten hade enligt Kelsen i princip ingen rätt att påtvinga minoriteten sin vilja, åtminstone inte i den mån som minoritetens rättigheter skyddades i konstitutionen. Varje minoritet,social/ekonomisk, nationell eller religiös, vars intressen skyddas genom konstitutionen, hade därför ett intresse av lagprövning.[204] Även Dworkin menar att svaga minoritetsgrupper är de som tjänar mest på lagprövning, eftersom den lagstiftande majorite-

199. Se Høyesterett...s. 308 ff.
200. Ursprunget till denna typ av resonemang kan troligen spåras till Tocqueville; jfr avsnitt 2.3.3.
201. Se Why have a Bill of Rights? s. 434. Brennans tanke är att det inte finns någon motsättning mellan att vid ett visst tillfälle önska att en lag skall antas och sedan, om lagen skulle åsidosättas av en domstol, inse vikten av att majoritetens rätt att inskränka minoritetens rättigheter är begränsad. Det är möjligt att detta resonemang präglas av ett visst önsketänkande; de som förlorar ett visst mål på grund av att en domstol åsidosätter en lag som grundlagsstridig är kanske mindre benägna än Brennan tror att se utgången i ett principiellt konstitutionellt perspektiv. Jfr även Riley, a.a.s. 280, som menar att lagprövning inte innebär att domstolarna är överordnade lagstiftaren (eller tvärtom), eftersom lagstiftaren »has no constitutional authority to enact unconstitutional laws in the first place».
202. Se Taking Rights Seriously s. 142 ff.
203. Se närmare kap. 10.11.2 o. 10.12.1-2. – Motsvarande empiriska resonemang kan givetvis föras med utgångspunkt från utvecklingen i Europa efter andra världskriget, i den mån det kan visas att lagprövningens utbredning stärkt demokratin; jfr Cappelletti, Repudiating Montesquieu? s. 32.
204. Se La garantie juridictionnelle...s. 136 ff. Resonemanget torde förutsätta att minoriteternas rättigheter slagits fast med viss precision i grundlagen; det kan noteras att Kelsen i samma text, s. 119, slog fast att en precist formulerad konstitution, som undvek allmänt hållna bestämmelser, underlättade eller rentav var en förutsättning för att lagprövning skulle kunna fungera.

ten i första hand kan antas vara benägen att inskränka just deras rättigheter.[205]

De överordnade värden, som enligt flertalet materiella demokratimodeller skall vara fredade från den politiska majoriteten, åberopas av naturliga skäl ofta till stöd för lagprövning. Ofta citeras då ett berömt uttalande av Justice Jackson i 1943 års s.k. Flag Salute Case (som gällde huruvida skolelever hade rätt att av religiösa skäl vägra delta i av skolan anordnade och i lag påbjudna hälsningsceremonier till den amerikanska flaggan):

> The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections.[206]

Detta uttalande har blivit något av en programförklaring för de författare som förespråkar lagprövning utifrån ett materiellt demokratibegrepp. Som exempel kan hänvisas till Chemerinsky, vars demokratiteori bygger på denna koppling.[207] Ett annat exempel är Freeman, som förklarar att en lagstiftningsprocedur som låter den enkla majoriteten bestämma inte är lika med demokrati, utan blott en del av »the institutional framework of a democratic regime». En stat är i stället, menar han, mer eller mindre demokratisk beroende på i vilken utsträckning medborgarens rättigheter värnas.[208] Här ses rättighetsskyddet till och med som viktigare än själva majoritetsstyret, vilket är mer långtgående än vad Taxell och Peczenik givit uttryck för i sina materiella demokratidefinitioner.[209] Freeman menar att lagprövning vore odemokratiskt om medborgarens rättigheter värnades bäst genom oinskränkt majoritetsstyre. Så är dock inte fallet. Lagprövning innebär förvisso en begränsning av lagstiftningsmakten och därmed en inskränkning av den jämlikhet i beslutsfattandet som demokratin bygger på[210], men syftet härmed är att värna alla medborgares likvärdiga rättigheter, vilkas utövande kan vara en förutsättning för jämlikt deltagande i den politiska processen.[211] Värnandet av de högre värdena, som alltså är överordnat majoritetsstyret, garanterar med andra ord lagprövningens demokratiska legitimitet.[212] Längre från de traditionella formella demokratibegreppen är svårt att komma.

Slutligen måste här nämnas den »skola» som, i anslutning till Ackermans teori om »dual democracy», tillmäter möjligheten för majoriteten att i sista hand ändra grundla-

205. Se A Matter of Principle s. 27 f: »...the majoritarian bias of the legislature works most harshly against them, and it is their rights that are for that reason most likely to be ignored in that forum.» Jfr också Law's Empire s. 356: »The United States is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions.» Se närmare om Dworkins syn på domstolarnas funktion härvidlag nedan i avsnitt 3.3.2.2.
206. West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 638 (1943).
207. Se avsnitt 3.2.3.
208. A.a.s. 356 o. 362.
209. Peczenik framhäver dock starkt rättighetsskyddets betydelse för graden av demokrati i Vad är rätt? avsn. 1.5.3 under F.
210. Jfr a.a.s. 333 f.
211. A.a.s. 333 f, 339 f o. 353.
212. Jfr även Dworkin, Taking Rights Seriously s. 140 o. 146, som också ser existensen av högre värden som en förutsättning för lagprövning samt Rawls, Political Liberalism s. 233 f: »The court is not antimajoritarian with respect to higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself and with its amendments and politically mandated interpretations.»

gen avgörande betydelse. På detta sätt kan argumentet att judicial review är »countermajoritarian» – och därmed odemokratiskt – bemötas med att lagprövning bara är oförenligt med styre av en majoritet som är mindre än den som krävs för att ändra grundlagen.[213] Detta argument har varit mycket vanligt i den amerikanska debatten[214], vilket är märkligt eftersom grundlagen just i USA är mycket svår att ändra. Även Smith fäster i sin studie över lagprövningen i Norge avgörande vikt vid att majoriteten i sista hand har möjlighet att ändra grundlagen, därest domstolarnas tolkning av en lags grundlagsenlighet skulle vara oacceptabel för en så stor majoritet (2/3, § 112 i den norska grundlagen) av stortingsledamöterna som krävs för en grundlagsändring. Smith hävdar till och med att lagprövning överhuvudtaget inte inkräktar på folksuveräniteten, eftersom den bara kan leda till »forsinkelser, men ikke til absolutte barrierer mot at den herskende, politiske vilje kan settes igjennom.»[215] Kravet på två tredjedels majoritet för grundlagsändring är enbart en avvikelse från principen att den enkla majoriteten skall bestämma, men inget ingrepp i folksuveräniteten som sådan. Detta resonemang, som tycks bygga på en inte helt självklar distinktion mellan folksuveränitet och majoritetsstyre, är dock enligt min mening något tveksamt; den »härskande politiska viljan» manifesterar sig i allmänhet med lägre majoritet i den lagstiftande församlingen än den för grundlagsändringar nödvändiga.[216]

Allmänt kan sägas att detta argument för lagprövningens legitimitet är starkare ju enklare det är att ändra grundlagen.[217] I Sverige, där grundlagen är jämförelsevis lätt att ändra, borde det därför kunna ha betydande genomslagskraft[218], medan det som sagt är svårt att förstå att det åberopats så ofta i USA.

3.3.2.2 BETYDELSEN AV DOMSTOLARNAS INSTITUTIONELLA SÄRSTÄLLNING

I doktrinen har olika försök gjorts att visa att domstolarna har en *institutionell särställning*, som gör dem särskilt lämpade att avgöra om en lag strider mot grundlagen. Här finns en lång tradition; Hamilton konstaterade redan 1787 att domstolarna var »The Least Dangerous Branch», dvs det statsorgan som var »least dangerous to the political

213. Jfr Freeman, a.a.s. 364.
214. Se förutom Ackerman, som ju bygger hela sin demokratiteori härpå, t.ex. Cappelletti, The »Mighty Problem»... s. 411 (fn 7 in fine), Riley, a.a.s. 280 och Eugene V.Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, Harv.L.Rev. 1952 s. 197. Se för kritik mot denna ståndpunkt Perry, a.a.s. 127, Friedrich, Limited Government s. 127 och Chemerinsky, Interpreting the Constitution s. 4.
215. A.a.s. 322, se även s. 314 o. 324.
216. Vad Smith (och Ackerman) här hänvisar till är alltså vad som i Frankrike brukar kallas *le pouvoir constituant*, dvs den grundlagstiftande församlingen. Att denna har möjlighet att undanröja ett beslut varigenom en lag förklarats vara grundlagsstridig kan som framgår nedan i kap. 8.5.3 ha stor praktisk betydelse och även sannolikt bidra till att öka lagprövningens legitimitet. Frågan är dock om detta faktum utan vidare gör lagprövningen demokratiskt legitim; diskussionen om denna legitimitet har i allmänhet rört förhållandet mellan domstolarna och den vanlige, demokratiskt valde lagstiftaren.
217. Jfr Smith, Rettslig prøving av lovgivning og regjeringsbeslutninger, i Torgny T. Segerstedt (utg.), Rättssäkerhet och demokrati, Stockholm 1985 s. 131.
218. Se närmare kap. 15.2 o. 19.3.3. Jfr även smith, Højesterett s. 29.

rights of the Constitution».[219] I dag åberopas ofta att domstolarna är oberoende av den politiska processen och därför mer ägnade att pröva frågan om lagens grundlagsenlighet objektivt än andra organ[220], att de i högre grad än andra statsorgan är tillgängliga för medborgarna och verkligen, när ett mål tas upp till prövning, behandlar parternas sak[221], att de skyddar minoriteter och svaga grupper[222] samt att de är skyldiga att motivera sina ställningstaganden, vilket möjliggör öppen debatt om avgörandena (och därmed om principerna för tillåtligheten av rättighetsbegränsningar).[223] Ett argument som åberopas avseende den amerikanska modellen är att domstolarna inte har initiativrätt, utan bara kan pröva frågan inom ramen för en process som igångsatts av enskilda parter. Detta garanterar att domstolarna inte konkurrerar med lagstiftaren om makten.[224] (Situationen är dock därvidlag annorlunda i länder där den europeiska modellen tillämpas.) Slutligen åberopas stundtals att också de lagstiftande och verkställande organen kan vara odemokratiska, samt normalt är obenägna att lyssna på parterna och i regeringsorganens fall dessutom fulla av makthavare som inte utsetts genom demokratiska val.[225] Detta argument är dock inte särskilt verkningsfullt, eftersom det lätt besvaras med motargumentet att dessa organ trots allt är mer demokratiska än domstolarna.[226]

En särskild teori om domstolarnas institutionella fördelar har utarbetats av Dworkin. Denna har nära samband med hans teori om rättigheter, som berördes ovan i kap. 1.2. Dworkin utgår från en distinktion mellan samhälleliga mål, s.k. *policies*, respektive allmänna principer, *principles*, vilka enklast kan beskrivas som rättvisekrav. En policy innebär att ett visst samhälleligt mål skall nås. Ett policyargument är ett argument där ett visst politiskt beslut rättfärdigas med att det främjar eller skyddar något kollektivt, samhälleligt intresse. Ett principbeslut kan däremot rättfärdigas med att det skyddar eller säkrar någon individs eller minoritets rättigheter eller skyddsvärda intressen.[227] Dwor-

219. Federalist No.78, se närmare kap. 10.4.2.2 på s. 404 f. Som vi såg i avsnitt 3.2.1-2 medgav även förespråkare för ett formellt demokratibegrepp som Bickel och Ely att domstolarna här hade särskilda funktioner att fylla, varför lagprövningen kunde vara legitim under vissa förutsättningar.
220. Se bl.a. Cappelletti, The »Mighty Problem»...s. 437 och Perry, a.a.s. 15 f.
221. Se t.ex. Cappelletti, The Law-Making Power...s. 57, Smith, a.a. och Robert B. McKay, Judicial Review in a Liberal Democracy, Nomos XXV (Liberal Democracy), New York 1983 s. 138 f.
222. Jfr ovan s. samt Cappelletti, The Law-Making Power...s. 54 och Ely, Democracy and Distrust s. 151.
223. Se t.ex. Smith, Rettslig prøving... s. 133 och Dworkin, A Matter of Principle s. 70. En översikt över de vanligaste institutionella argumenten till stöd för lagprövningsrätt ges av Torbjörn Vallinder i The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction, IPSR 1994 s. 92.
224. Se t.ex. Cappelletti, The Law-Making Power...s. 43 och Rostow, a.a.s. 198: »Thus the check of judicial review upon the elected branches of government must be a mild one, limited not only by the detachment, integrity, and good sense of the Justices, but by the structural boundaries implicit in the fact that the power is entrusted to the courts.» Jfr även Tocqueville, De la Democracie...(I) s. 103, anförd i avsnitt 2.3.3, där samma argument framfördes.
225. Se t.ex. Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 78 ff o. Rostow, a.a.s. 197.
226. Jfr Chemerinsky, a.a.s. 81 f, Dworkin, Taking Rights Seriously s. 85 o. Ely, Democracy and Distrust s. 67.
227. Se Taking Rights Seriously s. 22 o. 82. Dworkins utgångspunkt är att individer åtnjuter rättigheter gentemot staten när de samhälleliga eller kollektiva målen av någon anledning inte är »a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them». Se närmare kap. 1.2. Den praktiska skillnaden mellan en policy och en princip har av Carlos Nino (The Ethics

kin utvecklar så en maktdelningsmodell, enligt vilken lagstiftarens uppgift är att främja policies och tillämpa policyargument, medan domstolarna åtminstone i svåra fall, s.k. *hard cases*, när de tillämpliga lagreglerna inte ger någon klar vägledning om hur fallet bör avgöras, bör försöka värna principer och därför lägga principargument till grund för sina avgöranden.[228] Domstolar bör som Dworkin uttrycker det hellre avgöra vilka rättigheter människorna i en stat har än hur den allmänna välfärden bäst främjas.[229]

Policies är enligt Dworkin uttryck för en kompromiss »among individual goals and purposes in search of the welfare of the community as a whole». Beslut härom måste därför fattas av de politiska organen, vilka är »designed to produce an accurate expression of the different interests that should be taken into account».[230] Endast i den politiska processen kan alltså åsikter om samhällets mål och inriktning komma till uttryck och brytas mot varandra, varefter väl underbyggda beslut kan fattas. Detta förutsätter en avvägning mellan de olika intressen som står på spel.

Med domstolarna förhåller det sig lite annorlunda. I enklare fall, när domstolarna är övertygade om att de samhälleliga intressen som står på spel väger tungt eller när inga principer väger emot, bör domstolarna enligt Dworkin inte sätta sig över lagstiftarens policybedömning.[231] Det är således inte förbjudet att lägga policyargument till grund för en dom. Bedömningen i svåra fall är dock en helt annan, eftersom principargument typiskt sett är svåra att väga mot andra intressen:

> On the contrary, an argument of principle fixes on some interest presented by the proponent of the right it describes, an interest alleged to be of such a character as to make irrelevant the fine discriminations of any argument of policy that might oppose it.[232]

of Human Rights s. 32) illustrerats med exemplet tillgång till preventivmedel (jfr det amerikanska rättsfallet Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), anfört nedan i kap. 10.12.3). Allmän tillgång till preventivmedel kan följa antingen av en policy (t.ex. ett samhälleligt önskemål om barnbegränsning) eller som i det amerikanska rättsfallet – vilket märkligt nog inte nämns av Nino – betraktas som en del av rätten till ett ostört privatliv. I det förra fallet är det möjligt för samhället att t.ex. diskriminera mellan fertila och mindre fertila individer, vilket inte går i det senare fallet, och man kan också tänka sig att tilldelningen upphör när det samhälleliga målet nåtts eller när den följda policyn motverkar andra samhällsintressen (t.ex. försvars- eller försörjningsaspekter). Sådana inskränkningar i tillhandahållandet av preventivmedel är omöjliga om detta betraktas som en medborgerlig rättighet. Nigel E. Simmonds anför som exempel lagar mot rasdiskriminering, vilka kan ses som medel att främja vissa politiska handlingsprogram – t.ex. att öka integrationen mellan raserna eller den ekonomiska jämlikheten – eller som uttryck för grundläggande rättigheter. I det förra fallet kan lagarna bara rättfärdigas om det kan visas att de främjar sina mål utan att andra viktiga samhällsintressen kränks, men i det senare fallet blir deras samhälleliga konsekvenser irrelevanta. Se Juridiska principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter, Stockholm 1988 s. 112.

228. A.a.s. 83 f. Ett »hard case» definieras i A Matter of Principle, s. 74, som den situation vilken råder när »competent lawyers are divided about which decision is required because the only pertinent statutes or precedents are ambiguous, or there is no doctrinal authority directly in point, or for some other reason the law is not, as lawyers say, settled».
229. A Matter of Principle s. 69.
230. Se Taking Rights Seriously s. 84 f.
231. Dvs lagstiftarens bedömning av »the best strategies for achieving the overall collective interest through goals like prosperity or the eradication of poverty or the right balance between economy and conservation»; se Law's Empire s. 398.
232. Taking Rights Seriously s. 85.

Domstolarna skall alltså inte som lagstiftaren enbart väga olika, var för sig värdefulla intressen mot varandra, utan prioritera upprätthållandet av principer med tillräckligt starkt skyddsvärde. Dworkins teori, som i princip jämställer domstolarnas maktutövning med de politiska organens, ligger förvisso långt från den rättsliga konstitutionella verkligheten i t.ex. Sverige, där domstolar i allmänhet känner sig bundna av lagstiftarens avvägningar mellan olika intressen. Den bör dock inte endast av detta skäl avvisas som extrem eller orealistisk; så uppfattas den t.ex. inte i USA. Vad som skall hållas i minnet är att Dworkin utgår från att lagstiftaren och domstolarna är principiellt och politiskt jämställda, men med skilda intressen att värna. På grund av domstolarnas oavhängiga ställning i förhållande till den politiska majoriteten, vars beslut upprätthållandet av principen inkräktar på, är domstolarna enligt Dworkin bättre lämpade än andra organ att bedöma förhållandet mellan principer och policies.[233] Det är denna principiella inställning till domstolarnas ställning som ter sig »exotisk» snarare än maktdelningsmodellen som sådan eller motiveringen till denna.

233. Ibid. En likartad uppfattning företräds av Chemerimsky, som menar att ansvarsfördelningen mellan domstolar och lagstiftare måste utgå från de respektive organens institutionella fördelar. Medan lagstiftaren t.ex. har större möjligheter att utreda och undersöka sakförhållanden, ta hänsyn till den allmänna opinionen och lösa sociala problem i samhället, så har domstolarna just genom sitt oberoende från de politiska organen större möjlighet att beakta långsiktiga önskemål, abstrakta värden och minoritetsintressen. Se The Vanishing Constitution s. 83 ff. Jfr även Smith, Høyesterett... s. 333 ff.

Del II
Utländsk och internationell rätt

4. Danmark

4.1 Allmänt om fri- och rättigheterna i den danska grundlagen

4.1.1 De olika rättighetsreglerna

Den danska Grundloven av den 5 juni 1953[1] innehåller i kap. VII och VIII ett antal regler om fri- och rättigheter som kan sägas utgöra en rättighetskatalog av modernt snitt.[2] Flertalet av dessa regler är klassiska medborgerliga rättigheter, syftande till att skydda medborgarna mot staten och värna om deras skyddade privata sfär. Grundloven innehåller också två paragrafer, §§ 75 och 76, om skydd för sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter, nämligen rätt till arbete, § 75 st. 1 (en regel som måste ses som en ren programförklaring eller ett målsättningsstadgande), rätt till ekonomiskt understöd för den som inte kan försörja sig, § 75 st. 2 och rätt för alla barn till fri undervisning, § 76.[3]

De allra flesta rättighetsregler i den danska Grundloven återfinns i kap. VIII, men två viktiga regler står att finna i kap. VII (som behandlar staten och religionen), nämligen religionsfriheten i § 67 och en likhetsgrundsats eller likställighetsregel i § 70, innebärande att ingen enbart på grund av sin religiösa övertygelse eller etniska härstamning skall behöva vidkännas någon rättighetsinskränkning. Enligt § 67 har alla medborgare rätt att gå samman i föreningar eller sammanslutningar för att utöva sin religion – »dyrke Gud» – på det sätt som stämmer med deras övertygelse, så länge de inte företar sig något som strider mot sedligheten eller den offentliga ordningen.[4]

1. Förslaget till grundlag godkändes med mycket knapp marginal vid en folkomröstning den 28 maj 1953. Se beträffande den historiska bakgrunden till 1953 års författning och utvecklingen från 1849 års grundlov till antagandet av grundlagen 1953 särskilt Tage Kaarsted, Grundloven, Ringkjöbing 1974 och Ross, Dansk Statsforfatningsret s. 103-126 samt Jens Peter Christensen, Debatten om grundlovsaendring i forfatningsretlig belysning, UfR 1993 s. 1-2.
2. Rösträtten regleras dock i § 31 och således inte i dessa kapitel. Det är anmärkningsvärt att flertalet av dessa rättigheter ingick redan i den för sin tid härvidlag mycket moderna Grundloven av 1849. Jfr Ross, a.a.s. 110.
3. Det kan noteras att § 76, som ger alla barn rätt till fri undervisning – vilket i dag givetvis är en självklarhet – också stadgar att inget barn har skolplikt. Enligt § 76 p. 2 har nämligen föräldrar som har möjlighet att tillse att deras barn får tillfredsställande undervisning på annat håll än i folkskolan ingen skyldighet att låta barnen gå där, utan alltid rätt att i stället sända barnen till privatskola eller undervisa dem hemma.
4. En given fråga är hur den sistnämnda inskränkningen bör förstås. Max Sørensen menade att lagstiftaren får dra gränsen men inte kan gå utanför den gräns som ordalydelsens normala språkliga betydelse medför, en precisering som enligt Peter Germer är otillräcklig för att säkra ett effektivt skydd för den religiösa föreningsfriheten (själva trosfriheten berörs ju inte av denna inskränkning). Se Sørensen, Statsforfatningsret, 2 uppl 1973 s. 374-75 och Peter Germer, Stats-

I kap. VIII skyddas inledningsvis den personliga friheten, § 71, hemfriden och privatlivet, § 72 och äganderätten, § 73. Dessa paragrafer, av vilka de två första kan beskrivas som en sorts rättssäkerhetsregler vilka ger medborgarna skydd mot godtyckliga frihetsberövanden (§ 71) samt husrannsakningar och andra intrång i den personliga integriteten (§ 72), inleds alla med kategoriska uttalanden som förklarar att den personliga friheten, bostaden och äganderätten är okränkbara. Dessa inledningar anses inte vara rättsligt bindande, utan är enbart att se som programförklaringar vilka får sin konkreta rättsliga betydelse genom mer preciserade regler i grundlagen eller – när denna så medger – genom vanlig lag.[5] Det är alltså inte möjligt att åberopa någon av dessa inledande förklaringar mot en lag för att försöka få denna åsidosatt av domstol, utan en sådan argumentation måste baseras på de mer preciserade delarna av lagrummen.[6] Reglerna om skydd för den personliga friheten i § 71 och för äganderätten i § 73 är tämligen detaljerade: i § 71 st. 3 förklaras att den som anhålls skall ställas inför en domare inom 24 timmar och genast ha rätt att överklaga domarens beslut, st. 4, och i § 73 st. 3 att varje tvist om lagligheten av en expropriation – vilken åtgärd enligt st. 1 endast är tillåten när den regleras i lag och *fullständig* ersättning till den drabbade utgår – respektive om ersättningens storlek kan föras till domstol.

I § 74, en ålderdomlig bestämmelse som i dag anses sakna reell rättslig vikt[7], skyddas näringsfriheten och i §§ 75 och 76 som nämnts vissa sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter.

Yttrandefriheten, mötesfriheten och föreningsfriheten skyddas i §§ 77, 78 och 79. § 77 ger envar rätt att, »under ansvar för domstolarna», i tal och skrift offentliggöra sina tankar. I § 77 p. 2 stadgas ett ovillkorligt förbud mot censur och annan förhandsgranskning.[8] Enligt § 78 st. 1 har alla medborgare rätt att utan särskilt förhandstillstånd grunda allehanda föreningar med lagliga ändamål, men föreningar som använder eller försöker nå sina syften med våld skall enligt st. 2 upplösas av domstol. Regeln innebär enligt Germer att den grundlagsskyddade föreningsfriheten inte omfattar föreningar som regelmässigt använder våld eller liknande olagliga metoder som t.ex. utpressning, men däremot gäller även för föreningar som i mer allmänna ordalag lovordar våld eller väpnat uppror som politisk kampmetod.[9] Vad slutligen gäller mötesfriheten har alla medborgare enligt § 79 p. 1 rätt att utan förhandstillstånd samlas obeväpnade. Regeln hindrar inte att anmälningsplikt för möten föreskrivs i exempelvis lokala polisförordningar, men däremot[10] att en försummad anmälningsplikt skulle göra mötet olagligt. Polisen har en-

forfatningsret II, 1989 s. 63. Germer anser att domstolarna, för att övervaka att grundläggande religionsfrihetshänsyn inte åsidosätts, måste göra en grundlig prövning av de lagar som kan beröra religionsfriheten i detta avseende och därvid försöka tolka begreppen »sedligheten» och »den offentliga ordningen» så att religionsfriheten inte äventyras. Den praktiska innebörden av regeln är enligt Sørensen (a.a.s. 388-89) att ett religiöst samfund inte kan olagligförklaras endast på grund av det religiösa innehållet i dess lära, men däremot om den t.ex. skulle uppmana sina medlemmar till civil olydnad.

5. Se t.ex. René Gralla, Der Grundrechtsschutz in Dänemark, 1987 s. 88 och SOU 1975:29 s. 20.
6. Se bl.a. SOU 1975:29 s. 20. Jfr beträffande förutsättningarna för domstolarnas lagprövning nedan i 4.3.
7. Se bl.a. Ross s. 781. Jfr dock Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, Köpenhamn 1989 s. 150.
8. Se närmare härom Germer, Statsforfatningsret II s. 49-52.
9. Statsforfatningsret II s. 64 f.
10. Se Germer s. 71-72.

ligt p. 2 rätt att övervaka offentliga möten, en rätt som enligt Germer[11] dock kan upphävas genom lag. Enligt p. 3 kan utomhusmöten förbjudas när det kan befaras att den offentliga ordningen är hotad, vilket enligt Germer endast kan bli fallet när det finns en *påtaglig och omedelbar fara* för en allvarlig störning av den allmänna ordningen, t.ex. i form av konkreta uppmaningar till användande av våld (men däremot inte allmänna rekommendationer om att den rådande samhällsordningen bör omstörtas genom våldshandlingar).[12]

4.1.2 *Rättighetsreglernas omfång*

Det råder allmän enighet i den danska statsrättsdoktrinen[13] om att i de fall inget annat stadgas i själva grundlagstexten så gäller Grundlovens rättighetsregler inte bara för danska medborgare utan för alla, danskar eller utlänningar, som uppehåller sig i Danmark mer än helt tillfälligt.[14] De regler i rättighetskatalogen vilka uppställer danskt medborgarskap som krav för att någon skall kunna åtnjuta rättigheten eller åberopa regeln är dels stadgandet i § 71 st. 1 p. 2 om att ingen dansk medborgare kan berövas sin frihet på grund av sin politiska eller religiösa övertygelse eller etniska tillhörighet, dels en bestämmelse i § 71 st. 6 som undantar utlänningslagstiftningens regler från kravet på att frihetsberövanden som skett av annan anledning än brottsmisstanke alltid, på begäran av den frihetsberövade, skall prövas av domstol.[15]

Några regler, framförallt § 70 och § 71 st. 1 p. 2[16], innehåller en sorts diskrimineringsförbud eller om man så vill likhetsgaranti, som förbjuder att åtskillnad görs mellan olika individer p.g.a. politiska eller religiösa uppfattningar. Dessa regler kan förutom att värna om åsikts- och religionsfriheten även sägas garantera medborgarnas likhet inför lagen.

En omdiskuterad fråga är om det ur dessa regler eller grundlagens allmänna principer går att utläsa något *generellt* diskrimineringsförbud eller en likhetsgrundsats, som kan sägas utgöra konstitutionell sedvanerätt. Gralla menar att så är fallet[17], vilket dock får sägas strida mot den allmänna uppfattningen i doktrinen.[18] Problemet aktualiserades utan att få sin lösning i målet U 1965.293. I en kommentar till domen hävdade emellertid en av domarna i Højesteret, Schaumburg, att om en sådan likhetsgrundsats, som en oskriven del av grundlagen, skulle kunna utläsas ur dennas anda och principer och därmed läggas till grund för åsidosättande av någon lag som strider mot den, så måste det vara fråga om mycket grova fall av åtskillnad mellan medborgarna.[19]

I ett senare fall, U 1986.898, åberopade kärandena till stöd för att de avskedanden de drabbats av inte var giltiga dels vissa grundlagsregler, dels en allmän likhetsregel om förbud mot särbehandling på politisk grund, som sades ha konstitutionell giltighet. Højesteret förklarade att varken de åbe-

11. Ibid s. 74.
12. Ibid s. 75 f. Se även Gralla, a.a.s. 91 o. s. 342-363.
13. Se t.ex. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3 – Menneskerettigheter, 1989, s. 227, Gralla a.a.s. 65 f och Sørensen, a.a.s. 339.
14. Se beträffande reglernas omfång vidare Zahle, a.a.s. 228 f.
15. Dessutom har enligt § 29 st. 1 p. 1 endast danska medborgare rösträtt vid folketingsval.
16. Jfr även § 83.
17. A.a.s. 413-424. För kritik mot Gralla på denna punkt se Jens Peter Christensen, De danske frihedsrettigheder – nogle principielle og metodiske overvjelser, Juristen 1989 s 7.
18. Se bl.a. Ross, Dansk Statsforfatningsret s. 665. Jfr även Sörensen, a.a. s. 336-37.
19. Se Schaumburg, Kommentar, UfR 1965 s. 241-244.

ropade grundlagsreglerna eller några andra regler av statsrättslig karaktär kunde läggas till grund för en dom innebärande att avskedandena var ogiltiga. Domen har tolkats så att det är mycket tveksamt om det finns något allmänt diskrimineringsförbud med konstitutionell giltighet.[20]

4.2 Lagstiftningsproceduren och grundlovens minoritetsskyddsregler

4.2.1 Lagstiftningsproceduren

Ett av de mest slående och karakteristiska inslagen i den danska grundlagen är det starka skydd som i vissa fall garanteras de minoriteter i folketinget vilka kan tänkas ogilla något lagförslag.[21]

För att förstå minoritetsskyddsreglernas innebörd och funktion är det nödvändigt att sätta in dem i deras sammanhang och analysera dem mot bakgrund av själva lagstiftningsproceduren, som i sina huvuddrag är reglerad i Grundloven och ffo, den danska riksdagsordningen. Bestämmelserna kan delas in i regler om framställande, behandling och antagande av lagförslag samt regler om stadfästelse, kungörelse och ikraftträdande av antagna lagar, av vilka den förra kategorin är av störst intresse för förståelsen av hur minoritetsskyddsgarantierna fungerar.

Enligt § 21 i grundlagen kan lagförslag framställas inför folketinget av »Kongen», dvs regeringen, och enligt § 41 st. 1 dessutom av varje enskild ledamot av folketinget. De bägge typerna av förslag behandlas i allt väsentligt på samma sätt. Enligt ffo § 16 st. 3 skall lagförslag eller förslag till ändring av gällande lag som strider mot grundlagen avvisas. Om talmannen i folketinget efter samråd med ett särskilt utskott som skall övervaka att ffo. följs menar att förslaget verkligen strider mot grundlagen, föreslår han Folketinget – som sedan beslutar i frågan utan föregående debatt eller förhandling – att förslaget skall avvisas, ffo. § 16 st. 3.[22] Talmannen är vid sin bedömning inte bunden av utskottets uppfattning.

Enligt grundlagens § 41 st. 2 kan ett lagförslag inte antas slutligt förrän det varit behandlat i folketinget tre gånger. De närmare reglerna om hur detta skall gå till finns i §§ 8–13 ffo.

Grundlovens regler om tre behandlingar förutsätter att det i alla de tre olika skedena är fråga om samma lagförslag, vilket innebär att alltför långtgående ändringsförslag, som medför att det ursprungliga förslaget mister sin *identitet*[23], måste avvisas. Om ett ändringsförslag bedöms vara för

20. Se Erik Riis, Kommentar, i UfR 1987 s. 53.
21. Beträffande den historiska bakgrunden och anledningarna till att dessa långtgående minoritetsskyddsregler kom att införas i 1953 års grundlag se Poul Andersen, Den danske grundlovs Mindretalsgarantier, Festskrift till Frede Castberg, 1963 s. 377 f.
22. Ibid s. 258. En motsvarande lagprövningsrätt tillkommer enligt RO 2:9 den svenska riksdagens talman; jfr kap. 18.2.2 in fine.
23. Jfr Ross a.a. s. 321, Sørensen s. 176 och Germer I s. 85.

långtgående uppmanar talmannen eller en enskild ledamot folketinget att avvisa förslaget, en begäran som folketinget tar ställning till utan föregående förhandling, ffo § 23.[24]

En fråga som ännu inte ställts på sin spets i praxis är om en domstol i sista hand kan pröva om grundlagens krav på tre behandlingar av lagförslaget är uppfyllt. Sørensen hävdade med bestämdhet att så var fallet[25], detta i opposition mot Ross, som hävdade att om frågan någonsin skulle komma att prövas av domstol så skulle denna komma att avvisa saken på den grunden att Grundlovens § 41 st. 2 är att se som en intern ordningsföreskrift för folketinget.[26] Germer ansluter sig helt till Sørensen och utesluter att någon av grundlagens normgivningsregler om lagstiftningen kan ses som interna ordningsföreskifter.[27]

4.2.2 *Minoritetsskyddsreglerna*

4.2.2.1 MINORITETSSKYDD MOT LAGFÖRSLAG

Grundlovens fyra särskilda minoritetsskyddsregler kan indelas i regler vilka ger skydd mot lagförslag som starkt ogillas av en folketingsminoritet och regler om minoritetsskydd vid eventuella ändringar av Grundloven. Av de förra märks till en början den regel i § 41 st. 3 som stadgar att 2/5 av folketingets ledamöter hos talmannen kan begära att den tredje behandlingen äger rum tidigast tolv sessionsdagar efter det att förslaget godtogs vid den andra behandlingen.

Bestämmelsens syfte är att möjliggöra en mera grundlig behandling av förslaget och ge allmänheten möjlighet att sätta sig in i det.[28] Den tredje behandlingen kan dock inte skjutas upp när det är fråga om vissa typer av lagförslag av ekonomisk eller fiskal natur eller om expropriationslag samt inte heller, i brådskande fall, vid lagförslag vars ikraftträdande av hänsyn till lagens syfte inte kan uppskjutas, § 41 st. 3 p. 3. Det framgår inte av grundlagstexten vem som skall avgöra om ett sådant brådskande fall föreligger, men Sørensen utgår från att detta beslut måste fattas av talmannen.[29]

De övriga två minoritetsskyddsreglerna som inte gäller grundlagsändring är den allmänna regeln i § 42 om att en minoritet i folketinget alltid har möjlighet att begära folkomröstning om de allra flesta sorters antagna lagförslag samt den regel i § 73 st. 2 som ger en minoritet möjlighet att kräva att antagna lagar rörande expropriation inte blir

24. Frågan är när ett ändringsförslag kan anses vara så långtgående att det ursprungliga förslagets identitet är hotad. Både Sørensen och Germer menar att detta måste avgöras utifrån en konkret värdering i det enskilda fallet, varvid det enligt Germer måste vara avgörande om ändringsförslaget är uttryck för en genuin önskan att ge det ursprungliga förslagets regler en annan utformning eller inte. Se Sørensen a.a.s. 176 och Germer a.a.s. 85.
25. A.a.s. 176.
26. Ross a.a. s. 322.
27. Se Germer I s. 85.
28. Jfr Germer I s. 86.
29. A.a.s. 178. Germer (I, s. 86) framhåller att bestämmelsen kom till användning både 1975 och 1985 samt betonar, i likhet f.ö. med Sørensen, att blotta möjligheten att regeln kunnat komma till användning i vissa fall medfört att lagförslag aldrig gått vidare till en tredje behandling. Även Andersen (a.a.s. 385 o. 393) menar att regeln haft betydelse genom sin blotta existens, samtidigt som han påpekar att dess minoritetsskyddsvärde minskas av det generella undantaget för brådskande fall.

gällande förrän nyval till folketinget ägt rum. Dessa regler har ett visst innehållsmässigt samband.

Enligt § 42 st. 1 i Grundloven kan 1/3 av folketingets ledamöter, när ett lagförslag slutligen antagits – dvs när den tredje behandlingen är avslutad – inom en tredagarsfrist hos talmannen begära att folkomröstning skall hållas om lagen. Folkomröstning kan dock enligt § 42 st. 6 inte hållas om vissa typer av lagar, vilka i stort sett är desamma som de vilka det enligt § 41 st. 3 p. 2 inte kan bli aktuellt att uppskjuta den tredje behandlingen för och sålunda inkluderar expropriationslagar. För dessa gäller i stället bestämmelsen i § 73 st. 2.[30]

Inga lagar som enligt § 42 kan bli föremål för folkomröstning kan stadfästas inom den frist om tre förhandlingsdagar som nämns i § 42 st. 1. Härifrån gäller dock ett undantag för särskilt brådskande fall, om lagen innehåller en bestämmelse om detta, § 42 st. 2 och 7. Skulle lagen ha stadfästs »i förtid» enligt denna undantagsregel kan emellertid ändå 1/3 av ledamöterna begära folkomröstning om det stadfästa förslaget, § 42 st. 7 p. 2.

Resultatet av en begäran om folkomröstning är – förutom att stadfästelsen i normalfallet skjuts upp – att folkomröstning skall äga rum tidigast tolv och senast arton vardagar efter det att statsministern tillkännagivit att så skall ske, § 42 st. 4. Folkomröstning äger dock inte rum om folketinget antingen inom fem dagar från det att förslaget antogs beslutar att det inte skall gälla eller därefter upphäver den antagna lagen genom en ny lag.[31]

Enligt § 42 st. 5 röstas det vid folkomröstningen enbart för eller mot lagförslaget, som bortfaller om majoriteten av de röstande **och** minst 30 % av de röstberättigade röstar emot det. Det är bara antagna respektive de eventuellt vid brådskande fall stadfästa lagarna som kan bli föremål för folkomröstning. Som Germer påpekar innebär § 42 inte att andra typer av folketingsbeslut kan bli föremål för folkomröstning[32] och vid grundlagsändringar gäller § 88.[33]

Regeln i § 73 st. 2 innebär att 1/3 av folketingets medlemmar, när ett lagförslag rörande expropriation antagits, inom tre sammanträdesdagar därefter kan kräva att detta inte skall stadfästas förrän nyval till folketinget ägt rum och förslaget därefter på nytt antagits av folketinget. Regeln är tillämplig så fort någon bestämmelse i det antagna förslaget rör expropriation och det krävs inte att förslaget betecknas som expropriationslag.[34]

När stadfästelsen av lagen på detta sätt blivit uppskjuten är frågan när förslaget på nytt kommer upp till behandling helt öppen. Regeringen är inte skyldig att utlysa nyval på grund av att en begäran om uppskjutande framställts och det finns heller ingen tidsfrist för när förslaget skall tas upp efter nästa val. Regeringen behöver överhuvudtaget inte lägga fram förslaget på nytt efter valet, men om det läggs fram på nytt krävs det troligen, för att inte ännu ett uppskjutande skall kunna krävas, att de bestämmelser som

30. Se närmare om förhållandet mellan de bägge reglerna Poul Andersen, Forholdet mellem Udsættelse med Stadfæstelse af Ekspropriationslove og Folkeafstemning, i Festskrift till Ross, 1969 s. 37–48.
31. Jfr Germer I s. 148 med hänvisningar till Andersen och Ross.
32. Ibid.
33. Se närmare i 4.2.2.2.
34. Se Germer, Statsforfatningsret II s. 119 och Sørensen s. 185.

rör expropriation inte skärps (medan eventuella andra bestämmelser i förslaget fritt kan ändras).[35]

De bägge reglerna, som ju delvis kan sägas komplettera varandra, aktualiserar ett antal gemensamma frågeställningar. För det första är frågan vilken av reglerna som är tillämplig i ett enskilt fall. Utgångspunkten är givetvis att om ett lagförslag rör expropriation skall § 73 st. 2 tillämpas och om det rör någon av de lagar som enligt § 42 kan bli föremål för folkomröstning så skall denna framkomstväg begagnas av den minoritet som ogillar förslaget.[36] I praktiken kan dock svåra gränsdragningsproblem uppstå.

Andersen hävdade med bestämdhet att de bägge alternativen utesluter varandra, så att den ena möjligheten är otänkbar när den andra är för handen.[37] Däremot menade han, att det faktum att en begäran om uppskjutande av förslaget eller om folkomröstning framställts, inte i sig uteslöt att även det andra alternativet kunde vara tillämpligt, utan detta var något som fick avgöras från fall till fall. I opposition mot Ross, som förordade en strikt tillämpning av både § 42 st. 6 och § 73 st. 2, innebärande att den senare regeln skulle kunna tillämpas på varje förslag med **någon** bestämmelse om expropriation och den förra på motsvarande sätt exkludera varje sådant förslag[38] – hävdar Zahle[39] att om ett antaget lagförslag innehåller både expropriationsbestämmelser och andra regler står bägge vägarna öppna för minoriteten, vilken däremot inte, när det ena alternativet prövats, även kan kräva att den andra metoden skall tillämpas.

Problemet hänger samman med vad som skall gälla vid s.k. blandade lagförslag, dvs lagar som innehåller dels expropriationsbestämmelser eller bestämmelser som enligt § 42 kan bli föremål för folkomröstning, dels helt andra bestämmelser. Dessutom kan det, som Andersen påpekade, i vissa fall vara svårt att avgöra om ett förslag är expropriativt eller inte.[40]

Av Grundlovens regler får sägas följa att det inte kan bli aktuellt med både uppskjutande och folkomröstning.[41] Avgränsningsfrågorna har dock bara delvis fått sin lösning i praxis. Vad gäller folkomröstningar får det anses följa av § 42 att det är förslaget i dess helhet, inte blott en del av det, som omröstningen skall gälla.[42] Sørensen hävdade med utgångspunkt härifrån att en begäran från ett erforderligt antal folketingsledamöter om folkomröstning **måste** efterkommas och omröstning ordnas om förslaget i dess helhet. Germer instämmer och menar att minoritetsskyddet annars skulle kunna bli illusoriskt.[43] Om förslaget innehåller både expropriationsbestämmelser och regler som kan bli föremål för folkomröstning, förefaller det rimligt att anta att Zahles uppfattning, att bägge vägarna står öppna tills de ifrågavarande ledamöterna bestämt sig för den ena, är den riktiga.[44]

35. Jfr härom Germer II s. 119, Sørensen s. 186–87 och Andersen i Festskrift till Ross s. 40.
36. Jfr Andersen i Festskrift till Ross s. 38–39.
37. A.a.s. 37.
38. Ross Dansk Statsforfatningsret s. 335 o. 337.
39. Dansk forfatningsret 2 s. 51.
40. A.a.: "Afgrensningen af Begrebet Ekspropriation er usikker."
41. Ibid.
42. Jfr Sørensen s. 180 och Germer I s. 150.
43. Germer I s. 150 samt vidare beträffande situationen när det kan ifrågasättas om hela förslaget faller in under undantagsbestämmelsen i § 42 st. 6 även s. 149 f.
44. Jfr även Sørensen s. 187.

En särskild fråga vid de besvärliga gränsdragningsproblem som kan tänkas uppkomma är vem som skall avgöra om ett lagförslag kan bli föremål för folkomröstning eller uppskjuten stadfästelse. Ross menade att folketingets majoritet borde kunna avgöra frågan[45], åtminstone när det gällde begäran om uppskjutande av stadfästelse (och troligen också vid folkomröstningskrav), en uppfattning som dock rönt åtskillig kritik.[46] En vanligare uppfattning är att talmannen skall avgöra om ett förslag enligt § 42 är möjligt att folkomrösta om[47] och att i första hand statsministern får ta ställning till om en antagen expropriationslag skall stadfästas eller ej när en minoritet begär att stadfästelsen skall uppskjutas.[48]

Vid expropriation kan tveksamhet om förslagets karaktär förmodligen tänkas uppstå oftare än vid begäran om folkomröstning. Ross hävdade att om ett lagförslag byggde på uppfattningen att det inte gällde expropriation kunde inte minoriteten hävda att så var fallet[49], eftersom majoritetens uppfattning om förslagets karaktär då måste gälla. Enligt Ross kunde statsministern avgöra frågan endast om det inte framgick av förslaget huruvida det avsåg expropriation eller inte. Andersen gick till skarpt angrepp mot denna uppfattning och hävdade att det skulle strida mot minoritetsskyddsreglernas anda att låta majoriteten avgöra om de skall kunna tillämpas eller inte.[50] Följaktligen anslöt sig Andersen till uppfattningen att statsministern i tveksamma fall måste avgöra frågan och framhöll därvidlag att denne handlade under s.k. Rigsretsansvar och därför, till skillnad från enskilda folketingsledamöter, kunde ställas till svars om han på något sätt missbrukade denna befogenhet.[51]

Frågan är givetvis också, även om den i doktrinen förhärskande uppfattningen godtas att det är talmannen – vid folkomröstningsönskemål – respektive statsministern – då det gäller expropriationslagar – som i första hand skall ta ställning till vilken typ av lag det är fråga om, huruvida domstolarna därefter har möjlighet att avgöra om minoritetsskyddsreglerna iakttagits på vederbörligt sätt. Andersen hävdade med bestämdhet att så var fallet, trots frågornas utpräglat politiska karaktär, eftersom det var fråga om en lags grundlagsenlighet och domstolarnas rätt att pröva denna i andra fall inte var ifrågasatt.[52]

Den situation då frågan kan tänkas uppkomma är givetvis när en part i en rättegång gör gällande att någon viss i målet aktuell lag är grundlagsstridig, emedan en framställd begäran om folkomröstning eller uppskjuten stadfästelse inte iakttagits vid dess tillkomst. Andersen menade dels att talmannens respektive statsministerns avgörande inte kunde vara slutgiltigt, dels att det faktum att minoritetsskyddsreglerna satts ur spel var ett så allvarligt fel att det inte var någon tvekan om att en lag som genomförts trots att

45. A.a.s. 325 ff.
46. Se t.ex. Andersen, a.a.s. 45.
47. Jfr härom Germer I s. 149-50 med hänvisningar till Grundlovens förarbeten och Andersen, a.a.s. 43 o. 45.
48. Se t.ex. Sørensen s. 85.
49. A.a.s. 330-31.
50. A.a.s. 45 f.
51. Rigsretten är en speciell domstol som i undantagsfall kan sammankallas för att ta pröva svårare brott som statsråd misstänks ha begått i tjänsten. När folketinget 1993 beslöt att den förre justitieministern Erik Ninn-Hansen skulle ställas inför riksrätt för de brott han påstods ha gjort sig skyldig till i den s.k. Tamilaffären så var det första gången sedan 1909 som Rigsretten inkallades. Ninn-Hansen ådömdes f.ö. i juni 1995 ett fyra månaders villkorligt fängelsestraff.
52. A.a.s. 47-48.

folkomröstning eller stadfästelse begärts borde åsidosättas.[53] Han preciserade resonemanget ytterligare genom att hävda att det i sådana fall var fråga om en lags formella överensstämmelse med Grundloven, medan dittillsvarande lagprövningspraxis uteslutande gällt lagars materiella grundlagsenlighet, varför det inte gick att dra några slutsatser om vad domstolarna skulle komma fram till i ett slikt fall av att de tidigare ofta varit påfallande obenägna att åsidosätta lagar på grund av bristande grundlagsenlighet.[54] Andersens uppfattningar tycks i stort ha slagit igenom i senare doktrin.[55]

Folkomröstningsregeln i § 42 har använts blott en gång, 1963, då frågan gällde fyra förslag till ny jordlagstiftning vilka röstades ner av en klar majoritet, som dessutom uppgick till över 40 % av de röstberättigade.

Regeln om expropriationslagstiftning i § 73 st. 2 har åberopats desto oftare. Första gången detta inträffade var 1960, då statsministern för att kunna ta ställning till frågan inhämtade ett utlåtande från Ross (som då var professor i statsförfattningsrätt i Köpenhamn). Denne kom fram till att det inte var fråga om regler av expropriativ karaktär, varefter statsministern inte ansåg sig behöva tillmötesgå önskemålet om uppskjuten stadfästelse utan meddelade talmannen att lagen skulle stadfästas. 1961 uppskjöts på minoritetens begäran stadfästelsen av ett antaget lagförslag om de s.k. isländska handskrifterna, ett beslut som bl.a. föregicks av ett antal inhämtade uttalanden från de juridiska fakulteterna i Köpenhamn och Århus.[56] Begäranden om uppskjutande har därefter efterkommits 1977 och 1980, men däremot inte 1979, 1980 och 1989, då statsministern meddelat talmannen att § 73 inte varit tillämplig på ifrågavarande lagförslag.[57]

Andersen skrev 1963 att § 73 st. 2 inte innebar något omfattande skydd för äganderätten och att § 42 helt saknat och även fortsättningsvis skulle komma att sakna betydelse (bland annat beroende på de höga kraven för att ett lagförslag skulle röstas ner).[58] På just den punkten visade emellertid 1963 års folkomröstning att Andersen misstagit sig. Även i övrigt finns det anledning att ifrågasätta Andersens skepsis på dessa punkter.

De danska minoritetsskyddsreglerna är nämligen, sedda i ett internationellt perspektiv, osedvanligt långtgående. § 73 ger, även om den förvisso bara gäller expropriationsförslag och inte t.ex. betungande skattelagstiftning, folketingsminoriteten ett inte oväsentligt skydd genom att förslag som kan antas vara politiskt impopulära skjuts upp till efter nästa val, varvid det finns en möjlighet för denna politiska minoritet att driva kritiken mot förslaget som en valfråga. Skyddet är bl.a. av denna anledning betydligt starkare än t.ex. den regel i svenska RF 2:12 st. 3 som innebär att en minoritet kan skjuta upp

53. Ibid.
54. Jfr kap. 4.3.2.
55. Ross, som ville begränsa utrymmet för lagprövning överhuvudtaget, höll dock knappast med. Sørensen hyste däremot inga tvivel om att lagar som tillkommit i strid med §§ 42 eller 73 var ogiltiga och även Germer tycks hålla med om detta, såvida inte det eventuella felet i folkomröstningsfallet är helt obetydligt. Se Sørensen s. 183 o. 186 samt Germer I s. 151 f och II s. 122, jfr även Zahle 2 s. 336 f. Germer anser sig f.ö. finna stöd för denna uppfattning, såvitt gäller § 73, i Højestrettsmajoritetens uttalande i det s.k. första handskriftsmålet, U 1967.22, 29. Se vidare om detta fall nedan i 4.3.2. Jfr härtill Germer II s. 21 f.
56. Se härom Andersen i Festskrift till Castberg s. 381-82.
57. Se vidare genomgången av samtliga fall i Germer II s. 120-22 med ytterligare hänvisningar och kritik mot statsministerns uttalande och bedömning i 1989 års fall.
58. Festskrift till Castberg s. 379 samt 392.

behandlingen av rättighetsbegränsande lagstiftning i ett år[59] och påminner mer om reglerna för grundlagsändring i RF 8:15 st. 1. Och § 42 måste i sin tur, oavsett hur ofta den kommit och framgent kommer till användning, ha en avsevärd preventiv effekt. Det kan observeras att regeln torde kunna tillämpas på praktiskt taget alla förslag till rättighetsbegränsande lagstiftning (med undantag för expropriationslagar). Som minoritetsskyddsregel kan den därför svårligen överskattas, även om dess fulla värde måhända inte uppskattats efter förtjänst i dansk doktrin[60] (sannolikt beroende på att den så sällan tillämpats).

4.2.2.2 PROCEDUREN FÖR GRUNDLAGSÄNDRING

Som en särskild minoritetsskyddregel – och kanske framförallt som ett skydd mot frekventa grundlagsändringar – måste också Grundlovens § 88 uppfattas. Enligt denna bestämmelse krävs för att Grundloven skall kunna ändras först att folketinget antagit ett förslag till ny grundlagsregel som regeringen ställt sig bakom. Därefter skall nyval äga rum. Därutöver krävs emellertid, för att en grundlagsändring verkligen skall komma till stånd, dels att förslaget antas i oförändrat skick av folketinget efter nyvalet, dels att det därefter inom ett halvår vid en folkomröstning godkänns av majoriteten av de röstande och minst 40 % av samtliga röstberättigade.

En närmare analys av dessa hårda krav för att grundlagen skall kunna ändras visar att regeringen, om den från början vill stödja och försöka genomföra förslaget, troligen måste förklara detta och ange att det val som följer efter förslagets ursprungliga antagande i folketinget är ett »grundlovsnyvalg».[61] Efter detta val måste förslaget antas *i helt oförändrat skick*. Ställs och antas i detta skede ett ändringsförslag gäller detta i stället som första ledet i ett nytt grundlagsändringsförfarande.[62] Däremot säger § 88 inget om vem som kan ta initiativ till en grundlagsändring eller hur ett förslag härom skall behandlas, vilket måste tolkas som att sådana förslag behandlas på samma sätt som vanliga lagförslag. Således kan såväl regeringen, § 21, som enskilda folketingsledamöter, § 41, lägga fram förslag till ändringar av Grundloven[63], vilka sedan behandlas i samma ordning som vanliga lagförslag[64] med den skillnaden att reglerna om folkomröstning i § 42 naturligtvis inte kommer till användning.[65]

När ett »grundlovsnyvalg» ägt rum skall förslaget antas av det därefter sammanträdande folketinget, § 88 p. 2. Denna regel bör tolkas så att det inte spelar någon roll hur snabbt efter valet förslaget antas. Någon särskild tidsfrist gäller alltså inte i detta skede[66], medan däremot den bindande folkomröstningen enligt § 88 p. 2 måste äga rum inom ett halvår därefter. Vid denna kan sedan väljarna bara rösta ja eller nej, jfr § 88 p. 2.

59. Jft kap. 17.1.1.
60. Se dock Sørensen s. 183 samt Gralla s, 154 f.
61. Jfr Ross a.a.s. 165.
62. Se härtill t.ex. Zahle 1 s. 44.
63. Jfr Ross a.a.s. 163 och Zahle 1 s. 43.
64. Jfr ovan avsn. 4.2.1, Zahle, a.a. och Ross, a.a.s. 164-65.
65. Jfr § 42 st. 6. – Ett särskilt krav är dock att det från början måste klargöras att det rör sig om ett förslag till grundlagsändring, något som också framgår av den regel i ffo. § 16 st. 1 som säger att ett förslag till ändring i eller tillägg till grundloven inte betecknas som grundlagsförslag skall avvisas av talmannen.
66. Jfr Ross a.a.s. 165 och Zahle 1 s. 44.

Ross utgick från att § 88 inte angår sig själv och att Grundlovens ändringsregel följaktligen inte kan ändras på samma sätt som andra grundlagsregler. Resonemanget, som bygger på att § 88 är en slags förutsatt grundnorm för hela rättssystemet[67], har dock mött åtskillig kritik[68] och Zahle är t.ex. helt övertygad[69] om att proceduren i § 88 i praktiken skulle komma att följas om det skulle bli aktuellt att ändra denna bestämmelse.

Som Ross konstaterat[70] måste de danska förutsättningarna för grundlagsändringar betecknas som mycket stränga, inte minst därigenom att kravet på att minst 40 % av väljarna skall stödja förslaget till grundlagsändring ger »soffliggarna» ett betydande inflytande. Varje sådan person avger i praktiken en röst för bevarande av den rådande ordningen. Risken finns därför att även ett förslag till grundlagsändring som samtliga politiska partier ställt sig bakom kan få svårt att uppnå ett tillräckligt antal röster. § 88 bidrar därför, genom att göra ändringarna av grundlagen så pass svåra att genomföra i praktiken, på gott och ont till att konservera den nuvarande grundlagstexten.[71] Även om det naturligtvis kan vara en stor nackdel att det härigenom blir svårt att anpassa Grundloven till nya förhållanden[72], bör det emellertid i detta sammanhang noteras att det i en regel av denna typ även finns inbyggt ett starkt skydd för grundlagens fri- och rättighetsregler, som inte kan avskaffas utan oerhört omfattande arrangemang.[73]

4.3 Domstolarnas lagprövningsrätt

4.3.1 Allmänt

Som redan torde ha framgått präglas den danska statsrätten, inte minst såvitt gäller fri- och rättigheternas ställning, till stor del av bristen på rättspraxis. Många principiellt intressanta spörsmål har enbart diskuterats i doktrinen, varefter en viss uppfattning blivit allmänt rådande. Ett område där detta fenomen är tydligt, i avsaknad av lagreglering och tydlig rättspraxis, är lagprövningsrätten. Grundloven innehåller inga regler härom,

67. Se vidare om argumentationen, som påminner starkt om Hans Kelsens resonemang om grundnormen, Ross a.a.s. 162 ff.
68. Jfr bl.a. Erik Siesby, Om ændring av grundlovens ændringsprocedure, i Festskrift till Ross, 1969, s. 450-469, där vikten av att skilja mellan det ur logisk och filosofisk synpunkt mest tilltalande alternativet och den faktiskt gällande positiva rätten betonas starkt.
69. Zahle 1 s. 51.
70. A.a.s. 167 f.
71. Se om den tidigare Grundlovens motsvarande regel och dess effekter Zahle 2 s. 59 och Ross a.a. s. 168 samt för kritisk diskussion av den nuvarande regleringen Ross s. 169 och Zahle 2 s. 59 f.
72. Jfr Zahle 2 s. 60 om nödvändigheten av att tolka grundlagstexten så att den anpassas till nya förhållanden.
73. Se t.ex. Gralla, a.a.s. 122-130. Grundloven har f.ö. ännu aldrig ändrats sedan 1953. Däremot anses alla Grundlovens rättighetsregler, inklusive det kategoriska censurförbudet i § 77, **teoretiskt sett** kunna avskaffas genom grundlagsändring; se härom Sørensen, a.a.s. 32 och Germer, Dänemark, i E. Grabitz (utg.), Grundrechte in Europa und USA, Kehl/Strasbourg/Arlington 1986 s. 111. Någon motsvarighet till den s.k. evighetsgarantin i art. 79 st. 3 GG (jfr kap. 7.1.1) finns således knappast i dansk rätt; inte heller § 88 kan tolkas som en sådan (jfr nedan i 4.3.5).

utan den praxis eller sedvana som anses gälla härleds helt[74] ur vissa uttalanden från Højesteret i olika mål och de slutsatser om rättsläget som doktrinen ansett sig kunna dra av dessa.[75]

De danska domstolarna har ända sedan frågan först aktualiserades valt att utöva den lagprövningsrätt de tillerkänt sig med utomordentligt stor försiktighet. Resultatet av detta har blivit att lagprövningsrätten i Danmark spelar betydligt mindre praktisk roll än t.ex. i Norge men däremot, till sin reella omfattning, torde kunna jämföras med sin svenska motsvarighet.[76]

4.3.2 *Processförutsättningarna*

I likhet med bl.a. Norge och Sverige gäller även i Danmark att vilken domstol som helst kan pröva om någon lag eller förordning strider mot Grundloven, även om det givetvis är Højesterets avgöranden som skapar de vägledande prejudikaten. Frågan om lagprövning aktualiseras i varje mål där någon av parterna gör en invändning om att en lag är grundlagsstridig. I avsaknad av rättslig reglering anses de vanliga processuella reglerna gälla även i dessa mål[77], vilket bland annat innebär att frågan bara kan väckas av den som är part i målet och har ett konkret rättsligt intresse av att få saken prövad.[78] Någon preventiv normkontroll finns inte och ett allmänt intresse – hos en folketingsminoritet eller en intresserad medborgare – av att få lagens grundlagsenlighet rättsligt prövad är inte tillräckligt för att domstolarna skall ta upp frågan till behandling.[79]

Om en domstol skulle finna att en lag verkligen strider mot Grundloven kan domstolen inte upphäva lagen, utan får nöja sig med att åsidosätta den i det föreliggande fallet. Domen har således bara verkan *inter partes*. Detta behöver dock inte innebära att domen

74. I den mån det inte går att utläsa en kompetens för domstolarna att pröva lagarnas grundlagsenlighet ur den allmänna bestämmelsen om domstolarnas dömande makt i Grundlovens § 3 p. 3, jfr bl.a. Germer II s. 20 och Poul Andersen, Kan Domstolenes Kompetence til at prøve Loves Grundlovsmæssighed frakendes dem ved Lov?, Juristen 1960 s. 115 f. m.h.t. Sørensen. Se däremot Ross, Kan domstolens kompetence til at pröve leves grundlovsmæssighed berøves dem ved lov?, i festskrift till Poul Andersen, 1958, s. 359. Ross avvisade helt tanken att lagprövningsrätten kunde utläsas ut § 3 och fick därvidlag 1990 stöd av Christensen (se Forfatningsretten og det levende liv s. 208 ff).
75. Jfr Germer II s. 20 o. Zahle 2 s. 334. Lagprövningsrätten kan vidare sägas vara förutsatt i förarbetena till retsplejeloven, den danska rättegångsbalken, där det vid en ändring 1953 anmärkts att samtliga ledamöter av Højesteret normalt bör delta i behandlingen av mål där frågan huruvida en lag strider mot grundlagen uppstår. Jfr Sørensen s. 305 och SOU 1975:29 s. 36.
76. Eivind Smith menar dock samtidigt att det i dansk rättspraxis utvecklade kravet på att en lag endast kan åsidosättas om den **med säkerhet** kan sägas vara grundlagsstridig (jfr 4.3.3) inte går lika långt som uppenbarhetskravet i RF 11:14; se Rettslig prøving av lovgivning og regjeringsbeslutninger s. 128, Høyesterett...s. 294 o. kap. 18.2.4.
77. Jfr Germer II s. 30.
78. Jfr Sørensen s. 302 o. Ross, Dansk Statsforfatningsret s. 186.
79. Se t.ex. U 1972.903, där Østre Landsret, i dom den 19 juni 1972, avvisade en talan om att den lagstiftning som Danmark måste införa till följd av sitt EG-medlemskap var grundlagsstridig p.g.a. att lagen ännu inte införts och att sökanden inte berördes av lagstiftningen på ett sådant sätt att han kunde föra talan mot den.

saknar framtida rättsverkningar – alla myndigheter måste ju utgå från att lagen kommer att åsidosättas även i framtiden, varför den enligt doktrinen torde ha förlorat sin praktiska betydelse och knappast kommer att användas mer.[80]

4.3.3 *Lagprövningsrättens utveckling*

I Danmark skiljer man som i flertalet andra länder där domstolarnas lagprövningsrätt erkänns mellan formell och materiell lagprövning. Det är, som i flertalet andra länder, i första hand den materiella lagprövningen som givit upphov till diskussioner. Däremot ifrågasätts mycket sällan att domstolarna kan avgöra om något fel begåtts vid en lags tillkomst och att detta i så fall medför att lagen är ogiltig.[81]

Frågan om domstolarnas lagprövningsrätt aktualiserades första gången vid 1900-talets början.

I en dom 1912[82] fastslog Højesteret att lagstiftaren haft rätt att införa vissa bestämmelser om prästers anställningsvillkor, vilket av bl.a. domstolens dåvarande president Niels Lassen togs som bevis för att Højesteret nu principiellt hävdade att domstolarna hade rätt att pröva om lagar och förordningar var förenliga med Grundloven.[83] Rättsläget var dock ännu oklart, men klarnade genom några domar om ny jordlagstiftning i 1920-talets början där Østre Landsret i två fall fann lagen strida mot expropriationsregeln i den dåvarande Grundlovens § 80, men Højesteret efter en ingående prövning kom fram till att lagarna inte kunde åsidosättas som grundlagsstridiga.[84] Trots att lagarna sålunda inte åsidosattes framgick det klart av Højesterets resonemang att domstolen ansåg sig kompetent att pröva lagars grundlagsenlighet och åsidosätta de lagar som vid prövningen inte befanns vara förenliga med Grundloven[85], vilket också bekräftades av senare domar under 1921.[86] Inte heller i dessa fall, de s.k. grundbyrdeafløsningssagerne, eller i den s.k. faesteafløsningssagen[87], åsidosatte emellertid Højesteret någon lag, även om det var nära i det sistnämnda fallet där inledningsvis en majoritet ville åsidosätta lagen men en domare senare ändrade sig så att majoriteten, sex mot fem, kom att rösta för lagens upprätthållande.[88] Motiveringen för att inte åsidosätta lagen kom dock att bli vägledande för framtiden: Højesteret fann, efter en samlad bedömning av lagens verkningar, att det inte med den *säkerhet* som måste krävas för att domstolarna skulle kunna åsidosätta bestämmelserna i en lag som var formellt oantastlig, kunde hävdas att lagen var grundlagsstridig.[89]

Efter dessa mål har det inte rått någon tvekan i praxis och doktrin om att domstolarna faktiskt har rätt att pröva lagars formella och materiella grundlagsenlighet, ehuru denna prövningsrätt även fortsättningsvis alltid utövats med stor försiktighet av domstolarna.

I den praxis som därefter förekommit är de viktigaste fallen av relativt sent datum. Främst märks de s.k. isländska handskriftsmålen.

I det första av dessa, U 1967.22, gjorde Højesteret en noggrann prövning av lagens grundlagsenlig-

80. Jfr Sørensen s. 303 f.
81. Jfr Germer II s. 20.
82. U 1912.545.
83. Jfr Zahle 2 s. 332.
84. U 1921.148 och 1921.153.
85. Se Zahle 2 s. 332-33.
86. U 1921.168 o. 169.
87. U 1921.644.
88. Ibid och Germer II s. 23.
89. Jfr Zahle 2 s. 333.

het och slog än en gång uttryckligen fast att domstolarna hade rätt att åsidosätta lagen om den skulle visa sig vara grundlagsstridig, ehuru denna lag ansågs förenlig med § 73 i Grundloven. I det andra målet, U 1971.299, åsidosatte däremot Højesteret handskriftslagen på en punkt, som gällde bemyndigande för statsministern att besluta om överförande av kapital (utan vederlag) från en stiftelse till Islands universitet. Utöver denna dom märks i rättspraxis ett fall där en lag bedömts vara oförenlig med § 73, nämligen U 1980.955 där Østre Landsret tillerkände ett rederi ersättning med 220.000:- på grund av att ett hinder mot fria sjötransporter till Grönland, som befanns vara av expropriativ karaktär, hindrat redaren i dennes verksamhet.[90]

Sistnämnda fall illusterar Zahles påpekande att kritik av en lags grundlagsenlighet inte behöver innebära att lagen åsidosätts, i vart fall inte om »felet» med lagen är att den strider mot § 73.[91] Om domstolarna finner att lagen faktiskt är expropriativ är konsekvensen inte nödvändigtvis att den inte skall gälla, utan den som drabbats av lagen kan ändå få ersättning.

4.3.4 *Lagprövningens räckvidd*

Frågan om vilket omfång, eller vilken intensitet[92] lagprövningsrätten i praktiken har är livligt diskuterad i dansk doktrin, inte minst mot bakgrund av den försiktighet som domstolarna alltid visat med att åsidosätta de lagar vars grundlagsenlighet de haft att bedöma. Redan i fæsteafløsningsmålet 1921 slog Højesteret alltså fast att det krävdes en viss *säkerhet* för att domstolarna skulle kunna åsidosätta en lag som grundlagsstridig. Vad detta krav egentligen innebär har ända sedan dess varit en omdiskuterad fråga, som knappast fått något definitivt svar i den rättspraxis som därefter utvecklats.

Tidigare kunde domstolarnas tveksamhet till att verkligen åsidosätta någon lag rentav leda till osäkerhet om huruvida prövningsrätten hade någon reell innebörd. O.A. Borum hävdade i en artikel 1969 att det inte fanns något prejudikat som kunde tas till intäkt för att domstolarna kunde åsidosätta en lag på grund av dess innehåll.[93] Av de fall som förelåg sedan 1920 framgick endast att vissa lagar inte ansågs strida mot Grundloven, men eftersom det inte i något enda av dessa fall yrkats att saken skulle avvisas emedan domstolen inte var behörig att pröva lagens grundlagsenlighet gick det, enligt Borum, inte att härav dra några slutsatser om att den materiella lagprövningsrätten verkligen existerade. Snarare var det, menade han, troligt att domstolarna, eftersom de hittills aldrig gjort det, inte heller i framtiden skulle komma att åsidosätta någon lag på grund av dess innehållsmässiga grundlagsstridighet.[94]

Rättspraxis har emellertid genom 1971 och i viss mån även 1980 års fall visat att den materiella lagprövningsrätten trots allt existerar.[95] Frågan är därför snarare om det går att ha någon uppfattning om vad som krävs, för närvarande och framgent, för att en lag

90. Se om målet Germer II s. 24 f.
91. Zahle 2 s. 338-39.
92. Jfr Germer II s. 26.
93. Domstolenes ret til prøvelse av loves grundlovmæssighed – endnu en gang, i Festskrift till Ross, 2. 49-61.
94. Denna debatt påminner åtskilligt om den debatt om lagprövningsrättens existens i svensk rätt som från 1956 och några år framåt fördes mellan Gustaf Petrén och Östen Undén; jfr kap. 18.1.1.
95. Vilket givetvis inte hindrar att domstolarnas försiktighet kan kritiseras; jfr de kritiska synpunkterna nedan i kap. 4.3.6.

skall åsidosättas på grund av materiell grundlagsstridighet.

Ross, som överhuvudtaget hade en kritisk inställning till lagprövningsrätten[96], menade att domstolarnas försiktighet och det vägledande uttalandet i U 1921.644 måste tolkas som att Højesteret bara skulle åsidosätta en lag när grundlagsstridigheten var uppenbar[97], varemot Poul Andersen hävdade att eftersom de flesta föreliggande domar gällde lagars förenlighet med Grundlovens expropriationsregler gick det inte att dra några slutsatser om att domstolarna skulle vara lika försiktiga med att åsidosätta andra typer av lagar.[98] Germer lanserade 1973, i avhandlingen Ytringsfrihedens væsen, en teori om att grundlagens politiska frihetsrättigheter, yttrande-, mötes- och föreningsfriheten, borde åtnjuta ett starkare skydd i domstolarnas lagprövning än övriga rättigheter. Domstolarna borde verkligen gå till botten med frågan om en lag stred mot någon av dessa grundlagsregler, på ett annat sätt än de behövde göra när det var fråga om konflikt med andra rättighetsregler.[99] Inspirerad av amerikansk 1900-talspraxis på området – främst det starka betonandet i Supreme Courts domar, från 1930-talet och framåt, av »the preferred position principle»[100] – förordade Germer att de danska domstolarna – i vart fall Højesteret – borde anlägga ett liknande perspektiv. Resonemanget känns igen från norsk doktrin[101] och har i Norge även vunnit gehör i praxis genom majoritetens uttalande i Kløfta-målet.[102] Dessa synpunkter har emellertid ännu inte slagit igenom i dansk praxis.[103]

Sørensen skrev 1973 i en anmälan av Germers avhandling att domstolarna måste ha en säker och klar grund att stå på för att kunna åsidosätta en lag som grundlagsstridig, varför detta normalt inte bör få ske när det rör sig om en lag baserad på en avvägning mellan motstridiga, var för sig legitima intressen.[104] Härigenom utesluts uppenbarligen alla möjligheter för domstolarna att basera sina avgöranden på någon form av Abwägung-metodik.[105] Denna bedömning av rättsläget, som ju ligger nära det i praxis uppställda kravet på säker grundlagsstridighet, torde äga sin giltighet än i dag.[106]

I Danmark finns, i alla fall enligt doktrinen[107], samma möjlighet som i flera andra

96. Se närmare avsnitt 4.3.5 o. 3.2.4.1.
97. Dansk Statsforfatningsret s. 189 f. Se även Gralla, a.a.s. 79, som menar att ett uppenbart fall t.ex. är när en lag strider mot det uttryckliga censurförbudet i § 77 p. 2.
98. Andersen, Dansk Statsforfatningsret, Köpenhamn 1954, s. 473, se även Germer II s. 27 och i Ytringsfrihedens væsen, 1973, s. 94 o. s. 99 f.
99. Ytringsfrihedens væsen s. 93-101. Se även Germer, Menneskerettighedernes forfatningsretslige funktion i velfærdssamfundet, Jussens Venner 1981 s. 330-38 in fine.
100. Jfr kap. 10.9.3.
101. Jfr Carsten Smith, Domstolene of rettsutviklingen, LoR 1975 s. 292-319. Se vidare kap. 5.2.2.
102. Rt. 1976 s. 1, se kap. 5.2.2.
103. Jfr Germer II s. 28, vid not 79.
104. Juristen 1973 s. 358-61, se särskilt s. 360 f.
105. Jfr kap. 7.4.1.2 om denna metods betydelse i tysk rätt.
106. Det är därför logiskt att allmän enighet tycks råda i doktrinen om att domstolarna knappast har rätt att pröva, huruvida kravet i § 73 st. 1 p. 2 att ingen kan tvingas att avstå från sin egendom utom när den s.k. allmänviljan kräver det är uppfyllt. Tolkningen av vad allmänviljan innebär i dessa fall anses vara en fråga för lagstiftarens skön och inte något som domstolarna kan ta ställning till. Jfr Ross a.a.s. 189 och Sörensen s. 301 samt Zahle 2 s. 339-40. Denna uppfattning har också stöd i praxis; se Germer, Dänemark, s. 105 vid not 71 samt Jørgen Albæk Jensen, Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere domspraksis, UfR 1992 s. 349-357.
107. Se Zahle, s. 341, Ross a.a.s. 190 och Sørensen, Statsforfatningsret s. 302.

länder för domstolarna att, i stället för att åsidosätta en lag som grundlagsstridig, tolka lagen och/eller Grundloven på ett sådant sätt att konflikter dememellan inte uppstår. Bristen på rättspraxis gör det emellertid svårt att uttala sig om hur långt denna tolkningsmöjlighet sträcker sig och vilken betydelse den har, eller att dra några slutsatser om dess inverkan på rättsläget.

4.3.5 Ross' skepsis mot lagprövning

Ovan i avsnitt 3.2.4.1 framgick att Ross förespråkade ett utpräglat formellt demokratibegrepp. Rättighetsskyddets betydelse för demokratin var enligt Ross helt marginell. Ross gick till och med så långt att han ifrågasatte om rättighetsskydd i första hand var en uppgift för domstolar; i stället menade han att lagstiftaren borde kunna avgöra om en lag var grundlagsenlig, så att denna fråga skulle vara definitivt avgjord när lagen antagits.[108]

Orsakerna till denna oerhört formella demokratisyn har analyserats något i 3.2.4.1. Vad vi kan se i detta kapitel är hur denna grundläggande hållning också påverkade Ross' hållning i konkreta statsrättsliga frågor. På punkt efter punkt förespråkade han som vi sett, ofta i strid med dominerande uppfattningar i övrig doktrin, lösningar som innebär att det lagstiftande organet – eller snarare majoriteten i detta – tillerkändes befogenheter på den dömande maktens bekostnad. Sålunda hävdade han att domstolarna saknade rätt att pröva om grundlagens krav på tre behandlingar av lagförslag (§ 41, se avsnitt 4.2.1) var uppfyllt. Vidare menade han att majoriteten i folketinget skulle kunna avgöra om ett lagförslag kan bli föremål för folkomröstning, eller om det avser expropriation i enlighet med § 73 (se avsnitt 4.2.2.1). Domstolarnas försiktiga hållning i lagprövningsfrågor betecknade han som tillfredsställande[109], varför det inte förvånar att han ansåg att den lagprövningsrätt vars existens han trots allt erkände skulle kunna avskaffas genom en vanlig lag (se nedan i 4.3.6).

Jens Peter Christensen har i en kritisk analys av Ross' hållning i dessa frågor funnit en mängd brister på överensstämmelse mellan den fria (grund)lagtolkning Ross i allmänhet förespråkade och hans inställning i konkreta statsrättsliga frågor. Detta gäller både lagprövningsrätten och de politiska rättigheter som Ross trots allt ville värna om.[110] Den enda bestämmelse som Ross i viss mån tolkade i strid med sin ordalydelse var § 73, som han menade inte borde medföra så starkt äganderättsskydd som ordalydelsen antydde.[111] Om orsaken härtill blott är ideologiska preferenser är svårt att veta. Vad som är uppenbart är dock att Ross i praktiken knappast var någon framträdande banérförare för de medborgerliga rättigheterna.

Denna hållning är desto mer anmärkningsvärd som Ross' allmänna konstitutionella syn bottnade i en Kelsen-påverkad uppfattning om en normhierarki, i vars topp fanns en grundnorm, vilken för Danmarks del utgjordes av § 88 i Grundloven.[112] § 88, dvs regeln om hur grundlagen ändras, var enligt Ross den enda bestämmelse som inte kunde

108. Se Dansk Statsforfatningsret s. 178.
109. A.a.s. 184, se vidare nedan i 4.3.6.
110. Se Christensen, Forfatningsretten og det levende liv s. 118 ff o. 122 ff samt ovan i kap. 3.2.4.1.
111. Se Christensen, a.a.s. 136 f.
112. Se närmare a.a.s. 154 ff o. 162 ff.

ändras ens av den grundlagstiftande församlingen (och således en evighetsregel i stil med art. 79 st. 3 GG).[113] I övrigt skulle däremot den erforderliga majoriteten – för lag- eller grundlagsändring – ha total handlingsfrihet. Ross var alltså i likhet med Kelsen starkt övertygad om att grundlagen var lex superior i förhållande till vanliga lagar, men ansåg däremot till skillnad från Kelsen inte att någon domstol skulle kunna värna om denna grundlagens överhöghet (eller att enskilda individer skulle kunna åberopa den mot lagstiftaren). Detta skulle nämligen inkräkta på vad som för Ross var det högsta goda; folksuveräniteten och majoritetens därav följande bestämmanderätt. »Så snart man, formelt eller reelt, er inde på at lægge hindringer i vejen for det til enhver tid rådende flertal til at gennemføre hvad det anser for ret og rigtigt, kommer man i strid med en bærende tanke i demokratiet, folkets selvbestemmelsesret, specielt dets ret til, til enhver tid at bestemme sin forfatning.»[114]

Ross har i danskt rättsliv under 1900-talet haft en ställning som varit minst lika stark som de s.k. rättsrealisternas position varit i Sverige.[115] Just på statsrättens område är det dock ett faktum att han ofta fått mothugg av framstående rättsvetenskapsmän som Max Sørensen och Poul Andersen. Det torde också ha framgått i detta kapitel att Ross ofta var ganska ensam om sina uppfattningar, vilka f.ö. sällan delas av den nyare doktrinen. Ändå är det en intressant fråga (som dock inte kan besvaras här) i vilken utsträckning de danska domstolarnas återhållsamhet i lagprövningsfrågor möjligen kan ha influerats av de skarpt markerade rättsideologiska uppfattningar som Ross med sådan kraft förde fram.

4.3.6 *Kritik mot domstolarnas försiktighet*

Den försiktighet som de danska domstolarna alltid har visat med att åsidosätta lagar som grundlagsstridiga har givetvis även givit upphov till viss rättspolitisk principdiskussion, vars huvuddrag bör återges här.

Såväl Ross som Sørensen betonade att domstolarnas försiktighet inte gjorde lagprövningsrätten innehållslös eller illusorisk, eftersom möjligheten att en lag kan komma att bli åsidosatt får antas ha en viss preventiv verkan på lagstiftaren.[116] Enligt Ross var den rådande ordningen »tillfredsställande».[117] Viss principiell kritik har emellertid riktats mot själva metoden, från Höjesterets sida, att i ett antal mål utgå från att domstolen har rätt att åsidosätta lagen om den skulle strida mot Grundloven men sedan, efter en ingående prövning, komma fram till att så inte är fallet.[118]

Zahle menar att det är en helt öppen fråga om lagprövningsrätten egentligen bidragit till att stärka Folketingets och andra myndigheters respekt för grundlagen, eftersom lagprövningsrättens legitimerande effekt i förhållande till lagstiftningens grundlagsenlighet

113. Ibid s. 170 f. Jfr avsn. 4.2.2.2 in fine.
114. Ibid s. 169.
115. Jfr härom kap. 2.4.1 o. 16.7.
116. Se Ross a.a.s. 190 o. Sørensen, s. 304. Samma argument har varit populärt även i svensk debatt, liksom i lagförarbeten; se kap. 18.4 o. 18.1.2.
117. Dansk Statsforfatningsret s. 184.
118. Se t.ex. Borum i Festskrift till Ross s. 56 med hänvisningar.

helt kan uppväga dess preventiva betydelse.[119] Han betonar därför att lagprövningen i framtiden måste utövas **med kraft** av domstolarna för att få mer än enbart en legitimerande betydelse.[120]

Det faktum att domstolarnas lagprövningsrätt inte omnämns i Grundloven har f.ö. givit upphov till en viss diskussion om lagprövningsrättens rättsliga ställning. Frågan väcktes av Ross, som i en artikel 1958 argumenterade för att lagprövningsrätten inte åtnjöt ett starkare rättsligt skydd än att den skulle kunna avskaffas genom en vanlig lag; detta berodde på att den lagprövningsrätt som tillerkändes domstolarna inte härleddes ur någon konstitutionell sedvana utan endast ur rättspraxis.[121] Ross' teori har mött åtskilligt motstånd i övrig doktrin och i dag är det allmänt erkänt att lagprövningsrätten är en statsrättslig sedvana – enligt vissa möjlig att härleda ur Grundlovens § 3 p. 3[122] – av samma dignitet som en grundlagsregel, varför den inte kan avskaffas på annat sätt än genom en grundlagsändring.[123]

Vid en jämförelse med svensk doktrin på området kan den iakttagelsen göras att irritationen över domstolarnas återhållsamhet i åtminstone den nyare danska doktrinen tycks vara betydande. Här finns troligen ett samband med den på senare tid växande kritiken mot rättsrealismens och främst Ross' dominans i den teoretiska doktrinen: Lagprövningen i Sverige och Danmark har sedan länge, i betydligt högre grad än i Norge främst präglats av en långtgående *restraint* från domstolarnas sida. Detta torde åtminstone delvis bero på det formella demokratibegreppets långvariga dominans (samt det starka inflytandet från Uppsalaskolan och den skandinaviska rättsrealismen, främst från Hägerström i Sverige och Ross i Danmark). I ny dansk doktrin märks en klar skepsis mot detta arv, vilken ännu inte kommit lika klart till uttryck i svensk doktrin.[124]

4.4 Folkrättens ställning i dansk rätt. Särskilt om Europakonventionen

Grundloven säger inget om vilken ställning ingångna konventioner och traktater har i dansk rätt, men utgångspunkten för förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt är i Danmark, liksom i de övriga nordiska länderna (jfr dock avsnitt 6.4 om Finland), dualistisk.[125] Av Danmark ratificerade traktater och internationella konventioner blir sålunda inte gällande som en del av dansk rätt förrän de, enligt gängse metoder, transfor-

119. Zahle 2 s. 343. Jfr om motsvarande uppfattning avseende svensk rätt, som närmast företrätts av Holmberg, kap. 18.4.
120. Ibid.
121. Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovsmæssighed berøves dem ved lov?, i Festskrift till Poul Andersen, 1958 s. 356-370.
122. Jfr ovan härom ovan på s. 168 i not 74.
123. Se för ett ingående resonemang till vederläggande av Ross' tes, förutom Andersen, Zahle 2 s. 343 ff.
124. Här kan t.ex. hänvisas till Rehofs kritiska Ross-analys i På sporet af pragmatismen (se kap. 3.2.4.1 på s. 138 f) samt Christensens kritik mot Ross i Forfatningsretten og det levende liv. Även Peter Høilunds Den forbudte Retsfølelse från 1992 kan nämnas i sammanhanget.
125. Se t.ex. Germer II s. 39 och Zahle 2 s. 93 f.

merats eller inkorporerats i den nationella danska rätten genom lagstiftning.[126]

Dualismens verkningar begränsas emellertid i praktiken något av de två regler, fortolkningsreglen (»tolkningsregeln») och formodningsreglen (»presumtionsregeln») – mina översättningar – för tillämpning av av Danmark ratificerade konventioner, vilka sedan länge erkänts av doktrin och i praxis. Tolkningsregeln innebär att danska rättsregler i tveksamma fall skall tolkas på ett sätt som gör att de överensstämmer med landets folkrättsliga förpliktelser[127], medan presumtionsregeln kan sägas innebära att de rättstillämpande myndigheterna *alltid* – alltså inte bara när de inhemska reglerna ger upphov till tolkningstvivel – skall utgå från lagstiftningens avsikt och, om de kan anta att denna inte är att Danmark skall bryta mot landets folkrättsliga förpliktelser, tillämpa de nationella lagarna på ett sätt som inte strider mot folkrätten.[128]

Trots förekomsten av dessa tolkningsprinciper uppstod dock under 1980-talet vissa tvivel om huruvida dansk rätt verkligen överensstämde med ECHR. Folketinget beslöt därför 1989 att tillsätta en utredning som skulle undersöka möjligheterna att inkorporera ECHR i dansk rätt.

Rättsläget före inkorporeringen av ECHR var något oklart. I det tidigare nämnda avgörandet U 1986.898 förklarade Højesteret att ECHR inte var direkt tillämplig i dansk rätt, vilket alltid ansetts vara huvudregeln. Samtidigt visade Højesteret i några senare fall att domstolen tog mycket starka intryck av praxis från ECtHR och i allt högre grad tolkade danska lagar mot bakgrund härav. Ingen dansk domstol fann dock någonsin anledning att konstatera direkt oförenlighet mellan en dansk lag och konventionen; i stället tänjdes området för de nämnda tolkningsreglerna allt längre.[129]

Den nämnda utredningen föreslog i april 1991 att ECHR borde införlivas i dansk rätt genom lag. Eftersom förslaget inte rönte något allvarligt motstånd framlade justitiedepartementet i februari 1992 ett förslag till lag om ECHR, som antogs av Folketinget med bred majoritet den 7 april 1992 och trädde i kraft den 1 juli samma år. Detta innebär således att ECHR inte har grundlagsstatus och formellt inte är överordnad vanliga lagar.

Vilken praktisk effekt har då konventionens införlivande i dansk rätt fått? Vad som kan konstateras under den korta tid som ECHR varit en del av gällande dansk rätt är att antalet avgöranden där domstolarna tagit hänsyn till konventionen och åberopat den i sina avgöranden stigit kraftigt.[130] Härav bör dock inga överdrivna slutsatser dras om

126. Se beträffande möjliga undantag från denna huvudregel Germer II s. 39. John Lundum konstaterar i Den danske inkorporering av den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Mor 1993 s. 274, att dessa metoder använts mycket sällan och att det normala förfarandet i stället varit s.k. konstaterande av normharmoni, dvs. att en undersökning företagits av om dansk rätt överensstämde med reglerna i den ingångna traktaten, varefter eventuella brister rättats till genom lagändringar. Detta gällde också vid antagandet av ECHR 1953.
127. Jfr Zahle 2 s. 97 och Carl Aage Nørgaard, Den europæiske menneskerettighedskonvention og dansk ret, UfR 1987 s. 74 f samt Riis i UfR 1987 s. 54 f med ytterligare hänvisningar. Det klassiska exemplet på tolkningsregeln i praxis är en dom från Köpenhamns byret den 25 april 1966, se härom Nørgaard s. 75 och Nina Holst – Christensen, Gælder menneskerettigheterne i Danmark?, Juristen 1989 s. 49 vid not 7. Att dualismen är huvudregeln kom dock till klart uttryck i U 1986.898, den s.k. HT-saken; se vidare bl.a. Germer II s. 93.
128. Se Zahle 2 s. 98, Nørgaard och Riis, a.a.
129. Främst U 1990.13; se närmare Søren Stenderup Jensen, The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law, Köpenhamn 1992 s. 87 f, 107 o. 151 ff.
130. Genomgångar av denna praxis finns hos Lundum, a.a.s. 275 ff och Eva Smith, Anvændelse af Den europæiske Menneskerettighedskonvention ved danske domstole, UfR 1994 s. 99-107.

att utrymmet för domstolarnas laprövningsrätt ökat; samtliga avgöranden har hittills gällt olika straffprocessuella frågor och ingen domstol har ännu underkänt någon lag för att den strider mot ECHR.[131] De praktiska effekterna för rättighetsskyddets del av ett införlivande av ECHR tycks alltså inte vara särskilt stora, åtminstone inte på kort sikt.[132]

4.5 Några teorifrågor

Doktrinen har alltså stor betydelse i den danska statsrätten, vilket främst beror på avsaknaden av rättspraxis. I denna doktrin har dock gjorts få ansatser till mer rättsteoretiska analyser av rättigheternas roll i samhället eller av olika rättigheters karaktär. *Rättighetsteorier* av det slag som är så vanliga i t.ex. tysk doktrin[133] lyste länge med sin frånvaro i den danska diskussionen om rättighetsskyddet. Efterhand har dock de rättsteoretiska frågorna fått en något mer framskjuten position i doktrinen.

Som vi sett i avsnitt 4.3.4 pläderade Germer 1973 för tillämpandet av en teori om preferred rights i dansk lagprövningspraxis, en ståndpunkt som fått begränsat gehör i praxis.[134] Intressant är i det sammanhanget att Ross, som ju i och för sig var skeptisk till lagprövning i allmänhet och därför inte hade någon anledning att utarbeta teorier om vilka rättigheter som eventuellt borde åtnjuta ett starkare skydd än andra, dock menade att yttrande- och föreningsfriheten var så oupplösligt förbundna med demokratin att majoritetsprincipen, som enligt honom var demokratins kärna, utan dessa rättigheter skulle förlora sin mening. En omröstning som inte föregåtts av en fri debatt kunde enligt Ross inte uppfattas som ett sant uttryck för folkets vilja.[135]

Avsaknaden av rättighetsteorier i dansk doktrin var ett centralt tema i Grallas komparativa analys av rättighetsskyddet i Danmark och dåvarande Västtyskland.[136] Gralla

131. Det sagda modifieras kanske något av avgörandet U 1994.536, där Højesteret upphävde en dom från lägre instans och återförvisade målet till byretten p.g.a. att ordföranden i målet inte varit ordinarie domare vid byretten utan tjänstgjort i justitiedepartementet (s.k. konstituered dommere eller dommerfuldmaegtige). Højesteret fann det, mot bakgrund av hur vanligt förekommande systemet var, tveksamt om den danska praxis, enligt vilken tjänstemän från justitiedepartementet ofta fungerade som ordförande i domstolar utan att ha fast tjänst där var förenlig med art. 6 st 1 ECtHR. (Däremot var den förenlig med art. 3 o. 64 i grundloven; någon direkt *oförenlighet* med art. 6 i ECHR befanns ej heller föreligga.) Denna ordning hade visst stöd i retsplejelovens bestämmelser, varför det här i praktiken åtminstone nästan blev fråga om åsidosättande av en lag. Det faktum att domstolens tvivel om förfarandets förenlighet med ECHR föranledde återförvisning, medan tveksamheten kring lagens grundlagsenlighet ej ledde till en sådan åtgärd diskuteras kritiskt av Zahle i Et brug af konstituerede dommere brud på grundloven?, Lov og Ret (Danmark) nr 4 1995 s. 10-13.
132. Det kan nämnas att de bägge ovannämnda tolkningsprinciperna alltjämt anses vara gällande (jfr Lundum, a.a.s. 275), vilket kan förklara att domstolarna alltjämt »lyckas» upprätthålla så gott som alla danska lagar. Den tendens som Zahle i U 1994.536 funnit till att domstolarna kanske hellre vägrar att tillämpa en lag med åberopande av ECHR än av Grundloven (se föregående not) kan kanske medföra en ändring i hittillsvarande förhållanden.
133. Se närmare kap. 7.5.
134. I doktrinen tas den emellertid upp på nytt av Christensen i Forfatningsretten og det levende liv s. 213 ff.
135. Se närmare kap. 3.2.4.1.
136. A.a., se särskilt s. 81-185 o. s. 441-52.

konstaterade att det i de bägge klassiska statsrättsliga standardverken av Ross och Sørensen helt saknas teoretiska inslag (utöver indelningar av rättigheterna i olika grupper) och efterlyste diskussion och analys av t.ex. huruvida lagstiftaren vid en rättighetsbegränsning måste respektera något krav på *Verhältnismässigkeit*[137] eller av om rättigheterna ibland, och i så fall när, bör kunna åberopas mot privatpersoner och företag.

Grallas tes, att den danska doktrinen lider av eller åtminstone är behäftad med ett teoretiskt underskott, ett »teorideficit», har inte ifrågasatts.[138] Däremot kan kanske kritik riktas mot resultatet av Grallas eget försök att analysera det danska rättighetsskyddet med utgångspunkt från vissa i tysk rätt centrala begrepp.

Sålunda menar Gralla att det, trots att begreppet aldrig erkänts i dansk rätt, måste förutsättas gälla ett skydd för de flesta rättigheternas väsensinnehåll, deras *Wesensgehalt*.[139] Hans argument härför är främst att enbart få rättigheter i Grundloven är rena programförklaringar, varför flertalet rättigheter kan åberopas inför domstol och därför måste innehålla en även för lagstiftaren oangripbar *kärna*.[140] Till saken hörde att Germer i Ytringsfrihedens væsen föreslagit att just yttrandefrihetens väsensinnehåll borde vara okränkbart, en ståndpunkt som motiverades dels med exempel från utländsk rätt, dels från äldre dansk doktrin.[141] Germers de lege ferenda-resonemang avvisades dock ganska bestämt av Sørensen, som menade att väsensinnehållet var ett alltför obestämt begrepp för att användas av en domstol i en lagprövningssituation[142], och har inte heller senare fått något stöd i dansk doktrin eller praxis. Med tanke på att Grundloven inte nämner Wesensgehalt eller liknande begrepp och att frågan aldrig prövats i praxis men avfärdats i doktrinen förefaller Grallas konstaterande att ett väsensinnehåll existerar, de lege lata, vara lite för långtgående.[143]

137. Jfr kap. 7.4.2.2.
138. Se tvärtom Christensen i Juristen 1989 s. 1 f. Jfr även Germer, Dänemark s. 111. Det kan däremot tänkas att om detta teorideficit nu är på väg att minska; tendenser i den riktningen finns förutom i Rehofs och Christensens nämnda framställningar (På sporet af pragmatismen...resp. Forfatningsretten og det levende liv) i några nya statsrättsliga artiklar; se Michael H. Jensen, Proportionalitetsprincippet i forfatningsretslig belysning, UfR 1994 s. 335-344, där (den eventuella) förekomsten i dansk rätt av en allmän proportionalitetsprincip, atarkt påminnande om Verhältnismässigkeit i tysk rätt (jfr kap. 7.4.2.2) analyserats. Jensen pläderar för anammandet av en sådan, i den mån den inte redan är ett faktum, eftersom detta kan leda till »at domstolene vil overlade lovgiver mindre spillerum ved regulering af de grundlovssikrede rettigheter» (s. 343). Se även Albæk Jensen, a.a.s. 349-357, där förekomsten av avvägningar mellan olika intressen i domstolarnas yttrandefrihetsavgöranden diskuteras.
139. Se art. 19 st. 2 GG, jfr kap. 7.4.2.1.
140. A.a.s. 112.
141. Se a.a.s. 169-208.
142. Se Juristen 1973 s. 361: »En lovgivning der er resultatet af en bevidst afvejning af modstående, hver for sig legitime interesser, bør ikke kunne underkendes af domstolene blot under påberåbelse af »væsensindholdet» af en frihedsret der er så ubestemt formuleret som tilfældet er med ytringsfriheden i den danske grundlov.»
143. Med mer fog kan faktiskt hävdas att ett väsensinnehåll gäller i svensk rätt för vissa rättigheter; se närmare kap. 19.7.

5. Norge

5.1 1814 års grundlag

5.1.1 Allmänt

Norge har, i likhet med USA, en mycket gammal grundlag, vilket givetvis kan ge upphov till särskilda problem. Det är därför föga förvånande att förslag om att grundlagen borde moderniseras är vanligt förekommande i norsk doktrin.[1] Mer anmärkningsvärt är kanske att grundlagen fungerar så bra som den gör och inte ifrågasätts mer.

1814 års grundlagsstiftare var betydligt mer inspirerade av de rättighetsförklaringar som ett kvartssekel tidigare antagits i Frankrike och USA – och av de idéer som bar upp dessa – än exempelvis männen bakom 1809 års svenska regeringsform var.[2] Under utarbetandet av grundlagen framfördes också flera förslag om att grundlagen borde inledas med någon form av rättighetsförklaring.[3] Slutresultatet blev emellertid ett annat, nämligen att några få, rätt korta bestämmelser om fri- och rättigheter kom att inflyta i grundlagens del E, som bär rubriken Allmänna bestämmelser. Exakt varför den så kallade riksförsamlingen på Eidsvoll, som skulle anta grundlagen, valde att utelämna de mer högtravande förslagen till rättighetsdeklarationer och koncentrera sig på några korta, enkla rättsregler är svårt att veta.[4] Andenæs menar att detta kan ha berott både på den s.k. konstitutionskommitténs sammansättning och på »det norske lynne», som skulle stå mer åt »juss» än filosofi.[5] Konstitutionskommitténs överläggningar tycks ha varit

1. Se t.ex. Torkel Opsahl, Bør vi modernisere individets grunnlovsvern?, LoR 1968 s. 65-82, Reform av statsrettslige grunnprinsipper, TfR 1969 s. 83-121 och Trenger Norge en ny grunnlov?, LoR 1989 s. 451-464 samt Eivind Smith, Rettslig binding av politisk handlefrihet, i Smith (utg.), »Jus» og »politikk» i det norske statsliv, Oslo 1989 s. 128.
2. Se närmare Kåre Tønnesson, Menneskerettighetserklæringerne i det attende århundre og den norske grunnlov, TfR 1990 s. 30-38, Johs. Andenæs, Menneskerettighetserklæringerne i det 18. århundre og den norske grunnlov, TfR 1942 s. 474-496 samt allmänt om bakgrunden till 1814 års regeringsform även Asbjørn Eide, Menneskerettigheter i det norske rettssystem fra 1814 til ca. 1970, TfR 1990 s. 39-59, särskilt s. 46 f. Se om tillkomsten av dessa deklarationer kap. 2.2.2, 8.2 resp. 10.4. Som Tønnesson påpekat (s. 37) har den livliga diskussionen i svensk historisk doktrin om huruvida 1809 års RF helt byggde på inhemska traditioner eller huvudsakligen på utländska influenser aldrig haft någon motsvarighet i Norge, vilket enligt honom beror på »de importerte modellenes åpenbare betydning». Jfr om 1809 års RF i Sverige kap. 16.2.
3. Se närmare Eide och Tønnesson, a.a. samt även Eide i Grunnlov og menneskerettigheter, LoR 1989 s. 195-208, särskilt s. 201-04, och vidare Johs Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 6 uppl, Oslo 1986 s. 44 ff.
4. Jfr Andenæs, a.a.s. 484 o. 495, Eide i TfR 1990 s. 48 samt om de historiska utgångspunkterna, de agerande personernas ambitioner osv Tønnesson, a.a.s. 35 ff.
5. A.a.s. 496.

mindre väl dokumenterade än KU:s vid antagandet av GRF 1809.[6] Grunnloven från 1814 har under alla omständigheter visat sig ha en enastående livskraft.[7]

Reglerna i den norska grundlagen om medborgerliga rättigheter är kortfattade och i flertalet fall allmänt hållna, vilket dock inte hindrar att de tycks fungera mycket väl i praktiken. Sålunda har Norge endast vid ett tillfälle fällts för brott mot ECHR[8] och politiska strider om rättighetsskyddets omfattning har varit sällsynta. De förslag till modernisering av reglerna som förts fram har i allmänhet mött visst motstånd i den rättsliga och politiska debatten, vilket brukar förklaras med det fenomen som kallas »*grunnlovskonservatism*» och kan sägas innebära att Grunnloven ses som en symbol för det nationella oberoendet, vilken i möjligaste mån bör bevaras oförändrad.[9]

Rötterna till grunnlovskonservatismen finns i unionstiden. 1824 framfördes från svensk sida ett förslag till ingående grundlagsändringar, som möttes med skarpa protester (och inte genomfördes). Åtminstone därefter sågs Grunnloven som ett värn mot svenska anspråk på att styra Norges utveckling. Efter unionsupplösningen, när samhällsutvecklingen i stort – med undantag för den tyska ockupationen under andra världskriget – varit gynnsam och präglad av stor kontinuitet har tanken på ingripande ändringar av grundlagstexten av flertalet norrmän, liksom bland flertalet politiker, helt enkelt upplevts som onödig (och kanske lite äventyrlig). Den historiska traditionen och viljan att värna om symbolen för det nationella oberoendet har således blandats med en mer allmän konservatism. Att den norska grundlagen, på ett helt annat sätt än t.ex. den svenska, har en stor betydelse i »det allmänna rättsmedvetandet» är uppenbart, varjämte även de relativt stränga reglerna för ändring av Grunnloven (se nedan i 5.1.2) försvårar ett eventuellt genomförande av konstitutionella reformer.[10]

5.1.2 *Fri- och rättighetsreglerna*

Fri- och rättighetsreglerna i den norska grundlagen är som nämnts inte särskilt omfattande eller utförliga. De bildar ingen rättighetskatalog och ger så att säga inget sammanhängande skydd för individen mot eventuella övergrepp från statsmakternas sida.[11] De flesta av rättighetsreglerna är heller inte formulerade så att de tillerkänner alla norska medborgare vissa rättigheter, utan snarare så att de sätter gränser för den statliga makt-

6. Jfr Andenæs, a.a.s. 488 samt nedan i kap. 16.2.
7. Grundlagen reviderades dels 1905 i samband med unionsupplösningen, dels, i mer väsentliga avseenden, i samband med parlamentarismens framväxt 1884 och rösträttens införande i skilda etapper 1913 samt 1920. Jfr Opsahl, Trenger Norge en ny grunnlov? s. 463: »Våre gamle grunnlover har vist seg nesten ufattelig tilpasningsdyktige.» Nya rättighetsregler har införts vid några tillfällen; t.ex. ändrades rösträttsreglerna vid den allmänna rösträttens införande. Religionsfriheten i § 2 har i olika omgångar reformerats från ett ursprungligt förbud för jesuiter, munkordnar och judar att utöva sin religion till dagens religionsfrihet. Av betydelse är vidare införlivandet av ECHR i norsk rätt 1994; se nedan i 5.3, vartill kommer de nya reglerna i §§ 110 a-b (se nedan i 5.1.2).
8. E v. Norway, Series A, Vol. 181 (1990), som gällde rätt till domstolsprövning av ett administrativt beslut om hur och hur länge ett utdömt straff skulle avtjänas. Se närmare i 5.3.
9. Se närmare om innebörden och betydelsen av detta begrepp Opsahl, a.a.s. 456 f och Andenæs, Statsforfatningen i Norge, s. 15-16 o. 33-34.
10. Ibid. Jfr i kap. 19.3.3 om förutsättningarna för grundlagsändringar i de här undersökta länderna. Också det faktum att de medborgerliga rättigheterna i praktiken respekterats i större utsträckning i Norge än i många länder med omfattande rättighetskataloger har anförts som argument mot en omfattande modernisering av grundlagens rättighetsregler; se t.ex. Eide, a.a.s. 40 o. 57 ff.
11. Jfr Andenæs, Statsforfatningen i Norge s. 386.

utövningen. Undantagen från denna huvudregel är religionsfriheten i § 2 (sedan 1964), rösträtten i § 50 och yttrandefriheten i § 100. Religionsfriheten och rösträtten är för övrigt de enda rättighetsregler som återfinns utanför grundlagens del E, §§ 92-112.

Reglerna präglas i hög grad, förutom av ett något ålderdomligt språk, av att olika rättssäkerhetsgarantier betonas starkt. Sålunda förbjuds i § 97 **all** form av retroaktiv lagstiftning[12] medan § 96 ger uttryck för en traditionell straffrättslig legalitetsprincip.[13] § 99 stadgar förbud mot frihetsberövanden utan stöd i lag[14] och § 102 förbud mot husrannsakningar utan samband med pågående förundersökningar. Regeln om egendomsskydd i § 105, enligt vilken den som tvingas lämna sin egendom »til offentlig Brug» skall ha full ersättning från staten, innebär ingen garanti för äganderätten, men väl en rätt till *full* ersättning om egendomen exproprieras eller på annat sätt tas i anspråk av staten.[15] I § 101 ges näringsfriheten ett starkt skydd, medan § 110, som infördes 1954, förklarar att staten är skyldig att tillse att alla arbetsföra medborgare också kan få ett arbete. Detta var länge den enda regeln i grundlagen om ekonomiska och sociala rättigheter, men den kompletteras härvidlag sedan 1992 av den nya miljöbestämmelsen i § 110 b, enligt vilken alla har rätt till en god och hälsobefrämjande miljö samt till en natur vars mångfald bevaras.[16] I 110 a § har dessutom 1988 införts en skyldighet för statliga myndigheter att möjliggöra för samerna att bevara sitt språk, sin kultur och traditionella livsformer.[17] I samband med att ECHR införlivades i norsk rätt 1994 infördes en ny § 110 c i Grundla-

12. Detta förbud är betydligt mer långtgående än flertalet motsvarande regler i andra rättighetskataloger, vilka i allmänhet bara förbjuder retroaktiv strafflagstiftning. Det norska kategoriska förbudet mot retroaktiv lagstiftning har föga överraskande också modifierats åtskilligt i praxis, inte minst i förhållande till äldre rättspraxis, men omfattar dock betydligt fler områden än bara strafflagstiftning. Jfr Rt. 1990 s. 284, där § 97 ansågs omfatta hyres- eller kanske snarare arrendelagstiftning. Se närmare Eide i TfR 1990 s. 50 ff. I en dom från den s.k. Trygderetten den 14 december 1994 (anke nr 1599/93) tillämpades stadgandet på beräkning av pensionspoäng. Se allmänt om rättsläget beträffande § 97 Smith, Høyesterett... s. 260 ff.
13. »Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom. Pinligt Forhør maa ikke finde sted.» Läst tillsammans med det kategoriska förbudet mot retroaktiv (straff)lagstiftning i § 97 täcker bestämmelsen således de traditionella straffrättsliga legalitetsprinciperna.
14. Dock utan att ställa några krav på dessa lagars innehåll, jfr Andenæs, a.a.s. 387.
15. Här kan jämföras med RF 2:18, enligt vilken regel i dess lydelse före den 1 januari 1995 »Varje medborgare vilkens egendom tages i anspråk genom expropriation eller annat sådant förfogande skall vara tillförsäkrad *ersättning* för förlusten enligt grunder som bestämmes i lag.» (Min kursivering.) Egendomsskyddet var således starkare i Norge än i Sverige, vilket också återspeglas i rättspraxis. (se nedan kap. 5.2.2.) Efter ändringen av 2:18 torde dock skillnaden vara mindre, om någon; 2:18 innehåller numera ett principiellt egendomsskydd, liksom skydd mot rådighetsinskränkningar. Se närmare i 14.1.2.
16. Opsahl gjorde i LoR 1968 s. 66 en indelning av rättigheterna i klassiska, ursprungliga rättsstatsidéer (t.ex. skyddet för medborgarnas frihet och säkerhet), politiska rättigheter som rösträtten och yttrandefriheten samt ekonomiska och sociala rättigheter (i form enbart av § 110, men numera väl också av 110 a-b §§), vilka rättighetstyper enligt honom i sin tur återspeglar tre stadier i samhällsutvecklingen, nämligen rättsstaten från 1814, den politiska demokratins genombrott kring sekelskiftet samt efterkrigstidens välfärdsstat. Se även Asbjørn Kjønstad, Trygderettighetenes grunnlovsvern, Oslo 1994 s. 18.
17. Se närmare om § 110 a Eivind Smith, Constitutional Protection of Minorities: The Rights and Protection of the Sami Population in Norway, Sc.St.i.L. 1990 s. 235-259.

gen, enligt vilken det åligger statliga myndigheter att respektera och säkra rättigheterna.[18]

Reglerna anses, när inget annat särskilt anges, i princip gälla i samma utsträckning både för norska medborgare och utlänningar.[19] Frågan har dock diskuterats ytterst lite i doktrinen, varför rättsläget inte är helt klart.

Som Torkel Opsahl påpekat[20] varierar det skydd som reglerna ger individerna starkt, vilket delvis följer av att rättighetsskyddet inte är sammanhängande på samma sätt som i många moderna rättighetsförklaringar och -kataloger. Vissa regler skyddar materiella intressen medan andra ger medborgarna vissa processuella garantier; vissa begränsar lagstiftarens handlingsfrihet, medan andra snarast riktar sig till domstolar och myndigheter. Detta är i och för sig knappast unikt, men de norska rättighetsreglerna kan i ovanligt hög grad sägas **lägga tyngdpunkten** på de formella och processuella rättssäkerhetsgarantierna.[21] I realiteten är dock individens rättighetsskydd starkare än vad som framgår av Grundlovens text[22], eftersom även två oskrivna men erkända och viktiga konstitutionella principer måste vägas in i bedömningen, nämligen kravet på användande av lagform vid alla rättighetsbegränsningar[23] och framförallt domstolarnas lagprövningsrätt.[24]

Grundlagsändringar regleras i § 112. Det framgår här att dessa kräver 2/3-majoritet (av de avgivna rösterna[25]) i Stortinget och skall ske i en viss stadgad ordning. Denna behöver inte genomgås närmare, men det bör nämnas att val måste äga rum mellan den tidpunkt då förslaget första gången lades fram och dess slutliga antagande; förslag till grundlagsändringar brukar dock inte spela någon större roll i valkampanjerna.[26] Viktigare är kravet att ändringarna *aldrig får motsäga grundlagens principer*, utan endast mo-

18. Se nedan i 5.3. Enligt Kjønstad, a.a.s. 105 bör § 110 C, som alltså ålägger statliga myndigheter att respektera och säkra rättigheterna, kunna användas för att stärka de sociala och ekonomiska rättigheternas ställning, ett argument som är svårbedömt eftersom ECHR inte ger något direkt skydd för dessa rättigheter. Trygderetten lät dock i den nämnda domen från december 1994 grundlagsskyddet mot retroaktiv lagstiftning i § 97 jämte egendomsskyddet i § 105 omfatta beräkning av pensionspoäng. Här erkändes således en ekonomisk rättighet, rätten till pension, som likvärdig med andra former av egendom och inkomster. Denna dom har dock överklagats till den s.k. Lagmansretten, som skall ta upp målet i februari 1996.
19. Jfr Andenæs, a.a.s. 381.
20. A.a. Detta skrevs redan 1968; vad som hänt sedan dess är som framgått att flera sociala rättigheter införts, men detta har knappast i sig gjort skyddet mer sammanhängande.
21. Jfr t.ex. Andenæs, a.a.s. 387.
22. Se t.ex. Opsahl, a.a.s. 65.
23. Den s.k. »legalitetsprincipen». Se närmare Andenæs, a.a.s. 213 ff, Opsahl, Menneskerettighetene og rettsstaten, TfR 1990 s. 174 och Eckhoff, Legalitetsprinsippet, TfR 1963 s. 225-285 samt i Forvaltningsrett, 4 uppl. 1992 s. 138-60.
24. Kritik mot de i vissa avseenden bristfälliga eller åtminstone ålderdomliga bestämmelserna har dock, som nämnts, inte saknats. Opsahl pekade 1968 (LoR 1968 s. 65-82) på sådana enligt hans mening uppenbara inkonsekvenser som att § 99 kräver lagstöd för frihetsberövanden av alla slag, men inte nämner huruvida sådana kan ske först efter domstolsprövning samt att § 50 garanterar allmän rösträtt men att Grunnloven inte säger något om att val skall vara hemliga eller om förenings- och mötesfrihet, varför politiska partier eller möten rent formellt kan förbjudas eller upplösas utan hinder av grundlagen. Se härtill även Eide i TfR 1990 s. 49 f. Som nämnts har dock de förslag till förändringar som i olika sammanhang förts fram oftast kritiserats ganska hårt, inte minst från politiskt håll.
25. Jfr Andenæs, a.a.s. 34.
26. Ibid s. 35.

difiera enskilda bestämmelser; detta uttrycks i § 112 med att ändringarna inte får förändra grundlagens »*Aand*», anda. Frågan är hur denna regel bör förstås: Andenæs menar[27], utan att ha fått något egentligt mothugg i doktrinen, att § 112 inte kan tolkas alltför bokstavligt, eftersom det vore smått orimligt om grundlagsfäderna för all framtid kunde begränsa lagstiftarens makt att ändra Grunnloven.[28] Enligt Andenaes är § 112 i dag därför snarare att se som ett direktiv för Stortinget än som en bindande regel. En utbyggnad av rättighetsskyddet torde dock knappast strida mot grundlagens anda.[29]

Grundlagsförslag behandlas i den samlade riksdagen, Stortinget. Enligt § 73 måste minst 2/3 av ledamöterna då vara närvarande. Vanlig lag stiftas däremot enligt en något särpräglad ordning. Stortinget, den lagstiftande församlingen, är uppdelad i två avdelningar, Odelstinget och Lagtinget. Lagar föreslås i Odelstinget, medan lagtinget i praktiken är en form av kontrollinstans. En lag som antagits i Odelstinget översänds till lagtinget, som består av 1/4 av stortingsledamöterna (se § 73). Lagtinget kan enligt § 76 antingen bifalla eller förkasta förslaget. I det senare fallet återgår det med gjorda anmärkningar till Odelstinget, som antingen drar tillbaka förslaget eller återsänder det till Lagtinget med eller utan förändring. Om Lagtinget en andra gång förkastar förslaget krävs 2/3-majoritet i Stortinget för att det skall antas.[30] Vid behandling av vanliga lagar måste enligt § 73 minst hälften av ledamöterna i både Odelstinget och lagtinget vara närvarande.[31]

5.2 Domstolarnas lagprövningsrätt

5.2.1 Allmänt

De norska domstolarna anses alltså ha lagprövningsrätt, trots avsaknad av grundlagsstöd härför. Domstolarna, främst naturligen den högsta instansen Høyesterett, har också sedan lång tid tillbaka begagnat sig av denna rätt, vars existens i dag synes vara helt oomtvistad. Norge är det nordiska land där lagprövningsrätten haft och ännu har störst praktisk betydelse.[32]

Lagprövningsrätten i Norge påminner om motsvarande företeelser i Frankrike och

27. A.a.s. 40 m.h.t. övrig doktrin.
28. Konstitutionellt bindande »evighetsprinciper», innebärande att vissa konstitutionella huvudregler överhuvudtaget inte kan ändras, finns dock i Tyskland (se art. 79 GG) samt i Storbritannien (principen om parlamentets obegränsade lagstiftningsbefogenhet, som ingen parlamentsmajoritet anses kunna ändra eller upphäva). Jfr nedan kap. 7.1 resp. 9.1.2. Se även om Frankrike i kap. 8.5.3.
29. Jfr Opsahl, a.a.s. 67. – Härför talar, förutom det märkliga i tanken att »1814 års män» på detta sätt skulle kunnat binda framtidens grundlagsreformatörer, även det faktum att religionsfriheten och rösträtten kunnat införas utan diskussioner om huruvida detta stred mot grundlagens »anda» och principer. Vidare är det givetvis svårt att avgöra vad som hör till grundlagens principer; här skiftar sannolikt uppfattningarna mellan olika perioder. Jfr Andenæs, a.a.s. 40 f.
30. En ingående behandling av lagstiftningsproceduren ges av Andenæs, a.a.s. 222 ff.
31. Härjämte krävs också en kunglig »sanktion» och underskrift, se §§ 77-79.
32. Möjligen måste en reservation göras för Island, som dock inte behandlas här. Jfr allmänt om det nordiska perspektivet Eivind Smith, Høyesterett og folkestyret s. 23-31, Domstolskontroll med lovgivning i Norge etter ca. 1970, TfR 1990 s. 117 samt Rettslig prøving av lovgivning og regeringsbeslutninger s.117-136. Se även Allan Rosas, Grundlagsskyddet av de mänskliga rättigheterna i Norden, Jussens Venner 1981 s. 339-355.

USA såtillvida att den inte följer av grundlagen i respektive land.[33] I alla tre länderna prövas dessutom lagars förenlighet med texter som antagits under åren 1787-1814 och således inte är helt moderna.[34] I alla dessa tre länder har lagprövningsrätten utvecklats genom domstolarnas respektive författningsrådets egen praxis. Olikheterna mellan åtminstone Norge och Frankrike är emellertid betydande[35], medan det däremot finns vissa yttre likheter mellan Norge och USA: I Norge, liksom i USA, har samtliga domstolar lagprövningsrätt, ehuru endast den högsta instansens domar är prejudicerande och bindande för övriga domstolar. I bägge länderna kan lagprövningen bara utövas under en konkret, pågående rättegång där en domstol har att ta ställning till konstitutionella spörsmål av något slag. Resultatet av denna granskning blir i bägge länderna, därest en lag befinns strida mot grundlagen, inte att lagen ogiltigförklaras utan »enbart» att den inte kan läggas till grund för en dom i det pågående målet. I Norge, liksom i USA, respekterar dock normalt alla myndigheter konsekvenserna av ett utslag från Høyesterett av denna innebörd, även om domen som sådan bara har verkningar *inter partes*.[36]

Därutöver finns även vissa historiska paralleller mellan Norge och USA. I Norge, liksom i USA, var nämligen domstolarnas utövande av lagprövningsrätten särskilt intensiv under en period i början av 1900-talet[37]; dessutom hade lagprövningen i Norge under

33. Här bortses från the supremacy clause i art. VI i USA:s konstitution, som implicerar en lagprövningsrätt för federala domstolar beträffande delstatslagar; jfr nedan i 10.2.2 o. 10.3.2.
34. Jfr Smith, Judicial review of legislation in Norway, characteristics and recent trends, i The Role of the Constitution in a Changing Society, Oslo 1992 s. 180. Se om Frankrike nedan kap. 8.5 samt om USA nedan kap. 10.
35. Se för direkta jämförelser mellan de bägge rättssystemen Eivind Smith, Rettslig håndhevning av konstitusjonelle normer – i Europa och i Norge, TfR 1983 s. 77-133 samt Menneskerettighetene i den nasjonale rett i Frankrike og i Norge, TfR 1990 s. 8 f.
36. Jfr t.ex. Smith i TfR 1990 s. 10 samt ovan kap. 3.3.1.
37. Dvs den period som i USA går under benämningen Lochnereran; se närmare härom nedan kap. 10.8. I några av de nyare undersökningar som gjorts av lagprövningens ursprung är dock inte enigheten total om vilka år denna »aktivistiska» period omfattade. Rune Slagstad menar t.ex. att perioden egentligen tog slut 1918, med de stränga krav för lagprövningsrätt som Høyesterett då uppställde (se nedan). Se Prøvingsretten i det norske system, NNT 1989 s. 348. Även Eivind Smith betonar att den aktivistiska perioden i norsk lagprövning var över när konflikten mellan S.Ct. och president Roosevelt inleddes i början av 1930-talet; aktivismen kulminerade enligt honom åren efter 1909, främst beroende på konservativa domares motstånd mot de regleringar av näringar och egendom som följde i den framväxande välfärdsstatens spår. Se Høyesterett og folkestyret s. 181 ff o. 188 f. Norge torde dock vara det land i Europa där lagprövningsrätt för domstolarna utvecklades tidigast: Smith har f.ö. i Høyesterett og folkestyret (kap. 11-14) lyckats visa att lagprövningsrätten etablerades tidigare än vad som förut antagits och följer av några avgöranden redan från 1839 och 1841. Därefter följde en serie avgöranden av varierande vikt (se närmare Smith, a.a.). 1890 gav emellertid Høyesterett en köpmans näringsfrihet (rätt att sälja vin) företräde framför gällande lagstiftning på området, vilket har setts som inledningen till en omfattande lagprövningspraxis just på det ekonomiska området. Därefter följde några avgöranden per år fram till 1896, men det dröjde till 1909 innan det går att tala om någon egentlig »aktivism». Jfr Høyesterett... s. 172-190. Detta är f.ö. också Slagstads tes (i NNT 1989 och Den norske Høyesteretts prøvingsrett i perioden 1850-1920, i Rolf Nygren (red.), Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Rättshistoriska studier, bd. 16, Lund 1990 s. 149-174.) – Att lagprövningsrätten vid denna tidpunkt var allmänt erkänd framgår bl.a. av att det i en lag från 1926 om Høyesteretts organisation slogs fast att domstolen skulle avgöra frågor om lagars och andra bestämmelsers grundlagsstridighet i plenum. (Detta gällde om minst två ledamöter menade att en lag var grundlagsstridig; anledningen till att inte alla lagprövningsfrågor avgörs i plenum är förutom »tvådomarkravet» att frågor om *tolkning* av lagens grundlagsenlighet inte kräver plenumform; jfr Smith, Domstolskontroll..., TfR 1990 s. 94 f.) Kravet för att en lag skulle åsidosättas var dock att den var klart eller, som domare

denna tid samma till stor del samma ideologiska profil som lagprövningen i USA. Norge genomgick stora förändringar och utvecklades successivt till en modern välfärdsstat. Motsättningar uppstod inte sällan mellan nya lagar som syftade till planering och reglering i välfärdsskapande syfte och grundlagens regler om egendomsskydd och förbud mot retroaktiv lagstiftning.[38] De norska domstolarna fann tämligen ofta att de nya lagarna stred mot de nämnda grundlagsreglerna, inte minst mot §§ 97 och 105; sammanlagt åsidosattes under denna period ett tjugotal lagar helt eller delvis.[39] Vid mitten av 1930-talet föreföll dock domstolarna defintivt ha accepterat statens mer pådrivande roll i samhällsutvecklingen, varvid lagprövningen under en lång period kom att minska i betydelse och i praktiken nästan upphöra (utan att dess existens någonsin ifrågasattes).[40]

Denna historiska utveckling innebär att lagprövningen i Norge traditionellt sett haft en konservativ profil, till skillnad från i USA där utvecklingen efter »paradigmskiftet» 1937 inte innebar att lagprövningen miste sin betydelse utan tvärtom snart ledde fram till att domstolarna, främst S.Ct., kom att använda sin rätt att åsidosätta grundlagsstridiga lagar till att värna svaga gruppers, främst svartas, intressen.[41] Den renässans lagprövningsrätten fått under de senaste tjugo åren måste dock beskrivas som ideologiskt neutral.

5.2.2 *Kløfta-domen och dess konsekvenser*

Som nyss framgått minskade lagprövningen i Norge kraftigt i betydelse från mitten av 1930-talet. Den skulle emellertid komma att få en något oväntad renässans – som helt saknar motsvarighet i övriga nordiska länder – under 1970-talet, då en modern konstitutionell rättspraxis började växa fram.[42] Avgörande för den fortsatta utvecklingen och klargörande för rättsläget var den viktiga s.k. Kløfta-domen 1976[43]; såväl detta mål som den fortsatta utvecklingen visar att åtminstone Høyesterett, Norges högsta domstol, inte tvekar att åsidosätta grundlagsstridiga lagar.

Kløftamålet måste, för att förstås i hela sin vidd, ses mot bakgrund av ett tidigare lagprövningsavgö-

Berg uttryckte det 1918, »åpenbart eller utvilsomt» grundlagsstridig; här låg Høyesterett nära det svenska uppenbarhetskravet av i dag. (Rt. 1918 s. 401 (424)). Se närmare om utvecklingen i doktrin och praxis under denna period Castberg, Domstolarnas befogenhet att åsidosätta grundlagsstridiga lagar, StvT 1930 s. 331 ff.

38. Se närmare om den historiska utvecklingen bl.a. Eide, a.a.s. 51 f.
39. Statistiken är av olika skäl oklar eller missvisande; jfr Smith, Høyesterett...s. 181 samt allmänt om statistikens begränsade betydelse i sammanhanget s. 73 ff.
40. Eivind Smith menar att utvecklingen i det socialdemokratiskt ledda »etterkrigs-Norge» lett till att majoritetens oinskränkta beslutanderätt för många norrmän kommit att bli det högsta konstitutionella värdet eller idealet; se Høyesterett og folkestyret s. 290. Här föreligger i så fall, i förhållande till lagprövningsrätten (jfr kap. 18:2-4) en stor likhet med Sverige, men detta motsägs i någon mån av Kløftadomen och lagprövningsrättens renässans i Norge från och med 1970-talet; jfr nedan avsnitt 5.2.2-3. Se även Smith s. 242 ff om att Høyesterett egentligen aldrig haft en villkorslös tro på majoritetsprincipen.
41. Jfr om USA nedan kap. 10.9 o. 10.11-12. Se allmänt om den norska utvecklingen från denna utgångspunkt Smith i TfR 1990 s. 89 samt i Judicial review...s. 183.
42. Jfr om denna renässans Smith, Judicial review...s. 184 o. 206 ff samt i Høyesterett og folkestyret s. 247-285.
43. Rt 1976 s.1.

rande från 1970[44], där Høyesterett upprätthöll en lag om byggnadsförbud inom 100 meters avstånd från havet. Lagen ansågs inte jämlikt § 105 ge ägaren till en ö, som inte någonstans var mer än 200 meter bred, någon rätt till ersättning. Domen sågs på sina håll i norsk doktrin som det definitiva beviset på att lagprövningen spelat ut sin roll och inte längre hade någon praktisk betydelse.[45] Denna bakgrund ger onekligen Kløftadomen en särskild dimension.

Själva sakfrågan i Kløftamålet gällde beräkningsgrunden för ersättning vid expropriation; § 105 stadgar, som nämnts, att den som tvingas lämna ifrån sig sin egendom bör få **full** ersättning för förlusten av staten. I målet prövades huruvida bestämmelser om ersättning vid expropriation, enligt vilka ersättningen skulle beräknas efter den exproprierade egendomens bruksvärde, inte dess marknadsvärde, var förenliga med detta krav. Høyesterett, som avgjorde målet i plenum, fann att lagen för att vara grundlagsenlig *måste tolkas* så att ersättning för marknadsvärdet utgick. Domstolen fick emellertid vid prövningen av denna fråga anledning att mer generellt bedöma under vilka förutsättningar lagprövning kunde förekomma och vad prövningen i så fall borde omfatta.

Utgångspunkten var härvidlag att Høyesterett »enligt säker konstitutionell sedvanerätt» är kompetent att pröva lagars grundlagsenlighet.[46] Uppfattningarna var dock delade bland domstolens ledamöter om vad som krävdes för att en lag skulle förklaras grundlagsstridig. Domstolen kom därvid att splittras i två läger, varvid majoriteten var minsta möjliga – nio röster mot åtta.

Tvistefrågorna gällde dels själva tolkningen av grundlagsregeln, dels vilken hänsyn som borde tas till *lagstiftarens egen bedömning* av att lagen inte stred mot grundlagen. Beträffande den senare frågan fastslog majoriteten att hänsyn måste tas till den form av grundlagsregel som berördes; en uppdelning gjordes mellan regler om maktdelning mellan olika statsorgan, rättigheter av ekonomisk karaktär och skyddet för enskilda individers personliga frihet eller säkerhet. Høyesterett fann att domstolarna i det första fallet i stort sett måste respektera Stortingets egen bedömning, medan grundlagens genomslagskraft i det sistnämnda fallet, beträffande de rättigheter som ansågs mest fundamentala, måste vara betydande.[47] Oenigheten gällde främst mellangruppen, där dock majoriteten slog fast att lagprövningsrätten skulle bli mer eller mindre innehållslös om domstolarna inte skulle utnyttja den när de finner det ställt *bortom rimligt tvivel* att lagen leder till resultat som strider mot grundlagen.[48] Minoriteten ansåg däremot att domstolarna svårligen kunde sätta sig över lagstiftarens bedömning när denne, som här, *själv gjort en bedömning av lagens grundlagsenlighet*.[49]

Detta avgörande föranleder ett antal reflektioner. För det första har Høyesterett uppenbarligen ställt lägre krav på att grundlagsstridighet skall föreligga *bortom rimligt*

44. Rt 1970 s. 67.
45. Jfr Eckhoff, Høyesterett som grunnlovens vokter, i Makt og motiv. Et festskrift til Jens Arup Seip, Oslo 1975 s. 202: »At domstolene fremdeles har myndighet til å sette til side lover som de anser for grunnlovsstridige, er helt på det rene. Men jeg tviler på om denne myndighet noen gang mer vil bli brukt i nevneverdig utstrekning.»
46. Rt 1976 s. 5 (majoriteten) o. 22 (minoriteten).
47. Ibid. Minoriteten delade här således majoritetens uppfattning.
48. Se Rt 1976 s. 6. Däremot fanns det enligt majoriteten ingen anledning att »konstatere grunnlovsstrid» när det förelåg *rimligt tvivel* härvidlag och det gjorts en någorlunda noggrann prövning av lagens grundlagsenlighet i Stortinget.
49. Ibid s. 22: »Utgangspunktet må være at det tilligger lovgiveren selv å vurdere forholdet til grunnloven.»

tvivel – ett krav som, nota bene, enbart ställdes avseende ekonomisk lagstiftning, inte avseende de lagar beträffande vilka utrymmet för lagprövning var större – än vad de svenska domstolarna i allmänhet gjort vid tillämpning av uppenbarhetskravet i RF 11:14.[50] Något sådant krav begränsar således inte de norska domstolarnas lagprövningsmöjligheter. Vidare måste framhållas att domen utmärks av en helt annan **attityd** till lagprövningsrätten än den som i allmänhet kommer till uttryck i svenska domar på området; majoriteten i Höyesterett visade en genuin ambition att värna om lagprövningsrätten, vilken uppenbarligen bedömdes som både viktig och önskvärd.[51] Som Andenæs påpekat hade minoritetens linje, om den segrat, sannolikt inneburit att lagprövningsrätten mist det mesta av sin praktiska betydelse, inte bara såvitt gällde ekonomisk lagstiftning[52], men majoriteten ville uppenbarligen undvika detta.

Vidare är det intressant att konstatera att Høyesteretts *gradering* av rättigheter i detta mål är tydligt påverkad av den amerikanska doktrinen om *the preferred position principle,* vilken innebär att lagar som begränsar utövandet av personliga rättigheter som yttrande- och föreningsfrihet i lagprövningssammanhang bör utsättas för en hårdare prövning än lagar som begränsar ekonomiska rättigheter.[53] Även minoriteten i målet delade denna uppfattning, som här för första gången kom till uttryck i nordisk rättspraxis.[54] Det är därvidlag en poäng i sammanhanget att professor Carsten Smith i en artikel 1975 pläderade för att de norska domstolarna borde tillgodogöra sig detta i amerikansk rätt utvecklade synsätt.[55] Samtidigt som Høyesterett här således lade fast nya kriterier för utövandet av lagprövningsrätten, var det dock i just detta mål egendomsrätten, den mest utpräglade ekonomiska rättigheten, som värnades; även rättigheter av detta slag förtjänar således enligt majoriteten ett inte alltför svagt skydd i rättspraxis.[56]

En slutsats om själva rättsläget som kan dras av Kløftadomen är slutligen att domstolarna torde ha ganska fria händer att bedöma en lags grundlagsenlighet när denna fråga

50. Jfr Eivind Smith, Rettslig prøving av lovgivning og regjeringsbeslutninger s. 129 f.
51. Rt 1976 s. 6: »...skal prøvelsesretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven.»
52. A.a.s. 356. Eivind Smith instämmer i denna bedömning, åtminstone för den ekonomiska lagstiftningens del; se TfR 1990 s. 99 och Høyesterett... s. 253. Detta var f.ö. den utveckling som Eckhoff önskade; jfr ovan i n. 45.
53. Se närmare kap. 10.9. Det sagda gäller trots att de rättigheter som S.Ct. ansåg vara förtjänta av förstärkt skydd främst var de politiska rättigheterna och opinionsfriheterna i am.I, medan det enligt Høyesterett i första hand var den personliga friheten som borde skyddas.
54. Se Rt. 1976 s. 22.
55. Domstolene og rettsutviklingen, LoR 1975 s. 292-319, särskilt s. 300-302: »Og det ville derfor komme som en gunstig avklaring om Høyesterett ville benytte en anledning til å uttale en slik begrensning – med reservasjon for lovgivning om ytringsfrihet og annen personlig frihet.» Carsten Smith blev onekligen bönhörd på denna punkt. – Det kan anmärkas att Bertil Bengtsson gjort gällande att motsvarande synsätt bör vara tillämpligt också i svensk rätt; se Om lagprövning från domstolssynpunkt, SvJT 1987 s. 678 f samt nedan kap. 18.4 o. 19.8.
56. Den tredelning mellan grundlagsreglerna som Høyesterett utvecklade i avgörandet har dock inte varit helt oomstridd i doktrinen. Andenæs har t.ex. hävdat (a.a.s. 356) att även om vissa grundlagsregler kan ses som mer grundläggande eller »heliga» än andra, så gör sig de skäl vilka gör det nödvändigt att i lagprövningssammanhang ta hänsyn till lagstiftarens egen bedömning lika starkt gällande oavsett vilken typ av grundlagsregler det är fråga om. Även Eivind Smith har uttryckt viss kritik; se nedan i kap. 19.8.2. Se för kritik mot den förmenta skillnaden mellan majoritetens principiella inställning till lagprövning och det konkreta avgörandet Carl August Fleischer, Norsk ekspropriasjonsrett, Oslo 1978 s. 232 f.

inte diskuterats mer ingående vid lagens antagande, men att de troligen måste ta viss hänsyn till lagstiftarens syn på innebörden av grundlagsregeln i fall där denna inte kan betecknas som helt klar och domstolen gör en annan tolkning än stortingsmajoriteten.[57]

Lagprövningsrätten innebär givetvis inte att domstolarna helt allmänt kan pröva om lagarna är rimliga eller mer eller mindre kloka, utan endast att de kan pröva om en lag, formellt eller innehållsmässigt, strider mot grundlagen.[58] Om så »bortom rimligt tvivel» kan konstateras vara fallet finns dock inget uppenbarhetskrav, för att anknyta till svensk rätt; lagen kan sättas åt sidan även om felet inte är direkt flagrant eller, normalt sett, även om lagstiftaren själv ansett att grundlagsstridighet inte förelegat. Domstolarna anses däremot inte kunna åsidosätta en lag för att den strider mot allmänna rättsgrundsatser eller mot grundlagens »anda och principer», utan kan enbart granska att lagstiftningen håller sig inom de av grundlagen givna ramarna.[59]

För att tillse att Grunnloven respekteras har domstolarna givetvis också möjlighet att, när det verkar olämpligt att åsidosätta en lag, *tolka den så att frågan om grundlagsstridighet inte uppkommer.*[60] Om en lag medger flera olika tolkningar väljs sålunda den som bäst harmonierar med grundlagsregeln. Kløftadomen kan delvis ses som ett uttryck för denna metod, eftersom Høyesterett slog fast att de i målet prövade lagbestämmelserna endast var grundlagsenliga om de tolkades på ett visst sätt. Generellt sett präglas dock inte domstolens praxis av någon *restraint* i bemärkelsen önskan att hellre försiktigt tolka bort en lags eventuella grundlagsstridighet än att ingå i en grundlig prövning härav; som ett uttryck för någon sådan försiktighet kan minst av allt Kløfta-domen tolkas.

5.2.3 *Nyare avgöranden*

Senare rättspraxis från Høyesterett har kanske inte helt följt majoritetens resonemang i Kløfta-målet, men bekräftar dock att norm- och lagprövning i hög grad är en realitet i dagens norska rättsliv.

Här kan t.ex. hänvisas till Rt. 1987 s. 473, som gällde tillämpning av regeln i § 16 i Grunnloven om att det tillkommer kungen, dvs regeringen, att reglera liturgin i statskyrkan (eller med Grunnlovens ord att tillse att »Religionens offentlige Lærere følge de dem føreskrevne Normer»). Med stöd av § 16 hade regeringen godkänt en ny liturgi, som dock mötte visst motstånd bland de lokala församlingarna. Flera lokala kyrkostämmor krävde med stöd av en lag härom att själva få bestämma om den nya eller gamla liturgin skulle tillämpas, men Høyesterett fann att regeringen enligt § 16 hade att bestämma om den nya liturgin skulle tillämpas i församlingarna.

Rt. 1979 s. 572 gällde grundlagsenligheten av vissa ändringar i banklagstiftningen, enligt vilka aktieägarna förlorade majoriteten av styrelseplatserna till förmån för de anställdas representanter. Samtidigt tillerkändes aktieägarna en viss marknadsmässig ersättning om de inom en angiven tidsfrist överlät sina aktier till staten. Värderingen av aktierna skulle göras av en enbart för detta ändamål upprättad kommission. En grupp aktieägare var inte nöjda härmed, utan hävdade att »demo-

57. Jfr Smith i TfR 1990 s. 97 f samt i Høyesterett...s. 251 f och Andenæs, a.a.s. 354. Detta bekräftas av den ovan i n. 12 o. 18 nämnda domen från Trygderetten från december 1994, där ett av skälen till att en lagstiftning om beräkning av pensionspoäng åsidosattes som grundlagsstridig var att lagstiftaren inte tillräckligt noga värderat dess grundlagsenlighet.
58. Jfr Andenæs s. 353.
59. Ibid s. 357. Se även Smith i TfR 1990 s. 91.
60. Jfr allmänt härom kap. 3.3.1. Se om denna metods användning i äldre rätt Castberg, Domstolenes kompetanse til å avgjöre spörsmål om grunnlovsmessigheten av lover, JFT 1962 s. 71 ff.

kratiseringen» av bankerna gick för långt och att de därför var berättigade till »full ersättning» jämlikt § 105; bankreformen hade enligt dem minskat aktiernas värde, varför marknadsvärdet vid lagens ikraftträdande inte var rättvisande. Høyesterett höll med aktieägarna om att det rörde sig om en expropriation som gav rätt till ersättning enligt § 105, men fann samtidigt att det system för värdering av aktier som här tillämpades uppfyllde grundlagens krav.

I Høyesteretts praxis bekräftas också vid flera tillfällen att domstolen inte drar sig för att utöva lagprövning; stundtals sker detta även i mål som hade kunnat avgöras utan åberopande av grundlagens regler.

Detta gäller t.ex. Rt. 1983 s. 1004, som rörde en präst som avskedats för att han under flera år i protest mot att aborter var lagliga i Norge vägrade att utföra delar av sitt arbete. Frågan om avskedandets laglighet hade kunnat avgöras med tillämpning enbart av arbetsrättsliga regler, men Høyesterett fann anledning att pröva abortlagens förenlighet med Grunnloven, ECHR och oskrivna, för lagstiftaren bindande rättsprinciper.

Plenumavgörandet Rt. 1990 s. 284 gällde tillämpligheten av viss hyres- och arrendelagstiftning. Majoriteten i Høyesterett fann här att en lag från 1989 som skulle förbättra arrendatorernas villkor inte kunde tillämpas, eftersom några markägare redan vidtagit vissa åtgärder för att i enlighet med gällande avtal maximera sitt ekonomiska utfall. Lagen ansågs därför inkräkta på gällande avtal och därigenom strida mot förbudet mot retroaktiv lagstiftning i § 97, en regel som knappast tillämpats i ekonomiska frågor sedan 1930-talet.

Det senare målet kan möjligen tolkas som en modifikation av, eller som den hittills allvarligaste utmaningen mot resonemanget i Kløfta-domen. Høyesterett tolkade här, vid bedömning av lagstiftning med socialt och ekonomiskt syfte, retroaktivitetsförbudet i § 97 – en bestämmelse som i lagprövningssammanhang är nära förknippad med domstolens aktivistiska period från 1909 – tämligen extensivt.[61] Att domen skulle vara startskottet för en ny praxis från domstolens sida finns det dock inga direkta tecken på.[62]

5.3 Folkrättens ställning i norsk rätt. Särskilt om Europakonventionen

Utgångspunkten för förhållandet mellan nationell rätt och folkrätt är i Norge dualistisk.[63] Följaktligen krävs lagstiftning, antingen i form av inkorporering eller transformation, för att folkrättsliga regler skall bli gällande i den nationella rätten. Även om de tills 1994 inte varit någon del av norsk nationell rätt har dock konventioner av detta

61. Jfr Smith, Høyesterett...s. 260: »Vi skal ikke gå langt tilbake i tid för en slik utvikling ville ha fremstått som lite sannsynlig.»
62. Tvärtom fördes i LoR 1994 en debatt om huruvida Høyesterett genom några avgöranden 1993 urholkat egendomsrätten i förhållande till Kløftadomen; se Bjørn Stordrange, Ekspropriasjonsretten i utvikling – ny praksis mot Kløfta-dommen, 407-413 och Bjørn Dalan, Ekspropriasjonsvedtak og reguleringsplaner, 414-419. Att så skulle vara fallet avvisas med viss emfas av Fleischer, Regulering og ekspropriasjon, LoR 1995 s. 215-234.
63. Se allmänt Trond Dolva, Internasjonale Menneskerettighetskonvensjoner og intern norsk rett, TfR 1990 s. 121-133. Jfr även Jörgen Aall, Menneskerettighetskonvensjonerne som retskildefaktor i intern norsk rett, TfR 1989 s. 616. Den dualistiska doktrinens uppkomst och utveckling granskas kritiskt av Carsten Smith i Om internasjonale menneskerettigheter og nasjonale domstoler, Jussens Venner 1980 s. 303 ff.

slag, främst givetvis ECHR, redan fått en viss betydelse i rättspraxis.[64] Det första mål där ECHR åberopades inför nationella domstolar gällde en tandläkare som vägrade utföra s.k. plikttjänstgöring i viss del av landet och hävdade att detta stred mot art. 4 i ECHR. Høyesterett avvisade både detta och påståendet att plikttjänstgöringen stred mot grundlagen.[65] Av större vikt är dock avgörandet Rt. 1984 s. 1175 där Høyesterett för första gången[66] kan sägas ha tolkat nationella regler så att de åsidosatts av hänsyn till regler i internationella konventioner.

Precis som det hittills enda avgörande där Norge fällts för brott mot ECHR[67] gällde detta mål straffpåföljden »sikring», enligt vilken en myndighet – i detta fall åklagarmyndigheten – kan avgöra på vilket sätt straffet skall avtjänas. I detta fall hade den dömde blivit inlagd för psykiatrisk vård. Enligt norsk sjukvårdslagstiftning kan den som intagits för psykiatrisk vård få såväl lagligheten som lämpligheten av detta beslut prövat av domstol. Den dömde ville göra bruk av dessa regler, men både Byretten och Lagmannsretten menade att endast de patienter som intagits för vård enligt sjuk- och hälsovårdslagstiftningen var berättigade härtill. Høyesterett menade emellertid att denna syn var för stelbent och att det gällde att ta hänsyn till de reella faktiska och rättsliga omständigheterna i saken. Därvidlag gällde det enligt domstolen bl.a. att utgå från att norsk rätt såvitt möjligt måste överensstämma med internationella konventioner som Norge var bundet av, t.ex. ECHR. Eftersom målet måste lösas på ett sätt som innebar att ECHR inte överträddes, fann Høyesterett att den dömde hade rätt till domstolsprövning av beslutet om intagning för psykiatrisk vård.

Avgörandet visar att Høyesterett inte drog sig för att åberopa och rentav basera sina avgöranden på tolkning av regler i för Norge bindande internationella människorättskonventioner, *vilka inte hade införlivats i norsk rätt.*[68] Denna tendens är tydlig också i senare praxis[69] och visar, precis som Kløfta-domen, att denna domstol överhuvudtaget, på ett helt annat sätt än de högsta instanserna i Sverige, ser det som en viktig uppgift att värna de medborgerliga rättigheterna.

Den dåvarande norska regeringen fattade i januari 1989 ett principbeslut om att de internationella människorättighetskonventioner som Norge ratificerat skulle inarbetas i norsk rätt. Ett särskilt utskott med uppgift att förbereda detta tillsattes i september samma år, med Carsten Smith (senare Erik Møse) som ordförande. Utskottet föreslog 1993 att en målsättningsparagraf (nuvarande § 110 c) borde införas i grundlagen, i vilken »Statens Myndigheder» ålades att respektera de mänskliga rättigheterna, samtidigt som det borde regleras i en vanlig lag vilka ingångna internationella konventioner som

64. Se för en allmän översikt Aall, a.a.s. 632 ff samt Stenderup Jensen, a.a.s. 136 ff.
65. Rt. 1961 s. 1350, den s.k. tannlege Iversen-saken. Europakommissionen gjorde f.ö. samma bedömning i mål 1468/62, YB VI s. 278, anf i kap. 12.2 vid n. 31.
66. Jfr Smith i Høyesterett...s. 235.
67. E v. Norway, Series A, Volume 181 (1990), se ovan s. 179 vid not 8.
68. Jfr Smith, Domstolskontroll...s. 106 samt Höyesterett... s. 234 f och Dolva, a.a.s. 130 f.
69. Ett exempel är Rt. 1990.257, där ledaren för det s.k. framstegspartiet Carl I. Hagen stämde en dagstidning som skrivit att han medvetet strävade efter att uppamma hat mot utlänningar. Hagen ansåg sig drabbad av ärekränkning. Høyesterett frikände tidningens utgivare med hänvisning till det i ECtHR avdömda Lingens Case, där en utgivare under liknande omständigheter frikänts efter att ha kritiserat den österrikiske förbundskanslern Bruno Kreisky. I bägge fallen ansågs yttrandefriheten (jfr art. 10 i ECHR) garantera tidningarnas rätt att även i mycket hårda ordalag kritisera politiker. Det särskilt intressanta i detta sammanhang är dock att Høyesterett så klart lade domen i ECtHR (Series A, No. 103 (1986)) till grund för sitt avgörande. Se närmare om norsk praxis på denna punkt Stenderup Jensen, a.a.s. 142 ff. Se även Aall, Dolva och Stenderup Jensen, a.a.

skall gälla som norsk lag (enligt förslaget ECHR samt de bägge FN-konventionerna från 1966). Förslaget genomfördes i juni 1994. Inga konventioner, inte heller ECHR, har däremot i sig grundlagsstatus.[70] I princip skall de däremot ha företräde framför vanliga lagar som ger ett svagare rättighetsskydd, men domstolarna medges ingen direkt rätt att åsidosätta lagar som strider mot rättigheter vilka garanteras i ECHR eller andra internationella konventioner *men inte i Grunnloven*. Det är därför i vissa fall svårt för enskilda att åberopa konventionen gentemot lagstiftaren, vilket motiveras med att lagstiftaren ändå inte normalt sett stiftar lagar som strider mot rättigheterna i ECHR. Dock tycks det rymmas en viss motsägelse i att vilja införliva dessa konventioner i norsk rätt för att stärka rättighetsskyddet, men samtidigt förklara att konventionerna inte skall kunna åberopas gentemot lagstiftaren, eftersom denne ändå inte kommer att kränka dem.[71] Även i Finland och Sverige har dock moderniseringen av rättighetsreglerna respektive införlivandet av ECHR i nationell rätt präglats av motsägelser av liknande slag.[72]

70. Jfr om likheter och skillnader med den lösning som valts i Sverige för införlivande av ECHR kap. 14.1.1 o. 18.2.5.
71. Se NOU 1993:18 s. 148 samt för kritik mot denna starka tillit till lagstiftarens ständiga välvilja Smith, Norge som konstitusjonelt demokrati, i B.E. Rasch/K. Midgaard (red.), Representativt demokrati – Spilleregler under debatt, Oslo 1994 s. 64 f. Jfr om motsvarande, snarlika reglering av ECHR i svensk rätt i kap. 18.2.5.
72. Se beträffande Finland kap. 6.4 in fine samt för Sveriges del kap. 18.2.5. Se även om Danmark kap. 4.4 in fine.

6. Finland

6.1 Fri- och rättigheterna i den finska regeringsformen

Att beskriva rättighetsskyddet i Finland är något komplicerat av det skälet att rättighetsreglerna just varit föremål för ändring genom en ingripande grundlagsreform. De nya reglerna trädde i kraft 1995; riksdagen godkände enhälligt ett ändringsförslag 17 februari 1995, varefter riksdagsval ägde rum den 19 mars. Det andra beslut som behövs för att reglerna formellt skall träda i kraft fattades den 13 juni 1995.

Detta innebär dock ingen ändring av huvuddragen i det särpräglade äldre systemet, som gällt sedan självständigheten 1919, trots att detta var den ursprungliga avsikten med reformarbetet. Vad som ändrats är främst innehållet i rättighetskatalogen i RegF, varjämte förutsättningarna för begränsningar av rättigheterna på vissa punkter preciserats. Övriga särdrag, som en speciell lagstiftningsform vilken gör det lätt för en bred riksdagsmajoritet att kringgå grundlagens regler och domstolarnas avsaknad av lagprövningsrätt, ändras inte; lagprövningsrätten föreslås dock bli föremål för fortsatt utredning. Det är därför mest ändamålsenligt att i denna framställning först redogöra för de nuvarande reglernas utformning, varefter bakgrunden till och utvecklingen av det konstitutionella reformarbetet under 1990-talet behandlas i ett särskilt avsnitt.

Av de finska grundlagarna anses RegF av 1919 och RiksdO av 1928 av flera olika skäl vara de centrala.[1] RegF innehåller i 2 kap en rättighetskatalog av gängse sort, som i §§ 5-16 tillförsäkrar alla finska medborgare ett antal grundläggande fri- och rättigheter (i Finland ofta kallade grundrättigheter). Bland dessa märks likhet inför lagen, § 5, personlig frihet och äganderätt, § 6, religionsfrihet, §§ 8 och 9, yttrandefrihet, § 10, hemfrid, § 11 (som kan begränsas enligt vad som anges i 8 §) m.fl. I den nya 6 a § införs en straffrättslig legalitetsprincip. Vidare utvidgas rörelsefriheten samtidigt som ett skydd införs mot utvisningar, dels generellt för finska medborgare, dels för den utlänning som hotas av dödsstraff, tortyr eller annan kränkande behandling (7 §). Mötes- och föreningsfriheten skyddas i en ny 10 a §.

1. Beträffande den historiska bakgrunden till de nuvarande reglernas utformning hänvisas bl.a. till M.Hidén – I.Saraviita, Statsförfattningsrätten i huvuddrag, 6 uppl., Helsingfors 1994, s. 24-33, Hidén, Constitutional Rights in the legislative process: the finnish system of advance control of legislation, i Sc.st.i.L. 1973 s. 99 f, Kaarlo Kaira, Om omfattningen och betydelsen av grundlagstiftningen i Finland, i Festskrift till Poul Andersen, 1958, s. 242 ff, Tore Modéen, La protection des droits de l'homme en droit constitutionnel Finlandais, Revue des droits de l'homme 1/1975 s. 201 ff, särskilt s. 203-205 och Dag Anckar, Finland: Majoritetsmakt och minoritetsfrihet, i Bohman/Berggren/Engellau/Peczenik/Anckar: Vad kan medborgaren göra? s. 131-57.

Med undantag av regeln i 6 § 2 st 2 p om rätt till arbete – som inte haft någon större betydelse i praxis – kan reglerna för att tala med Hidén – Saraviita beskrivas som »negativa grundrättigheter» eller frihetsrättigheter som ger varje individ ett visst skydd gentemot statsmakten och hindrar inskränkningen av någon viss förmån.[2] Efter 1995 års reform skyddas dock även ett antal sociala och ekonomiska rättigheter. Vidare åläggs »det offentliga» att främja jämställdhet mellan könen (5 §).

Den gamla rättighetskatalogen kännetecknades av två karakteristiska drag, vilka hängde samman med den speciella finska metoden att rättsligt skydda de medborgerliga rättigheterna, nämligen äganderättens utomordentligt starka ställning (som inte till fullo återspeglas i lagtexten, jfr § 6 st. 3) och hänvisningen, i §§ 6-14, till lagstiftningen, som innebär att rättigheterna i dessa paragrafer gällde endast i den mån annat inte stadgades i lag. Detta ger ett intryck av att rättigheterna åtnjutit ett tämligen svagt grundlagsskydd, men som vi skall se är bilden inte fullt så enkel.

Det nya förslaget till rättighetskatalog innebär att denna ges en betydligt modernare utformning, vilket också varit ett av syftena med reformen. Inslaget av olika slags sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter är påfallande stort (se t.ex. 5 § st. 2-3 och 13-15a §§). Eftersom reglerna ännu inte hunnit tillämpas är det dock svårt att på något sätt bedöma reformens verkningar.

En särskild fråga är vem som egentligen kan åberopa rättigheterna i 2 kap RegF eller för vilka personer de gäller. I 1993 års proposition med förslag till ändrad reglering av rättigheterna anges klart att rättigheterna när inte annat anges skall gälla för alla som befinner sig under finsk jurisdiktion.[3] En annan fråga är huruvida grundrättigheterna i vissa fall kan skydda även juridiska personer. Frågan har störst betydelse vid eventuella begränsningar av äganderätten. Den förhärskande uppfattningen i doktrinen torde vara att grundrättigheterna som sådana inte ger något direkt skydd för juridiska personer[4], men att en begränsning av äganderätten som riktar sig mot juridiska personer, t.ex. aktiebolag, också kan ha indirekt betydelse för de medborgare som så att säga finns »bakom» den juridiska personen och beröra dessas egendom. § 6 har ibland – bl.a. vid ett tillfälle 1940 och, om än indirekt, även vid ett tillfälle 1946[5] – av riksdagen tolkats så att bestämmelsen skyddar även juridiska personer. Konsekvensen härav har blivit att s.k. *lagstiftning i grundlagsordning* ansetts erforderlig trots att endast juridiska personer varit direkt berörda av den föreslagna åtgärden.[6]

Samtliga de »gamla» finska grundrättigheterna – utom likheten inför lagen i § 5 – kunde genom hänvisningen till »lag» i §§ 6-14 inskränkas genom lagstiftning. Hänvisningen i de olika paragraferna till lagen innebar å andra sidan inte att lagstiftaren hade fria händer att ingripa i rättigheterna när så ansågs vara lämpligt.[7] För de allra flesta, kanske alla, grundrättighetsreglernas del var i stället innebörden att begränsningar som uppfat-

2. A.a.s. 274 f.
3. Se prop 309/1993 rd, i GrUB 25/1994 rd s. 3. Se beträffande äldre rätt bl.a. Allan Rosas, Grundlagsskyddet av de mänskliga rättigheterna i Norden, Jussens Venner 1981 s. 354 och Voitto Saario, Human Rights as Legal Rights, JFT 1985 s. 31.
4. Ibid och Modéen, a.a.
5. Jfr SOU 1975:29 s. 69.
6. Jfr Hidén-Saraviita a.a.s. 277 och Modéen, a.a. Se även Matti Pellonpää, Nationaler Individualrechtsschutz und Europäischer Menschenrechtsstandard in Finnland, EuGRZ 1993 s. 592. Enligt Hidén-Saraviita har tillämpningen av denna metod i dessa fall blivit så vanlig att en privaträttslig juridisk person numera i praktiken kan sägas åtnjuta samma egendomsskydd som de finska medborgarna.
7. Jfr härtill SOU 1975:29 s. 57.

tades som *normala*, t.ex. vanlig strafflag som stadgade frihetsberövande påföljder som straff för vissa brott, eller skattelagar – vilka ju med nödvändighet innebär begränsningar av enskildas äganderätt – fick ske genom vanlig lag[8] medan lagstiftning som så att säga ansetts beröra grundrättigheternas icke närmare definierade *kärna*[9] endast kunde ske genom s.k. grundlagstiftning.[10] När en lag som berörde någon av grundrättighetsreglerna skulle antas blev därför frågan om lagen inskränkte ifrågavarande rättighet(er) så mycket att den bara kunde antas i särskild grundlagstiftningsform eller om den kunde antas på vanligt sätt.

Detta förhållande sågs allmänt som en av de stora olägenheterna med den traditionella ordningen, varför ett av de uttalade syftena med ändringen av rättighetsreglerna var att klargöra förutsättningarna för rättighetsbegränsningar genom lag. Det slutgiltiga förslaget innehåller dock ingen regel som mer generellt anger när en rättighet får begränsas. Däremot har det äldre systemet med enkla lagförbehåll, innebärande att rättigheterna formellt endast gällde i den mån de inte begränsades genom lag, i stort sett undvikits. Vissa av rättigheterna i förslaget, t.ex. förbuden mot dödsstraff, tortyr, retroaktiv strafflagstiftning eller mot landsförvisning av finsk medborgare, är utformade som absoluta rättigheter. Andra, t.ex. skyddet för hemfriden och äganderätten, innehåller kvalificerade lagförbehåll som innebär att de endast kan begränsas till förmån för speciella syften eller i speciella situationer. I övrigt kan inte särskilt mycket utläsas ur lagtexten, varför några motivuttalanden från GLU[11] torde få stor betydelse. Dessa uttalanden är delvis mycket allmänt hållna; bland annat framgår att begränsningarna bör vara noggrant avgränsade och definierade. Intressantare är att de inte får strida mot Finlands internationella förpliktelser och måste grundas på acceptabla samhälleliga skäl. Vidare framgår att de måste vara nödvändiga för att nå det acceptabla syftet; GLU har sålunda godtagit att en statsrättslig proportionalitetsprincip gäller i finsk rätt. Utskottet värnar också om rättigheternas väsensinnehåll[12] och klargör uttryckligen att kärnan i en grundläggande fri- eller rättighet inte kan begränsas.

Denna typ av teoretiska resonemang kring rättigheternas ställning är en principiell nyhet i finsk rätt. Det återstår att se vilken praktisk betydelse de får.

6.2 Lagstiftningsproceduren

6.2.1 *Allmänt om den finska grundlagens normgivningsregler*

Lagstiftningsförfarandet regleras både i RegF och RiksdO, varför det knappast går att få någon överblick över reglerna om inte de bägge grundlagarna studeras parallellt. Den lagstiftande makten i Finland utövas enligt RegF 2 § 2 st av riksdagen i förening med

8. Jfr härtill bl.a. Paavo Kastari, De medborgerliga fri- och rättigheternas grundlagsskydd i Finland, StvT 1959 s. 293.
9. Att hela denna lagstiftningsteknik bygger på att grundrättigheterna anses ha en kärna som inte får begränsas genom vanlig lag är uppenbart. Jfr SOU 1975:29 s. 66.
10. Jfr t.ex. SOU 1975:29 s. 66 och Modéen, a.a.s. 207.
11. GrUB 25/1994 rd s. 9 ff.
12. Jfr härom ovan i 1.6 in fine samt nedan i kap. 7.4.2.

republikens president, men presidenten påverkar normalt inte utformningen av lagförslag i någon större utsträckning.

Lagförslag kan anhängiggöras i riksdagen antingen genom regeringens propositioner, RegF 18 §, eller som motioner från enskilda riksdagsledamöter, RiksdO 31-32 §§. Propositionerna är den i praktiken viktigaste formen.[13]

Enligt RegF 18 § och RiksdO 28 § är det presidenten som avlåter propositionen med lagförslag till riksdagen, vilket i praktiken innebär att presidenten avlåter regeringens proposition. Presidenten kan, om han önskar, inhämta ett utlåtande över förslaget från högsta domstolen eller högsta förvaltningsdomstolen.[14] Vid utarbetandet av sådana utlåtanden har dessa domstolar till sin hjälp ett efter förebild från det svenska lagrådet inrättat laggranskningsråd, bestående av tre avdelningar om vardera två justitieråd och ett förvaltningsråd, som avger icke bindande utlåtanden över förslagens sakinnehåll och lagtekniska utformning.[15] Presidentens beslut att avlåta en proposition till riksdagen fattas liksom flertalet av hans övriga beslut i det s.k. *statsrådet*.[16]

Någon lagprövningsrätt för domstolarna anses inte finnas i Finland. Detta anses följa e contrario av RegF § 92, som stadgar att en **förordning** vilken står i strid med grundlag eller annan lag inte skall tillämpas av domare eller annan tjänsteman.[17] Denna regel tolkas allmänt i doktrinen som att domstolarna inte är kompetenta att pröva vanliga lagars grundlagsenlighet[18] och det har heller aldrig hänt att en domstol åsidosatt en lag eller ifrågasatt någon lags förenlighet med grundlagen, eller ens, som i Danmark[19], gjort allmänna uttalanden om att domstolarna har denna behörighet ehuru det inte finns skäl att utnyttja den i föreliggande fall.[20]

13. Se t.ex. Hidén-Saraviita, a.a.s. 139 ff.
14. Däremot tycks den formella möjligheten för presidenten att utöva en form av lagprövningsrätt sakna praktisk betydelse; jfr Curt Olsson, Om lagprövning, JFT 1994 s. 485 f.
15. Se härtill Hidén – Saraviita s. 142, SOU 1978:34 s. 259 f och DsJu 1969:14 s. 51 ff. Laggranskningsrådet, vars verksamhet inte är grundlagsreglerad och f.n. ligger nere, tycks ha en avsevärt mindre betydelse än det svenska lagrådet; jfr Curt Olsson i JFT 1994 s. 482.
16. Ibid. Se beträffande statsrådets funktioner och arbetssätt Hidén – Saraviita s. 95 ff.
17. Finland har, liksom övriga här studerade rättssystem med undantag för Storbritannien, en normhierarki där grundlagarna tronar i toppen, följda av vanliga lagar, förordningar, statsrådets beslut och övriga myndighetsbeslut och där underordnade normer inte får strida mot sådana med högre rang. Jfr Hidén – Saraviita s. 138 ff och SOU 1975:29 s. 59-60. Se beträffande den historiska bakgrunden till den nuvarande regeln och stadgandets utformning samt hur det tolkats vid skilda tidpunkter i finsk rättshistoria Curt Olsson, Om lagprövning, JFT 1994 s. 457 ff o. 462 ff.
18. Se bl.a. Hidén – Saraviita s. 264, Hidén i Sc.st.i.L. 1973 s. 97 f, Paavo Kastari, Socialiseringssträvandena och egendomens grundlagsskydd i de europeiska länderna, TfR 1948 s. 212 och Modéen, a.a.s. 208. En delvis annan uppfattning har framförts av Curt Olsson, a.a.s. 457, 463 o. 495, som menar att avsaknaden av rättspraxis innebär att frågan om domstolarnas lagprövningsrätt inte kan anses vara definitivt avgjord. Resonemanget tycks dock i denna del bygga på ett mått av önsketänkande: detta intryck förstärks av att Olsson inte vill medge att enighet i frågan i stort sett hittills rått i doktrinen.
19. Jfr kap 4.3.
20. Enligt Högsta Domstolens förre ordförande Curt Olsson har frågan om en lags grundlagsenlighet ställts på sin spets i ett enda avgörande 1974, där ena parten i målet påstod att arbetsavtalslagen stred mot grundlagen på en punkt, men högsta domstolens majoritet yttrade att detta inte var något som en domstol kunde pröva. Däremot finns det enligt Olsson flera fall där domstolarna på samma sätt som i andra länder tolkat en lag så att den blir förenlig med grundlagen.

Den granskning som förekommer av lagarnas grundlagsenlighet sker därför helt under lagstiftningsproceduren, då en prövning sker av huruvida en föreslagen lag *är av den karaktären att den måste antas i särskilt kvalificerad ordning*. Sätten att anhängiggöra olika lagar i riksdagen är helt enhetliga, liksom deras beredande behandling.[21] Olikheterna inträder när lagförslagets slutliga öde skall avgöras, dvs vid den tredje behandlingen, då förslaget antingen skall antas eller röstas ner. Enligt RiksdO 67 § skall förslag om »stiftande, ändring, förklaring eller upphävande av grundlag» vid den tredje behandlingen **antingen** godkännas att vila av en majoritet av de röstande, för att därefter, vid första lagtima riksdag efter val, antas i oförändrat skick av 2/3 av de röstande, **eller** i plenum förklaras brådskande av 5/6 av de röstande och därefter antas med 2/3 majoritet. Det senare alternativet innebär således att grundlagsändringar eller rättighetsbegränsande lagstiftning som samlar tillräckligt bred uppslutning i riksdagen kan handläggas och antas praktiskt taget lika snabbt som vanliga lagar. Detta har i praktiken, som Kastari konstaterade redan 1948[22], lett till att denna skyndsamma behandling, som ursprungligen var avsedd som ett rent undantagsförfarande, blivit det normala sättet att handlägga förslag om »stiftande, ändring, förklaring eller upphävande av grundlag».

Det viktiga för rättigheternas del är emellertid att vissa av de vanliga lagar som berör grundrättigheterna anses vara så pass ingripande att de kan sägas ändra eller avvika från grundlagen, varför även dessa lagar skall antas i grundlagsstiftningsordning. Den finska grundlagstiftningen har därför fått en utbredning långt utöver sitt egentliga område – dvs ändring av själva grundlagstexten – och kommit till användning i de flesta fall då en »nödigbefunnen» lagstiftning i något avseende inte stämt överens med grundlag. »Grundlagstiftningen» kan därför närmast beskrivas som en särskilt kvalificerad lagstiftning för vissa typer av vanliga lagar. Frågeställningen, vad gäller fri- och rättighetsskyddets reella omfattning, kan därför nästan helt och hållet koncentreras till vilka lagar som skall komma i åtnjutande av denna kvalificerade behandling.

I ett av dessa fall hade utgången enligt Olsson blivit en annan, om domstolen inte utgått från att lagen i fråga måste antas vara grundlagskonform och därför givit den en sådan tolkning. Se Författningsdomstol och lagprövning, Stockholm 1991 s. 64-65 samt i JFT 1994 s. 472.

21. Enligt RiksdO 66 § behandlas varje lagförslagsärende tre gånger i riksdagens plenum. Efter en första föredragning av och diskussion om ärendet överlämnas förslaget, utan att något beslut fattats, till det s.k. stora utskottet (se vidare om detta Hidén-Saraviita s. 68), som yttrar sig över förslaget och eventuellt föreslår ändringar, RiksdO 66 § st. 2. Vid den andra behandlingen föredras stora utskottets betänkande, varefter riksdagen prövar förslaget i detalj och beslutar om lydelsen av de enskilda paragraferna. Om stora utskottets förslag godtas helt förklaras andra behandlingen avslutad. Annars överlämnas förslaget i sin nya lydelse till stora utskottet för ny behandling, 66 § 3 st, varefter riksdagen antingen antar eller förkastar förslaget vid den tredje behandlingen, RiksdO 66 § 6 st.

22. TfR 1948 s. 211. Jfr i senare doktrin bl.a. Toivo Sainio, Civil and political rights in Finland, Revue des droits de l'homme 1/1975, s. 216: »The exceptional way has become the rule». Se även Hidén i Sc.St.i.L. 1973 s. 100-101.

6.2.2 *Närmare om hur systemet med grundlagstiftning och kvalificerad lagstiftning fungerar*

Hidén har i skilda sammanhang beskrivit det finländska systemet för grundlagstiftning som unikt.[23] Utan att ta ställning till om så är fallet, kan det konstateras att de finländska reglerna vid en internationell jämförelse uppvisar några iögonenfallande särdrag.

Bland dessa märks till att börja med snabbheten och flexibiliteten i systemet.[24] Samtidigt som grundlagsändringar normalt kräver nyval samt därefter 2/3 majoritet kan, under förutsättning att en bred majoritet är enig därom, genomgripande grundlagsändringar beslutas och genomföras mycket snabbt, utan att något mellanliggande val behöver äga rum. Systemet är följaktligen mycket väl anpassat till situationer då en snabb grundlagsändring kan vara av nöden, samtidigt som det ger minoriteten i riksdagen ett starkt skydd däri att en så liten grupp som 1/6 av riksdagsledamöterna kan blockera, eller åtminstone försena till efter nästa val, de lagar som måste antas – brådskande – i grundlagstiftningsordning.[25] Möjligheten att införa lagar som avviker från grundlagen utan att ändra dess text leder, i förening med avsaknaden av efterföljande domstolsprövning av lagarnas grundlagsenlighet, till att frågan huruvida lagarna överensstämmer med grundlagen eller inte uteslutande avgörs i själva lagstiftningsprocessen och av de organ som är inblandade i denna.[26]

6.2.3 *Grundlagsutskottet*

För att bättre förstå hur systemet fungerar i praktiken måste inledningsvis det inflytelserika s.k. grundlagsutskottet (GLU) studeras.[27] Till att börja med märks att GLU:s starka ställning hittills inte återspeglats i grundlagstexten. Enligt RiksdO 46 § är GLU ett riksdagsutskott bland andra, som förvisso enligt andra regler – bl.a. RiksdO 80 § – anförtrotts vissa speciella uppgifter, men vars främsta uppgift i övrigt synes vara att helt enkelt bereda ärenden om ändring eller förklaring av grundlag.[28] I likhet med andra utskott består också GLU av vanliga riksdagsledamöter, sjutton till antalet, vilka utses på samma

23. T.ex. i Sc.st.i.L. 1973 s. 99 och i The constitution, i J. Uotila (utg.), The Finnish Legal System, 1985, s. 40.
24. Jfr Hidén i Sc.st.i.L. s. 101.
25. Jfr bl.a. Hidén i Sc.St.i.L. 1973 s. 102, Modéen, a.a.s. 210 och Anckar, a.a.s. 138 o. 142.
26. Jfr Hidén, a.a.s. 101-102.
27. I SOU 1975:29 (s. 83) beskrivs GLU som det utskott vilket på flera sätt fyller den viktigaste funktionen som »konstitutionens väktare». Jfr Hidén, Die präventive Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze, ÖZöRuV 1979 s. 100, där utskottet omnämns som »das bei weitem wichtigste Organ» vad gäller tolkning och tillämpning av de finska grundlagarna. Detta inflytande har vuxit fram genom konstitutionell praxis och hänger givetvis samman med att de finska domstolarna saknar lagprövningsrätt (jfr Hidén och Sainio, a.a.). Bristen på kunskap om utskottets verksamhet och det faktum att dess ställning inte kommer till uttryck i grundlagstexten har fått Scheinin att efterlysa mer information om dess verksamhet; se Medborgarnas grundläggande rättigheter i stöpsleven. Hur bör de tillämpas? JFT 1991 s. 493. Se även Pekka Länsineva, The Constitutional Committee of Parliament: The Finnish Model of Norm Control, i The Finnish Constitution in Transition s. 78 f.
28. GLU:s uppgifter förtydligas något i den nya lydelsen av 46 § RiksdO, som antagits samtidigt med ändringarna i 2 kap RegF. GLU självt motsatte sig dock regeringens ursprungliga förslag, där utskottets uppgift uttryckligen sades vara att pröva lagförslags grundlagsenlighet.

sätt som ledamöterna i andra utskott och oftast inte är jurister.[29]

I praktiken är emellertid GLU mer inflytelserikt än vad som framgår av grundlagstexten och också, såvitt avser lagstiftningsfrågor, viktigare än andra utskott. I själva verket är GLU:s inflytande, som helt bygger på dess förhandsgranskning av lagförslagens grundlagsenlighet – ehuru det inte finns någon skyldighet för riksdagen att tillfråga utskottet om dess uppfattning och GLU inte heller har någon initiativrätt härvidlag[30] – så stort att dess uttalanden i grundlagstiftningsfrågor nästan alltid följs i riksdagen.[31]

En given fråga i sammanhanget är hur stor sannolikheten är för att utskottet aldrig tillfrågas om sin uppfattning, t.ex. för att regeringen eller riksdagsmajoriteten bestämt sig för att försöka få lagen antagen i den för vanliga lagar gällande formen och inte vill att något klåfingrigt utskott skall lämna synpunkter på detta. Som Uotila nämner[32] kan frågan, när oenighet råder i riksdagen om huruvida lagförslaget skall sändas till utskottet eller ej, avgöras genom vanligt majoritetsbeslut. Sålunda kan ingen riksdagsminoritet påfordra att GLU skall undersöka om ett lagförslag måste antas genom grundlagstiftning. Hidén skrev 1973 att det syntes bero på tillfälligheter huruvida ett förslag kom att granskas av utskottet eller inte, men reviderade 1979 detta till att betydelsefulla modifikationer av grundrättigheterna nog kunde förekomma utan att utskottet behövde höras, men bara när det gällde att rösta igenom regeringens förslag i oförändrat skick.[33] Så fort det blir tal om avvikelser från det ursprungliga förslaget är det emellertid, enligt rådande uppfattning – även i riksdagen – nödvändigt att tillfråga utskottet, vars ställning dock således främst baseras på konstitutionell praxis.

Den normala ordningen är att GLU får i uppgift att granska lagar som berör grundrättigheterna eller innebär tillägg till eller uppenbara undantag från grundlagen på ettdera av två sätt. Detta sker antingen genom att riksdagen sänder ett lagförslag till utskottet för beredning i vanlig ordning (jfr RiksdO 46 §; alla lagförslag skall beredas i utskott innan de slutligen behandlas i riksdagen, jfr RiksdO 63 §, och GLU har enligt 46 § att bereda vissa typer av ärenden) eller genom att riksdagen, jfr RiksdO 66 § st. 5, eller ett annat utskott som förbereder ett förslag tillfrågar GLU om dess synpunkter, vilket torde vara regel när frågan om förslagets grundlagsenlighet på något sätt aktualiseras.[34]

GLU koncenterar sig i sin kontroll givetvis på frågan om lagen strider mot någon grundrättighet eller inte.[35] Skulle GLU finna att förslaget inte kränker eller ens begränsar någon grundrättighet förklarar utskottet detta i sin rapport till riksdagen, med påföljd att lagen kan antas i vanlig ordning. Om däremot GLU skulle komma fram till att förslaget eller delar av det faktiskt är grundlagsstridigt eller kraftigt begränsar någon grundrät-

29. Som kompensation för denna brist på juridisk sakkunskap brukar GLU i mer komplicerade fall tillfråga utomstående experter, ofta statsrätts- eller statskunskapsprofessorer, vars synpunkter brukar tillmätas stor betydelse. Se vidare om GLU:s ställning samt om experternas roll främst Hidén i Sc.St.i.L. 1973 s. 108 f, i ÖZöRuV 1979 s. 100 ff, Sainio, a.a., Curt Olsson i JFT 1994 s. 482, Jaakko Uotila, Fundamental rights of the citizens, i The Finnish Legal System, 1985 s. 62, Länsineva, a.a.s. 73 f samt SOU 1975:29 s. 83.
30. Jfr Sainio, a.a.s. 216 samt Hidén i ÖZöRuV 1979 s. 102.
31. Jfr Hidén 1973 s. 108, Sainio, a.a. och Uotila a.a.s. 63.
32. A.a.
33. I Sc.St.i.L. s. 110 resp. ÖZöRuV s. 103.
34. Jfr Uotila, a.a.s. 62. Se för en utförligare redogörelse om exakt hur dessa förfrågningar till GLU går till och på vems initiativ de kommer till stånd främst Hidén i Sc.St.i.L 1973 s. 109.
35. Jfr t.ex. Uotila, a.a.

tighet måste lagen i praktiken – eftersom riksdagen så gott som alltid följer GLU:s uppfattning – antas enligt den procedur som anges i RiksdO 67 §.[36] Detta innebär följaktligen att materiellt grundlagsstridiga lagar mycket väl kan antas av den finska riksdagen, bara det sker enligt en viss procedur (som är identisk med den som krävs för grundlagstiftning eller -ändring).[37]

6.2.4 *Egendomsskyddets särställning*

Ett annat karakteristiskt drag i det finska rättighetsskyddet är äganderättens traditionellt mycket starka ställning, både i ett internationellt perspektiv[38] och jämfört med det skydd som andra rättigheter åtnjutit i den nationella rätten.[39] Att äganderätten verkligen åtnjutit ett starkare skydd än andra medborgerliga rättigheter går knappast att utläsa ur grundlagstexten eller att enkelt konstatera vid en analys av det finska rättighetsskyddet, utan är snarare en slutsats som kan dras av att frågor som rört äganderätt och egendomsskydd blivit föremål för lagstiftning i grundlagstiftningsordning vida oftare än lagar som begränsat de övriga rättigheterna.

Enligt RegF § 6 st. 1 är varje finsk medborgare tryggad enligt lag till »liv, ära, personlig frihet och gods.» Av 6 § 3 st. framgår att expropriation av egendom kan beslutas genom vanlig lag, men att detta endast får ske »för allmänt behov» och mot »full ersättning». Vad först gäller termen »gods» kan konstateras att regeln av riksdagen tolkats som innefattande allehanda förmögenhetsrättsliga objekt (fordringar, immaterialrättigheter, nyttjanderätter, statstjänstemäns rätt till lön och andra förmåner, näringsfrihet m.m.).[40] Egendomsskyddet har således kommit att omfatta betydligt mer än äganderätt i traditionell bemärkelse. Vad sedan gäller möjligheterna till expropriation genom vanlig lag märks att förutsättningarna härför avgränsats mycket snävt. Delvis framgår detta redan av avgränsningarna i lagtexten: expropriation av egendom kan, som ovan nämnts, endast bestämmas genom lag när det sker **a.** för allmänt behov och **b.** mot **full** ersättning.[41] Begreppet »allmänt behov» – vilket alltså är något som måste vara för handen för att expropriation skall kunna ske utan att grundlagstiftning måste tillgripas – är emellertid

36. GLU har också möjlighet att visa **hur** lagen kan ändras för att problemen skall undvikas; om riksdagen följer dessa anvisningar kan givetvis lagen sedan antas i den för »vanliga» lagar stadgade ordningen. Se härtill bl.a. Uotila s. 62.
37. Se om den historiska bakgrunden till utskottets starka ställning i finsk statsrätt bl.a. Antero Jyränki, Taking Democracy Seriously och Pekka Länsineva, The Constitutional Committee of Parliament: The Finnish Model of Norm Control, bägge i Maija Sakslin (utg.), The Finnish Constitution in Transition, Finnish Contributions to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law, Helsingfors 1991 s. 8 ff resp. 69 ff.
38. Jfr t.ex. Kastari i TfR 1948 s. 217, som bedömde att äganderättens grundlagsskydd i Finland, tack vare den brådskande grundlagstiftningsordningen, var mera omfattande »än kanske på något annat håll». Uttalandet torde ännu äga en viss relevans.
39. Se härtill bl.a. Klaus Törnudd, Finland and the International Norms of Human Rights, Dordrecht 1986, s. 119.
40. Jfr SOU 1975:29 s. 69 och Hidén – Saraviita s. 264.
41. Jfr SOU 1975:29 och Sainio, a.a.s. 219.

tämligen vagt och det har också i lagstiftningspraxis tidigt givits en mycket begränsad innebörd.[42]

Det i särklass största antalet av de lagar, ofta kallade undantagslagar, som efter den nuvarande ordningens införande 1919 antagits enligt den i § 67 stadgade ordningen har gällt just egendomsskyddet. Uotila har exempelvis uppskattat att av de cirka 800 undantag från grundrättigheterna som röstades igenom under perioden 1919-1978 avsåg två tredjedelar egendomsskyddet.[43] Hidén gjorde 1973[44] en analys av samtliga de lagar som stiftats i grundlagsordning från 1950 – 1971 och fann då att av 271 lagar som stiftats enligt § 67 avsåg 20 reella grundlagsändringar. Av de övriga 251 avsåg 36 överhuvudtaget inte grundrättigheterna, medan 10 ansågs inkräkta på andra rättigheter än äganderätten och hela 205 gällde lagar som begränsade egendomsskyddet. Siffrorna ger en klar antydan om var den reella tyngdpunkten i grundlagstiftningen – och därmed i hela det finska rättighetsskyddet – ligger. Rättighetsreformen 1995 ger regleringen av rättigheterna en delvis annan, mer socialt inriktad profil, men i förarbetena uttalas entydigt att hittillsvarande tolkningspraxis är avsedd att bestå.[45] Någon ändring härvidlag lär således inte inträffa inom överskådlig framtid.

6.2.5 *När måste grundlagstiftning tillgripas?*

Som nämnts innebär det finländska systemet att frågan om lagars grundlagsenlighet helt avgörs i själva lagstiftningsproceduren. Den centrala frågan blir, till följd härav, om en viss föreslagen lag som berör en grundrättighet kan antas i vanlig ordning eller om grundlagstiftning, enligt den i RiksdO § 67 angivna proceduren, erfordras.

Några klara regler för när den ena eller andra framkomstvägen skall begagnas finns inte, varken i grundlagstexterna eller i praxis. I litteraturen har i huvudsak två olika vägledande principer föreslagits. Enligt den ena erfordras grundlagstiftning när lagstiftarens ingripande i den enskildes rättssfär får betraktas som exceptionellt, tillfälligt eller övergående eller med andra ord inte kan ses som ett normalt inslag i rättsordningen.[46] Hidén-Saraviita har som en allmän princip deklarerat att ju mer kännbart lagen anses beröra någon av de grundrättigheter som garanteras i RegF, desto mer sannolikt är det att den kränker grundrättighetsskyddet och därför kräver att grundlagstiftningsordning iakttas.[47]

Hidén förde 1973 ett mer ingående resonemang[48], enligt vilket behovet av grundlagstiftning ökar ju mer negativa effekter lagen har för medborgarna och ju djupare dessa berörs av lagen, medan å andra sidan sannolikheten för att vanlig lagstiftning är tillfyllest ökar ju större gruppen som berörs av lagen är, ju större samhällets behov av den med lagen eller lagändringen avsedda åtgärden är

42. Jfr Kastari, TfR 1948 s. 209 f: »Då den intagits i grundlagen har denna förutsättning också genast från början tolkats sålunda, att den avser endast begränsade, konkreta behov, som i varje speciellt fall kunna särskilt angivas.»
43. A.a. I prop 309/1993 rd s. 32 anges f.ö. att det mellan 1919 och 1992 stiftats sammanlagt 847 undantagslagar.
44. Sc.St.i.L. s. 115 ff.
45. Se närmare prop 309/1993 rd s. 66 ff.
46. Se bl.a. Sainio, a.a.s. 216 och Kastari i StvT 1959 s. 293-94.
47. A.a.s. 262-63.
48. Sc.St.i.L. s. 124-25.

respektive ju närmare samband som finns mellan den nya lagen och redan gällande regler. Som Hidén konstaterade går det emellertid inte att ge någon enkel lösning på frågan när den ena eller andra lagstiftningsmetoden skall användas, eftersom det alltid är flera olika omständigheter som påverkar utgången. Att GLU i sin bedömning beaktar de här nämnda faktorerna kan dock förmodas.[49]

En särskild fråga i sammanhanget är vilken rättslig status de lagar som införts i grundlagstiftningsordning har. Normalt sett har de inte högre status än andra lagar, utan kan ändras eller avskaffas genom vanlig lagstiftning. Om ändringen medför ytterligare begränsningar av någon grundrättighet eller så att säga utvidgar det avsteg från grundlagen som ursprungligen gjorts genom undantagslagen krävs dock grundlagstiftning.[50]

6.3 Folkrättens ställning i finsk rätt

I Finland gäller liksom i övriga nordiska länder en dualistisk princip vad avser relationerna mellan nationell och internationell rätt.[51] En skillnad mellan Finland och de övriga nordiska länderna är emellertid att man i Finland brukar inkorporera internationella traktater med inhemsk rätt genom en s.k. blankettförordning som vid behov kompletteras med en blankettlag. Detta tillvägagångssätt innebär att en lag antas som inte innehåller själva texten till konventionen utan endast hänvisar till denna, medan texten ingår som bilaga.[52] De införlivade konventionerna kan härigenom normalt sett tillämpas av finska domstolar.[53] På detta sätt har ett flertal människorättskonventioner, t.ex. ECHR, införlivats i finsk rätt, ehuru detta inte lett till något överdrivet merarbete för de finska domstolarna.[54] Den dominerande uppfattningen i doktrinen, som uppenbarligen delas av GLU[55], är att en på detta sätt inkorporerad konvention har samma ställning som lagar i allmänhet, varför prioriteten mellan dem i möjliga konfliktsituationer får avgöras enligt sedvanliga lagtolkningsregler, t.ex. om lex posterior.[56] Även lagar som antagits efter införlivandet av ECHR förväntas dock *tolkas* så att de blir förenliga med konventionen.[57]

49. Det kan noteras att det i doktrinen inte diskuterats om vissa rättigheter bör åtnjuta ett starkare skydd i lagstiftningsproceduren än andra (så att det t.ex. skall krävas mindre för att lagar som berörde just dem skall antas i grundlagstiftningsordning). Den rättighet som i praktiken åtnjutit det starkaste skyddet i denna procedur är äganderätten eller egendomsskyddet, vilket sällan tycks ha ifrågasatts och alltså enligt regeringens proposition med förslag till grundlagsändring – prop. 309/1993 rd s. 66 ff, som i denna del inte ändrades av GLU – alltjämt skall gälla (jfr ovan vid n. 45).
50. Se Hidén – Saraviita s. 146 f och Uotila s. 62.
51. Se Törnudd, a.a.s. 17 och Allan Rosas, Rättigheter och traktater – Mänskliga rättigheter och finländsk konventionspolitik, i K. Myntti (utg.) Finländska människorättsperspektiv, Åbo 1987 s. 17.
52. Rosas, a.a.s. 17. Denna metod kallas ibland »de facto-monism»; jfr Matti Pellonpää, a.a.s. 590 vid n. 4.
53. Se bl.a. Martin Scheinin, Människorättskonventionernas ställning i Finland, Mor 1993 s. 280.
54. Se för en genomgång av de rättsfall som rört tolkningen av ECHR Scheinin, a.a.s. 281 ff. Precis som i Danmark tycks straffprocessuella frågor dominera i den inte särskilt omfattande praxis som förekommit, vartill kommer att konventionen aktualiserats i några utlämnings- och utvisningsfall.
55. GrUB 2/1990 rd.
56. Se bl.a. Scheinin, a.a.s. 280 f och Curt Olsson i JFT 1994 s. 478.
57. Jfr Olsson, a.a.

EES-avtalet och numera även EG-rätten har av allt att döma en ännu starkare ställning i finsk rätt, genom att de inte kan åsidosättas heller av nyare lagar. Domstolar får enligt ett uttalande av GLU överhuvudtaget inte tillämpa lagar som strider mot EES-avtalet (eller EG-rätten).[58]

6.4 Förändringarna av rättighetsskyddet under 1990-talet

I samband med flera andra konstitutionella förändringar i Finland under 1990-talet, vilka bl.a. rörde valsystemet, utreddes alltså även rättighetsskyddet. Bakgrunden var att stadgandena om fri- och rättigheter i grundlagen upplevdes som ålderdomliga; de försvårade tolkningen av grundlagen och var svåra för medborgarna att åberopa i praktiken.[59] Även införlivandet av ECHR i finsk rätt 1990 påverkade givetvis behovet av en reform; konventionens regler framstod som betydligt modernare än det inhemska rättighetsskyddet, vartill kom att förutsättningarna för domstolarnas lagprövning efter konventionens införlivande i den nationella rätten behövde preciseras.

Frågan utreddes först i den av statsrådet 1989 tillsatta kommittén för grundläggande fri- och rättigheter och sedan i justitieministeriets 1992 tillsatta arbetsgrupp för grundläggande fri- och rättigheter. Kommittén var betydligt djärvare i sitt förslag och ville t.ex. avskaffa möjligheten till undantagslagstiftning vid rättighetsbegränsningar.[60] Vidare föreslogs att förutsättningarna för begränsning av övriga rättigheter skulle preciseras noga i grundlagen.[61] Arbetsgruppen motsatte sig dock dessa nyordningar.[62] Ingen av utredningarna föreslog att lagprövningsrätt för domstolarna skulle införas.[63] Inte heller föreslogs att GLU skulle upphöra med sin sedvanliga laggranskning.

På basis av dessa utredningar utarbetades en proposition[64], som snarast byggde på arbetsgruppens mer försiktiga förslag. Denna proposition antogs, sedan den överarbetats av GLU, enhälligt av riksdagen första gången den 17 februari 1995 och andra gången den 13 juni samma år.

Den viktigaste förändringen är alltså att rättighetsreglerna i kap. II i RegF moderniserats på det sätt som beskrivits ovan i 6.1. Däremot föreslogs ingen ändring av grundlagstiftningsförfarandet eller införande av lagprövningsrätt; i dessa delar hänvisades helt enkelt till en ny utredning, som tillsattes av justitiedepartementet 1992.[65]

Det är alltså ingalunda säkert att den nuvarande ordningen kommer att bestå för evigt.

58. GrUB 15/1992 rd s. 3. Se även Leif Sevón, EES-avtalet, statsförfattningen och lagprövningsskyldigheten, JFT 1993 s. 572 f.
59. Se kommittébetänkande 1992:3 s. 22 f.
60. Ibid s. 9 ff (svensk version).
61. Ibid s. 5 ff (svensk version).
62. Se Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1993 s. 146 (svenskspråkig sammanfattning).
63. Se för en redogörelse av debatten om domstolarnas lagprövningsrätt under senare år, efter införlivandet av ECHR och i samband med andra grundlagsreformer på rättighetsskyddets område, Olsson i JFT 1994 s. 473 ff.
64. Prop 309/1993 rd.
65. Se anf prop, i GrUB 25/1994 s. 13 f.

Trots att GLU inte föreslog någon lagprövningsrätt – något som ju f.ö. hade minskat dess makt – kunde utskottet inte undgå att beröra det ökade behovet av tillämpning av t.ex. ECHR i de finska domstolarna.[66] Det faktum att rättighetsreglerna i grundlagen formulerades mer exakt än tidigare var enligt GLU i förening med de internationella konventionernas ökade betydelse ägnat att ge de grundläggande fri- och rättigheterna större direkt tillämplighet vid domstolarna. Detta förhållande borde emellertid enligt GLU hållas i sär från möjligheten att införa en lagprövningsrätt:

> Tillämpningen av stadgandena om de grundläggande fri- och rättigheterna beror inte i sig på om domstolarna har möjlighet att låta bli att tillämpa en lag som står i strid med grundlagen.[67]

Domstolarnas tillämpning av rättighetsregler skall enligt GLU helt ske genom lagtolkning; det förutsätts att konflikter mellan lagar och ECHR eller grundlagen antingen är skenbara eller kan tolkas bort.[68] Att tro att regelkonflikter alltid kan lösas på detta sätt är dock en kraftig förenkling av problematiken, vilket GLU måste ha insett. Den utredning som nu studerar frågan kan knappast behandla den lika lättvindigt.

6.5 Sammanfattning. Synpunkter från doktrinen

Som framgått innehåller det finska rättighetsskyddet flera egenartade inslag. Den givna frågan är därför om detta system, utan möjlighet för domstolarna att pröva om lagar strider mot grundlagens fri- och rättighetsstadganden och med ensidig tonvikt på själva lagstiftningsproceduren, kan sägas skydda de medborgerliga rättigheterna på ett tillfredsställande sätt. Det är också berättigat att fråga om det i ett så egenartat system å andra sidan kan finnas en risk för att den demokratiska beslutsprocessen försvåras eller ibland kanske rentav omöjliggörs, t.ex. genom det starka majoritetskravet i brådskande fall, med åtföljande möjlighet för en liten minoritet att blockera lagändringar som en övervägande majoritet av befolkning och riksdagsledamöter betraktar som nödvändiga.[69] Kort sagt: hur fungerar det finska fri- och rättighetsskyddet? Vilka för- eller nackdelar har det jämfört med andra system?

Kritiska synpunkter mot systemet har i doktrinen främst framförts av Hidén, som pekat på tre påtagliga brister i det[70]; att det inte finns några garantier i grundlagarna för att de lagar vars grundlagsenlighet kan ifrågasättas verkligen blir granskade av GLU,

66. Att konventionen redan fått viss praktisk tillämpning visas av Scheinin i Mor 1993 s. 281 ff. Jfr ovan i n. 54.
67. Se GrUB 25/1994 s. 7. Här tycks inte GLU ha nått, eller ens strävat efter, särskilt mycket större klarhet än den som erhålls genom de svenska motivuttalandena om möjligheterna att i Sverige tillämpa ECHR i lagprövningsfall; jfr nedan i kap. 18.2.5.
68. Ibid s. 7 f.
69. Enligt Hidén är den enda historiska motsvarigheten till det nuvarande finska regelsystemet möjligheten i Weimarrepublikens författning att införa undantag från fri- och rättigheterna utan att ändra själva grundlagen. Som Hidén konstaterar fick denna lagstiftningsteknik genom missbruket under Weimarrepubliken dåligt rykte och den är numera uttryckligen förbjuden genom art. 79 i den tyska grundlagen, jfr kap. 7.1.1 o. 7.1.4. Se ÖZöRuV 1979 s. 94 och Sc.St.i.L. 1973 s. 99 samt kommittébetänkandet 1992:3 s. 11. Egenheterna i det finska systemet, sedda i ett internationellt perspektiv, framhävs även av Olsson i JFT 1994 s. 481 f.
70. ÖZöRuV s. 103 f.

vidare att ett kontrollsystem vars centrala organ eller instans är ett riksdagsutskott alltid riskerar att bli utsatt för politiska påtryckningar vid svåra avgöranden[71], samt att alltför stor vikt fästs vid själva förfarandet, vid lagstiftningens rent formella sida, varvid uppmärksamheten riktas mot i vilken ordning en lag antas i stället för mot lagens innehåll.[72]

Hidén har betonat att även om grundrättighetsstadgandena kunnat förhindra stiftandet av någon viss lag eller kunnat leda till att en lag stiftats i modifierad form så är det givet att en lags stiftande som undantagslag, p.g.a. att den begränsar någon grundrättighet, endast innebär »ett tekniskt, yttre drag av lagens stiftande» men i sig inte alls påverkat innehållet i lagen.[73] För den enskilde medborgaren är det emellertid inte centralt i vilken ordning inskränkandet av en grundrättighet har skett, men däremot att inskränkningarna inte blir större än nödvändigt och helst så små som möjligt; lagens innehåll är så att säga viktigare för den enskilde medborgarens rättsliga ställning än hur lagen antagits. Från denna utgångspunkt finner Hidén att grundrättigheternas skydd i lagstiftningsproceduren inte är tillfredsställande, eftersom den dominerande frågan vid övervakningen av grundlagens iakttagande varit »den abstrakta frågan om lagstiftningsordningen och inte strävan att bibehålla lagstiftningen så grundlagsenlig som lagarnas syfte tillåter.» Hidén menade också att det knappast skulle finnas någon anledning att rikta kritik mot den rådande ordningen om övervakning av grundlagarnas iakttagande skedde även vid lagarnas tillämpning, men så är alltså inte fallet.[74]

Mer positiva omdömen om det finska systemet har uttalats av Kastari, som inte fann att det medfört att minoriteter vid olika tillfällen bromsat lagstiftning som bedömts vara önskvärd från allmän synpunkt[75], och dessutom såg fördelar från rättssäkerhetssynpunkt med att prövningen av lagarnas grundlagsenlighet skedde »preventivt» redan i lagstiftningsskedet, eftersom alla relevanta omständigheter enligt honom då kunde beaktas mångsidigare än i en domstol.[76]

Dessa synpunkter framfördes redan 1948, då de europeiska erfarenheterna av lagprövningsrätt för domstolar var ganska begränsade. Kastari verkar här dock ha torgfört just den typ av åsikter som Hidén i de ovan nämnda artiklarna kritiserat. Denna argumentation tycks stirra sig blind just på de yttre, formella sidorna av grundrättighetsskyddet och förväxlar det faktum att en lag som kanske begränsar en grundrättighet antagits i viss ordning med frågan om begränsningen som sådan är godtagbar från materiell synpunkt. Dessutom övervärderas värdet av den preventiva prövningen i GLU, eftersom detta utskott – till skillnad från exempelvis C.C. i Frankrike[77] – inte har någon möjlighet

71. Jfr även Curt Olsson i JFT 1994 s. 482 f: »Utskottet är emellertid ett rent politiskt organ och de sakkunniga är som nämnts i regel också politiskt bundna...Man kan inte begära och förvänta sig att ett riksdagsutskott skulle kunna frigöra sig från det som varit bestämmande för dess sammansättning och som är dess huvuduppgift, nämligen politik, för att i stället uppträda som ett oberoende och opartiskt lagtolkningsorgan.»
72. Samma typ av kritik har framförts av Olsson i Författningsdomstol och lagprövning s. 65 f.
73. Har grundrättigheterna någon betydelse?, JFT 1978 s. 417 ff. Jfr även Scheinin, a.a.s. 283: »Grundlagens skydd för grundläggande fri- och rättigheter är således närmast proceduralt.»
74. Jfr även Scheinin i JFT 1991 s. 494. – Hidén var dessutom, (a.a.s. 419), kritisk mot *myndigheternas* ofta svala attityd till grundrättigheterna. Denna kan enligt Hidén delvis bero på att övervakningen av grundlagsenligheten primärt ses som en del av lagstiftningsförfarandet.
75. StvT 1959 s. 297.
76. TfR 1948 s. 248-49.
77. Jfr kap. 8.5.

att åsidosätta en lag som befinns vara grundlagsstridig (och inte ens som det svenska lagrådet kan förklara att en föreslagen lag nog är tveksam ur rättssäkerhetssynpunkt eller kan befaras strida mot grundlagen[78]), utan endast kan avgöra om lagen skall antas i en viss ordning. GLU kan inte heller på egen hand initiera en granskning av ett lagförslag, utan är beroende av att riksdagsmajoriteten inte motsätter sig att utskottet hörs. Det skydd för fri- och rättigheterna som ligger häri är enligt min mening, bland annat på grund av de svagheter som Hidén påpekat, inte alltför betydande.[79]

En positiv uppfattning om systemet har också torgförts av Modéen, som framhållit det värdefulla i att grundrättigheterna kan begränsas utan att kap. 2 i RegF behöver ändras, samtidigt som han betraktade kravet på fem sjättedels majoritet i brådskande fall som en garanti för att undantagslagstiftningen inte tillgreps i onödiga fall.[80] Även om Modéen förhoppningsvis har rätt på denna punkt kan det dock i och för sig vara svårt att se finessen med att det är lätt att begränsa de medborgerliga rättigheterna i en stat utan att ändra själva grundlagen.

Beträffande frågan vilken betydelse minoritetsskyddet egentligen haft och har för att förhindra onödiga begränsningar av grundrättigheterna bidrar Anckar med en intressant synpunkt. Minoritetsskyddet har enligt honom »matat» den finska samförståndspolitiken och bidragit till att skapa en allmänt rådande konsensus kring viktiga frågor i det politiska livet eller, för att uttrycka det med hans egna ord, till att skapa en majoritetsvilja som antagligen är bredare än den skulle vara utan restriktioner.[81] I stället för att vara ett värn mot kränkningar av individuella fri- och rättigheter har alltså minoritetsskyddet enligt Anckar lett till att de politiska partierna strävar efter att bli överens om begränsningar av rättigheterna, när sådana aktualiseras!

Det går inte att komma ifrån att Hidéns kritik är mycket tungt vägande och det är anmärkningsvärt att inte fler kritiska röster höjts mot ett system för rättighetsskydd som – oavsett om det kan sägas fungera »bra» eller »dåligt» – är så särpräglat som det finska. Dessutom kan det av olika skäl ifrågasättas om minoritetsskyddsregeln i RiksdO § 67 är ett så starkt värn för fri- och rättigheterna som den ibland utmålas som; dels märks de tendenser till allmän konsensus som Anckar framhållit, dels bör det förhållandet observeras att en minoritet omfattande mer än 1/6 av riksdagsledamöterna **inte kan förhindra att lagen antas** utan endast att den antas som undantagslag, dvs i brådskande ordning. Om minoriteten förhindrar detta kan lagen ändå antas i normal ordning, dvs förvisso med mellanliggande val men utan överdrivet starkt minoritetsskydd.[82]

Därutöver bör bristen på maktdelning i det finska systemet betonas. Kontrollen av att de av riksdagen stiftade lagarna är förenliga med grundlagen sker alltså av ett riksdagsutskott, vilket innebär att riksdagen granskar sig själv. Garantier för att denna granskning

78. Se (svenska) RegF 8:18 och kap. 17.1.2.
79. Kastari, som vid denna tidpunkt överhuvudtaget var skeptisk till lagprövning och menade att en domstolskontroll i efterhand, i tillämpningsskedet, var »ägnad att anpassa sig även efter en knappt tillmätt sfär för medborgarrättigheterna», medan en övervakning i lagstiftningsskedet tvärtom tenderade att utmäta denna sfär tämligen grundligt (a.a.), skulle dock senare ändra inställning och uppmana domstolarna att utöva lagprövning. Se härom Jyränki, a.a.s. 11.
80. A.a.s. 210.
81. A.a.s. 154 f.
82. Om än något starkare än det svenska, där tio riksdagsledamöter enligt RF 2:12 st. 3 kan kräva att ett rättighetsbegränsande lagförslag skall vila i tolv månader. Jfr kap. 17.1.1 om hur denna regel fungerat i praktiken.

kommer att ske med någon form av juridisk sakkunskap saknas helt.[83] Denna maktkoncentration till parlamentet kan givetvis uppfattas av en fördel av dem som menar att endast de folkvalda riksdagsledamöterna kan åtnjuta någon som helst form av demokratisk legitimitet[84], men riskerna för att denna ensidiga betoning av folksuveräniteten försämrar de enskildas rättighetsskydd bör inte underskattas.[85]

83. Jfr Olsson i JFT 1994 s. 482.
84. Jfr t.ex. Länsineva, a.a.s. 76, samt KU 1978/79:39 s. 13, där en liknande synpunkt framfördes avseende svensk rätt; se nedan i 18.1.2.
85. Jfr Olsson, a.a.s. 493.

7. Tyskland

7.1 Allmänt om den tyska grundlagen och dess bakgrund

7.1.1 Inledning

Den tyska grundlagen antogs 1949. För att förstå innebörden och strukturen i grundlagens bestämmelser är det – inte minst om avsikten är att analysera rättighetsskyddet – helt nödvändigt att känna till och förstå dess tillkomsthistoria och historiska bakgrund.

För det första märks att Tyskland efter andra världskriget var ockuperat, de östra delarna av sovjetiska trupper och de västra delarna, dvs tidigare Västtyskland, av amerikanska, brittiska och franska trupper. Antagandet av en ny grundlag i Västtyskland var därför ett led i bildandet av en självständig västtysk stat och utarbetandet av GG övervakades av representanter för ockupationsmakterna.[1]

Dessa var givetvis intresserade av att den nya västtyska staten blev en demokratisk rättsstat, som utan att ha stormaktsambitioner skulle kunna inlemmas i ett förtroendeskapande samarbete med andra västeuropeiska länder.[2] Än viktigare var dock de västtyska grundlagstiftarnas egna ambitioner att tillse att den nya grundlagen präglades av rättsstatens och demokratins ideal. Bakgrunden härtill var givetvis de fruktansvärda erfarenheterna från nazitiden; när en ny författning skulle antas efter kriget var grundlagstiftarna mycket angelägna att ge denna en humanistisk prägel, vilket förklarar att den inte bara innehåller en uppräkning av medborgerliga rättigheter, som åtnjuter ett starkt skydd, utan också ett antal deklarationer och principuttalanden till förmån för rättsstaten och demokratin.

Bland dessa märks portalstadgandet i art. 1 st. 1 om människovärdets okränkbarhet, som det är alla statliga myndigheters skyldighet att respektera och skydda. Av central betydelse är också förklaringen om de okränkbara och oförytterliga mänskliga rättigheterna som samhällsordningens grundval, art. 1 st. 2, deklarationen i art. 20 st. 1 att För-

1. Se beträffande utarbetandet av GG och betydelsen härför av de politiska förhållandena efter 1945 Rudolf Weber-Fas, Das Grundgesetz, Berlin 1983 s. 17 ff samt Konrad Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung, i E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1983 s. 6 f.
2. Som exempel på regler i grundlagen ägnade att medföra att Västtyskland skulle få en fredlig, icke aggressiv karaktär märks art. 26, som förklarar att alla förberedelser för anfallskrig är grundlagsstridiga och art. 24, som anger att Tyskland kan överföra suveränitet till mellanstatliga organisationer och, för fredsbevarande syften, till olika internationella kollektiva säkerhetsarrangemang.

bundsrepubliken Tyskland är en demokratisk och »social» (»sozialer») förbundsstat samt regeln i art. 79 st. 3 om att de principer vilka kommer till uttryck i art. 1 och 20 inte går att upphäva ens genom grundlagsändring (vilken får en särskild rättslig betydelse genom bekännelsen i art. 1 st. 2 till de mänskliga rättigheterna som samhällsordningens grundval). De bärande politiska och ideologiska tankarna bakom den tyska grundlagstexten är inte svåra att urskilja; GG är en uppgörelse med nazitidens ondska och förtryck och ett starkt värdeladdat ställningstagande för den demokratiska rättsstaten.

7.1.2 *Något om viktiga principer i grundlagen*

Karakteristiskt för Tysklands politiska system och för den tyska[3] grundlagens uppbyggnad är förutom de rättsstatliga och demokratiska principdeklarationerna det faktum att Tyskland är en federal stat, dvs en sammanslutning av många självständiga delstater med betydande autonomi. Flera av GG:s regler återspeglar detta faktum och reglerar förhållandet mellan delstaterna och den centrala, federala politiska makten.[4] Av de bägge kamrarna i den tyska riksdagen, förbundsdagen och förbundsrådet, utses t.ex. ledamöterna i den senare av de olika delstatsparlamenten.

Bland övriga viktiga utgångspunkter för det tyska statsskicket bör nämnas begränsningarna av folksuveräniteten (art. 20 st. 2), både genom regler om maktdelning, art. 20 st. 2 och 3 och den omfattande rättighetskatalogen i kap. 1 (art. 1-19).[5]

Rättigheterna i kap. 1 binder alla statliga – lagstiftande, verkställande eller dömande – myndigheter som omedelbart gällande rätt, art. 1 st. 3. Som ett uttryck för det nämnda rättsstatsidealet kan man även se regeln i art. 19 st. 4 om att den vars rättighet kränkts av någon offentlig myndighet alltid skall ha möjlighet att väcka talan vid tysk domstol om det inträffade.

7.1.3 *Närmare om rättighetskatalogen i kap. 1 Grundgesetz – »Die Grundrechte»*

GG inleds med en omfattande rättighetskatalog och innehåller även i övrigt ett stort antal regler till rättigheternas skydd. Reglerna i rättighetskatalogen får emellertid en särskild rättslig betydelse dels genom den ovannämnda bestämmelsen i art. 1 st. 3 om att de är omedelbart tillämplig rätt som binder alla tyska myndigheter, dels genom andra regler om att de inte utan vidare kan begränsas, inskränkas eller avskaffas. Bland dessa märks reglerna om att deras s.k. väsensinnehåll, *Wesensgehalt*, aldrig får inskränkas ens genom lag, art. 19 st. 2 samt den redan berörda bestämmelsen i art. 79 st. 3 om att de

3. GG gäller sedan den tyska återföreningen den 3 oktober 1990 som grundlag för hela Tyskland.
4. Se närmare avsnitt 7.2.1.1.
5. Enligt art. 20 st. 2 p. 1 utgår all statlig makt från folket, men den utövas förutom av folket vid val, av särskilda lagstiftande, verkställande och dömande organ. Av art. 20 st. 3 framgår så att lagstiftaren är bunden av grundlagen, medan domstolarna och den verkställande makten är bundna av »lag och rätt». Art. 20 kan således sägas ge uttryck för den klassiska, från Montesquieu härstammande maktdelningsläran; som ett praktiskt uttryck för denna kan man även betrakta författningsdomstolens starka, centrala ställning i det tyska rättssystemet. Så t.ex. Christian Starck, Grundrechte und demokratische Freiheitsidée, i Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1987, s. 10.

grundsatser som kommer till uttryck i art. 1 och 20 inte får avskaffas ens vid grundlagsändring. Viktigast är dock att författningsdomstolen givits befogenhet att pröva om vanliga lagar kränker någon av de i GG garanterade rättigheterna.

Det finns fler rättighetsregler i GG än de som räknas upp i kap. 1. Till de medborgerliga rättigheterna räknas sålunda de s.k. judiciella grundrättigheterna i art. 101, 103 och 104. Huvudregeln är att alla har en allmän rätt till en korrekt och lagenlig rättegång ledd av en behörig domare (se art. 103 st. 1 och art. 19 st. 4). Denna kompletteras bland annat med förbud mot inrättande av domstolar för viss begången gärning (s.k. »Ausnahmegerichte»), krav på att frihetsberövande endast kan ske med stöd av lag och förbud mot retroaktiv strafflagstiftning.

En form av legaldefinition av vilka regler i GG som räknas som rättighetsregler ges i art. 93 st. 1 p. 4 a, som anger när en enskild person kan anföra s.k. författningsbesvär vid BVerfG.[6] Detta kan varje person göra, som anser att någon av hans *grundrättigheter* - dvs någon av rättigheterna i 1 kap GG – eller någon av hans rättigheter enligt art. 20 st. 4 (som ger alla tyskar en rätt till motstånd mot den eller dem som försöker avskaffa eller undergräva den konstitutionella ordningen), art. 33 (som tillerkänner alla tyskar likvärdiga politiska och medborgerliga rättigheter och skyldigheter samt likvärdiga möjligheter att kandidera för offentliga tjänster och ämbeten), art. 38 (om fria val och rösträtt för alla tyskar över arton år) eller någon av de ovannämnda judiciella grundrättigheterna kränkts. Enligt denna vedertagna legaldefinition finns således GG:s rättighetsregler i art. 1-19, art. 20 st. 4, art. 33, 38, 101, 103 och 104, ehuru endast rättigheterna i art. 1-19 är »grundrättigheter», *Grundrechte*.[7]

Dessa rättighetsregler kan sedan schematiskt indelas i olika kategorier. Ett i den tyska doktrinen vanligt sätt att indela rättighetsreglerna är att skilja på frihetsrättigheter, likhets- eller likställighetsrättigheter (*Gleichheitsrechte*) och judiciella rättigheter.[8]

6. Se närmare härom kap. 7.3.4.4.
7. Av art. 142 framgår att rättighetsregler i delstatsgrundlagar som står i överensstämmelse med art. 1-18 GG är gällande rätt. Dessa regler gäller dock bara i respektive delstat, varjämte märks att regler i delstaternas grundlagar – om medborgerliga rättigheter eller något annat – som strider mot GG är ogiltiga enligt den s.k. homogenitetsregeln i art. 28(1) samt art. 31, som alltid ger federal lagstiftning företräde framför motstridig delstatslagstiftning. Se till det sagda Klaus-Dieter Borchardt, Bundesrepublik Deutschland, i Grundrechte in Europa und USA, kap. IV (s. 126 f) och Weber-Fas, a.a.s. 173 n. 29.
8. Se t.ex. Weber-Fas, a.a. § 12 st. IV-VI och Borchardt, a.a. Enligt denna indelning omfattar frihetsrättigheterna förutom den allmänna rätten till en fri utveckling av den egna personligheten i art. 2 st. 1, i första hand följande rättigheter: rätten till liv och den personliga frihetens okränkbarhet i art. 2 st. 2, religionsfriheten i art. 4 st. 1 och 2, rätten till vapenfri tjänst, art. 4 st. 3, yttrande- och informationsfriheten, art. 5 st. 1, friheten för konst, vetenskap, forskning och undervisning, art 5. st 3, mötes- och föreningsfriheten, art. 8-9, skyddet för post- och telemeddelanden, art. 10 st. 1, rörelsefriheten, art. 11, friheten att välja yrke och utbildning jämte förbudet mot tvångsarbete, art. 12 samt bostadens okränkbarhet i art. 13. De judiciella rättigheterna utgörs av de ovannämnda reglerna i art. 101 och 103-104 samt bestämmelsen i art. 19 st. 4, som alltså ger alla vilka anser att deras rättigheter kränkts rätt att väcka talan om den påstådda rättighetskränkningen vid allmän domstol, medan likhets- eller likställighetsrättigheterna, vilka innebär diskrimineringsförbud på olika områden, består dels av den allmänna regeln om allas likhet inför lagen i art. 3(1), dels av särskilda jämlikhetsregler, som stadgar om lika rätt i vissa situationer för olika kategorier av personer. Dessa senare regler är bestämmelsen om könens lika rättigheter, 3(2), det allmänna diskrimineringsförbudet i 3(3), en regel som stadgar att utomäktenskapliga barn har samma rättigheter som barn födda inom äktenskapet, 6(5), samt bestämmelserna i art. 33 om lika rätt för alla tyskar att beträda offentliga ämbeten

Även andra kategorier av rättigheter går dock att urskilja. Sålunda kan yttrande-, mötes- och föreningsfriheten ses som typiskt politiska rättigheter, varvid även grundlagsskyddet för politiska partier i art. 21(1) kan ses som en del av föreningsfriheten.[9] Till de politiska rättigheterna kan man även räkna rösträtten, likställigheten vid tillträde till offentliga ämbeten, garantin för att ingen skall gå förlustig sitt tyska medborgarskap, art.16(1) samt den generella asylrätten för politiskt förföljda i art.16 a st. 1 (som dock begränsats genom en grundlagsändring 1993; jfr art. 16a st. 2).[10]

Frågan är då för vilka personer dessa rättigheter gäller och vem som kan åberopa sig på dem. I den tyska statsrättsdoktrinen görs en klar åtskillnad mellan de – mänskliga – rättigheter som gäller för alla människor (»*Menschenrechte, Jedermannsrechte*») och de – medborgerliga – rättigheter som endast gäller för tyska medborgare (»*Bürgerrechte, Deutschenrechte*»).[11] Huruvida en rättighet hör till den ena eller andra kategorin avgörs av regelns lydelse; antingen gör denna ingen åtskillnad mellan tyskar och utlänningar och då är det en mänsklig rättighet, eller också framgår det att rättigheten förbehålls tyskar och då är det en medborgerlig rättighet. Endast ett fåtal regler i kap. 1 gäller bara för tyskar (mötes- och föreningsfriheten, art. 8-9, rörelsefriheten, art. 11 samt rätten till fritt yrkesval och fri yrkesutövning, art. 12). Alla andra regler i kap.1, inklusive de särskilda principuttalandena i art. 1, skyddet för den individuella personligheten i art. 2(1) och regeln om rättigheternas okränkbara väsensinnehåll i art. 19(2) kan alltså åberopas av alla människor.[12]

(endast de personliga kvalifikationerna skall fälla utslag vid tillsättandet av sådana tjänster). Se närmare om förhållandet mellan den generella jämlikhetsprincipen i art. 3(1) och de enskilda likställighetsstadgandena samt för en genomgång av dessa Thomas Würtenberger, Equality, i U. Karpen (utg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988 s. 78 ff.

9. Se t.ex. Borchardt, a.a.s. 153.
10. En särskild typ av rättighetsregler är vidare de s.k. institutionella rättigheterna, vilka kan betraktas som grundlagsskyddade rättsinstitut (även kallade Einrichtungsgarantien). Hit hör skyddet för äktenskapet och familjen, art. 6(1), för skol- och utbildningsväsendet, art. 7(1), för ägande- och arvsrätten, art.14(1) och för partiväsendet i art. 21(1). Anmärkas kan också att BVerfG i sin praxis tillerkänt ytterligare rättigheter, såsom press- och etermediafriheten i art. 5(1), konst- och vetenskapsfriheten, art. 5(3) och föreningsfriheten, art. 9, ett skydd av en styrka som i doktrinen ibland beskrivs som institutionellt. Se t.ex. Helmuth Görlich, Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines, i The Constitution...s. 48. Se vidare om denna praxis och om det institutionella betraktelsesättet på rättigheterna i den tyska doktrinen nedan kap. 7.5.2.3. – Det kan noteras att GG förutom bestämmelsen om ägande- och arvsrätten, som kompletteras med bestämmelser om att expropriation och nationalisering av egendom endast får ske med stöd av lag och när fullvärdig ersättning utgår, art. 14(3) o. art. 15, inte innehåller några regler avsedda att påverka det ekonomiska systemet. Marknadsekonomin hör således inte till de värden som bär upp eller skyddas av GG, utan denna konstitution kan beskrivas som ekonomiskt neutral. Jfr BVerfGE 4, 7, 18: »Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche.» Se även BVerfGE 50, 290, 337 angående medbestämmande i arbetslivet samt Eckart Klein, The Concept of the Basic Law, i C. Starck (utg.), Main Principles of the German Basic Law, Baden-Baden 1983 s. 28.
11. Detta är i grunden samma uppdelning som i RF, jfr 2:22.
12. Se Borchardt, a.a.s. 145 f, Bodo Pierroth/Bernhard Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg 1987 s. 20 och Roman Herzog, Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte, EuGRZ 1990 s. 483. Det bör dock påpekas att innebörden av att en rättighetsregel, t.ex. art. 8 om mötesfriheten, enbart gäller för tyskar inte är att utlänningar inte har mötesfrihet utan endast att denna inte är grundlagsskyddad för dem. Därjämte finns vissa specialbestämmelser om rättigheternas omfång och tillämpningsområde. Enligt art. 19(3) GG gäller de också för inhemska juridiska personer, i den mån dessa rent praktiskt kan använda sig av dem. Denna regel har i doktrin och praxis uttolkats så att tyska privata företag och andra privaträttsliga juridiska subjekt fullt ut kan åberopa sig på rättighetsreglerna, medan

7.1.4 *Den rättsliga ramen; historisk bakgrund, rättigheternas räckvidd och deras förhållande till övriga grundlagsregler*

Skyddet för och den principiella bekännelsen till de mänskliga rättigheterna som samhällets grundval, som överordnade normer, stannar inte vid fagra ord. Den rättsliga regleringen av rättigheternas inflytande på övriga delar av rättsordningen samt av när och för vilka syften rättigheterna får begränsas är omfattande. Även här finns ett historiskt skäl till den rättsliga utformning som valts för att ge fri- och rättigheterna ett så starkt skydd som möjligt, nämligen de negativa erfarenheterna av hur 1919 års konstitution kom att fungera under Weimarrepublikens fjorton år. Också i denna grundlag fanns nämligen en rättighetskatalog, men rättigheterna åtnjöt inget effektivt rättsligt skydd utan kunde enkelt inskränkas genom vanliga lagar och, framförallt, genom presidentens s.k. nödförordningsrätt enligt art.48 i Weimarrepublikens konstitution. Detta ledde så småningom till att de åsidosattes och till att demokratin alltmer sattes ur spel.

Möjligheten att i Weimarförfattningen inskränka rättigheterna genom den nämnda nödförordningsrätten måste särskiljas från de särskilda fullmaktslagar som alltsedan första världskriget var vanliga. Ett flertal fullmaktslagar, motiverade av kritiska politiska och ekonomiska omständigheter, utfärdades i Tyskland efter första världskriget.[13] De viktigaste och mest kända av dessa var de bägge konstitutionella fullmaktslagar som, mot bakgrund av den fruktansvärda inflationen och allmän politisk oro, infördes 1923. Dessa tidsbegränsade lagar, varigenom lagstiftningsmakten nästan helt lades i regeringens hand och regeringen befullmäktigades att bortse från grundlagens rättighetsregler, antogs med den 2/3-majoritet i förbundsdagen som krävdes för grundlagsändringar och anses i princip ha haft samma rättsliga status som grundlagen.[14] Den andra av dessa två fullmaktslagar upphörde emellertid att gälla den 15 februari 1924, varefter just denna lagstiftningsform inte fick någon större praktisk betydelse.[15] Presidentens nödförordningsrätt reglerades i art. 48 i Weimarförfattningen, där presidenten gavs rätt att om offentlig ordning och säkerhet allvarligt hotades, vidta för ordningens återställande nödvändiga åtgärder (inklusive att upphäva vissa rättigheter). Denna nödförordningsrätt, presidentens »latenta diktaturmyndighet» för att tala med Tingsten[16], var i kraft under hela Weimarrepubliken. Med stöd av förordningar som utfärdades på detta sätt infördes till en början åtgärder som påminde om krigsårens belägringstillstånd; rättigheter sattes ur spel

tyska offentligrättsliga subjekt endast undantagsvis kan åberopa några andra rättighetsregler än de judiciella. Utländska privata företag anses förutom de judiciella rättigheterna även kunna åberopa GG:s likhetsregler gentemot alla former av nationalitetsbetingad diskriminering, medan det är oklart om de kan åberopa äganderättsskyddet i art. 14(1) gentemot den tyska staten. Däremot anses art.19(3) överhuvudtaget inte medföra att utländska offentligrättsliga subjekt kan åberopa några rättighetsregler. Se för en genomgång av regelns närmare innebörd Borchardt, a.a.s. 147-152 m.h.t. doktrin och praxis från BVerfG. Se även SOU 1975:29 s. 169.

13. Se för en ingående genomgång av dessa samt en förklaring till deras bakgrund Herbert Tingsten, De konstitutionella fullmaktslagarna i Tyskland efter världskriget, StvT 1925 s. 140-180.
14. Se närmare om antagandet av lagarna, den politiska situationen och lagarnas exakta räckvidd Tingsten, a.a.s. 146 ff o. 172 ff. Att fullmaktslagarna hade konstitutionell rang berodde på att reglerna om grundlagsändringar i art. 76 var oklara och i princip medgav att grundlagen kunde ändras lagstiftningsvägen. Se härom Tingsten s. 156 ff o. 168 ff samt nedan s. 211 f.
15. Däremot skulle möjligheten att avvika från grundlagen utan att ändra dennas ordalydelse i ett senare skede starkt bidra till det rättsliga förfall som präglade slutet på Weimarrepubliken; se nedan s. 211 f. Under de korta perioder från oktober 1923-februari 1924 då fullmaktslagarna var i kraft uppnåddes betydande resultat. Den ekonomiska krisen bemästrades så gott som helt, för att sedan dock återkomma 1929, till följd av den allmänna lågkonjunkturen. Se närmare om de lagar som antogs Tingsten s. 170 ff o. 178.
16. A.a.s. 158.

osv. 1922 vidtogs för första gången med stöd av art.48 en ekonomisk reglering, vilket sedan var vanligt under 1923. Sedan den akuta ekonomiska krisen med stöd av fullmaktslagarna avvärjts, infördes under perioden 1925-29 bara en ny förordning på detta sätt, samtidigt som ett antal tidigare utfärdade förordningar återkallades. Från och med sommaren 1930, när den internationella ekonomiska krisens verkningar blivit kännbara, inleddes dock en ny, omfattande förordningspraxis. Medan förordningarna tidigare gällt begränsade ekonomiska åtgärder, kom de nu att ersätta förbundsdagens budgetlagstiftning, samtidigt som förbundsdagens ordinarie lagstiftning till följd av politiska motsättningar låg nere.[17]

I denna förvirrade situation, som bestod till nazisternas maktövertagande 1933, urholkades rättigheterna successivt. Till det sagda kom emellertid att de rättigheter som erkändes i Weimarförfattningen också var lätta att inskränka genom vanliga lagar. Även här måste man skilja mellan två olika framkomstvägar, nämligen möjligheten att begränsa rättigheterna genom lag och möjligheten att genom vanlig lag ändra själva grundlagen.

I Tyskland fördes under Weimarperioden en ganska livlig rättslig diskussion om huruvida rättighetsreglerna i grundlagen var gällande, för alla myndigheter och statsorgan bindande rätt eller inte.[18] Art. 107 i grundlagen gav intrycket att så var fallet, men genom att rättigheterna var så pass lätta att begränsa genom lag var detta inte helt korrekt, åtminstone inte såvitt gällde lagstiftarens bundenhet.[19] I stället blev uppfattningen att rättigheternas bindande verkan gentemot lagstiftaren fick bedömas från fall till fall förhärskande[20]; i praktiken innebar detta, till följd av det oroliga klimatet och de allt frekventare rättighetsbegränsningarna[21], att rättigheterna åtnjöt ett obefintligt skydd gentemot lagstiftaren. I doktrinen hävdades ofta att en rättighetsbegränsning aldrig fick inkräkta på rättighetens väsensinnehåll[22], men i praktiken var rättigheterna innehållslösa, »leerlaufend», gentemot lagstiftaren.[23]

Därtill kom att det i Weimarförfattningen saknades en distinktion mellan grundlagar och andra lagar, varför grundlagen enligt art. 76 kunde ändras genom en vanlig lag.[24] Detta krävde att 2/3 av ledamöterna i förbundsdagen var överens härom, men i övrigt fanns inga innehållsmässiga spärrar.[25] Genom denna s.k. *Verfassungsdurchbrechung* antogs efterhand en mängd lagar, vilka i praktiken ändrade grundlagens innehåll utan att ändra dess ordalydelse. Huruvida grundlagen eller de nya reglerna hade företräde var

17. Se närmare Lars Frykholm, Studier över artikel 48 i Weimarförfattningen, Uppsala 1942 s. 57 o. 69 f samt om det politiska läget dens. s. 109-146.
18. En översikt över denna diskussion ges av Stern i Staatsrecht..., Band III, München 1988 s. 123 ff.
19. Här kan inte genomgås i detalj vilka möjligheter lagstiftaren hade att begränsa de olika rättigheterna; för en ingående men samtidigt översiktlig framställning kan hänvisas till E.R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band VI, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981 s. 98 f.
20. Se t.ex. Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14 uppl 1933 (omtryckt Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968), s. 515.
21. Se bl.a. Huber, a.a.s. 96 ff.
22. Ibid s. 99 f.
23. Se Stern, a.a.s. 126.
24. Jfr Anschütz, a.a.s. 401: »Dieser Satz...bedeutet, dass Verfassungsgesetz und einfaches Gesetz Willensäusserungen einer und derselben, der Gesetzgebenden Gewalt, darstellen.»
25. Härigenom var det alltså till och med möjligt att upphäva hela grundlagen, vilket Hitler indirekt gjorde den 24 mars 1933, då en s.k. Ermächtigungsgesetz infördes som gav Führen rätt att vid behov avvika från grundlagen. Denna förnyades sedan 1937 och 1941. Se närmare Stern, Band. I, s. 158.

oklart.[26] Även på detta sätt sattes rättigheterna ur spel.

Allmänt sett kan Weimartiden beskrivas som den period då rättigheternas betydelse som ett skydd för individerna erkändes. Det var också då som det första embryot till en lagprövningsrätt utvecklades i den högsta instansens, Reichsgericht, praxis.[27] Samtidigt mötte emellertid tanken att rättigheterna kunde ha en konkret rättslig betydelse hårt motstånd i doktrinen.[28] I slutändan motsvarades, till följd av de nämnda svagheterna i rättighetsskyddet, inte de eventuella teoretiska landvinningarna av någon reell förstärkning av rättigheternas rättsliga ställning.[29]

Om skräckupplevelserna från Hitlerväldet kan sägas ha inspirerat ett antal av GG:s principuttalanden, ett antal bekännelser till rättigheterna som bas för rättsordningen i dess helhet, är det rättsliga förfallet under Weimarrepubliken orsaken till den noggranna rättsliga reglering som rättigheterna givits i GG.[30] Skyddet för Wesensgehalt i art. 19 st. 2 och klargörandet av att rättigheterna är direkt gällande i art. 1 st. 3 GG har sin grund i att det var så lätt för lagstiftaren att begränsa rättigheterna under Weimarrepubliken, och evighetsgarantin i art. 79 st. 3 förklaras, liksom den även i övrigt noggranna regleringen av möjligheten till grundlagsändringar i art. 79, främst av att det under Weimartiden gick att ändra grundlagen genom vanlig lag.[31]

Det viktigaste inslaget i det tyska rättighetsskyddet är givetvis införandet av en särskild författningsdomstol, vilken kommer att behandlas närmare nedan. Stor betydelse har emellertid också de mer konkreta bestämmelserna om möjligheterna att begränsa rättigheterna genom lag. Här märks dels regler i art. 19 st.1 och 2 som är gemensamma för samtliga rättigheter, dels, för ett antal rättigheters del, mer specifika regler. Kring dessa olika stadgandens egentliga innebörd – och kring författningsdomstolens praxis i fall där

26. Jfr Stern, a.a.: »Die Verfassung war in ihrer normativen Kraft wegen dieser Durchbrechungen erheblich geschwächt.»
27. Reichsgericht slog i avgöranden 1921 och 1925 fast att domstolen hade rätt att pröva delstatslagars förenlighet med federal rätt och lagars förenlighet med grundlagen. Någon omfattande lagprövningspraxis blev det emellertid aldrig fråga om; blott två federala lagar befanns vara grundlagsstridiga. (I ett antal fall prövades dock om lagar var förenliga med skyddet för äganderätten i art. 153.) Däremot underkändes ett flertal delstatslagar. Se närmare Gertrude Lübbe-Wolff, The Role of the Reichsgericht, i H.Wellenreuther (utg.), German and American Constitutional Thought, New York/Oxford/München 1990 s. 359 ff o. 371.
28. Ibid s. 365 ff m.h.t. denna doktrin.
29. Se härom Starck, Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms, i C. Starck (utg.), Rights, Institutions and Impact of International Law According to German Basic Law – The Contributions of the Federal Republic of Germany to the 2nd World Congress of the International Association of Constitutional Law, Baden-Baden 1987 s. 33 och Pedro Cruz Villalon, Formacion y evolucion de los Derechos Fundamentales, REdDC 1989 s. 54 ff.
30. Se om inflytandet från erfarenheterna av 1919 års författning och erfarenheterna från nazitiden på 1949 års GG bl.a. Weber-Fas, a.a.s. 14 ff samt vad gäller bakgrunden till strävandena i GG efter politisk stabilitet, vilka bl.a. tagit sig uttryck i regeln om s.k. konstruktivt misstroendevotum i art. 67 (enligt vilken en regering inte kan röstas ner genom misstroendevotum i förbundsdagen om inte en annan, regeringsduglig majoritet kan tillträda) även s. 116 ff, vidare Hesse, a.a.s. 8 f och Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978 s. 428 o. 430, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 s. 1537 samt Schlinki EuGRZ 1984 s. 458.
31. Jfr bl.a. Stern III s. 164 resp. band I s. 158. BVerfG slog f.ö. i ett tidigt avgörande (BVerfGE 3, 225, 233 f), fast att endast ändrade regler i GG kan vara grundlagsstridiga, men inte den ursprungliga grundlagstexten, vilket understryker grundlagens jämfört med andra lagar högre status.

de aktualiserats – har i den tyska statsrättsliga och rättsteoretiska doktrinen utvecklats en synnerligen rik och omfattande diskussion.

De allmänna reglerna i art.19 är dels ett stadgande i st.1 om att ingen rättighetsbegränsande lag får avse ett enskilt, individuellt fall utan alltid måste ha generell verkan (och dessutom nämna vilken rättighet som berörs), dels den omstridda regeln i art.19 st.2 om att en rättighets väsensinnehåll aldrig får inskränkas. Tanken med denna regel är att även om långtgående begränsningar av rättigheterna i vissa fall är möjliga – och rentav önskvärda – så har varje enskild rättighetsregel en kärna, ett inte närmare definierat inre väsen, som inte under några förutsättningar får begränsas.[32]

Viktiga är också, som framgått, reglerna om grundlagsändring i art.79 GG. Medan vanliga lagar stiftas och ändras med enkel majoritet kan GG enligt art.79(1) och (2) ändras endast genom uttryckliga grundlagsändringar, vilka kräver 2/3-majoritet i parlamentets bägge kamrar, Bundestag (förbundsdagen) och Bundesrat (förbundsrådet).

Som nämnts innehåller dessutom art.79(3) en form av evighetsgaranti, i vilken anges att varje ändring av GG som berör antingen federationens delstatliga uppbyggnad eller de grundläggande principer vilka kommer till uttryck i art. 1 och 20 är ogiltig. Innebörden härav är att principerna i art. 1 och 20 – de mänskliga rättigheterna som samhällsordningens grundval och som bindande rättsregler för alla myndigheter, demokrati, rättsstat, maktdelning osv – inte med giltig verkan kan avskaffas i Tyskland.[33]

Det kan noteras att regeln om rättigheternas Wesensgehalt i art.19(2) inte nämns i art.79(3). Eftersom innebörden av evighetsgarantin är att det okränkbara människovärdet, rättigheternas ledande roll i samhället, rättsstaten med flera vägledande ideal aldrig får avskaffas, kan troligen rättighets-

32. Se närmare om regelns innebörd och förhållande till de enskilda rättighetsreglerna nedan kap. 7.4.2.2. Jfr allmänt till det sagda ovan kap. 1.6.
33. Enligt Günter Dürig innefattar hänvisningen i art. 79(3) inte art. 20(4) om en allmän motståndsrätt mot den som konspirerar mot författningen, eftersom denna regel införts genom ett tillägg till GG 1968 och det skulle strida mot andan i art. 79(3) att låta tillägg till GG omfattas av evighetsgarantin. Se An Introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany, i The Constitution of the Federal Republic of Germany, s. 16. – Den principiella betydelsen av att det är svårare att ändra GG än vanliga tyska lagar framhålls av åtskilliga författare. Se t.ex. Weber-Fas, a.a.s. 33: »Die...Unantastbarheitsklausel des GG ist im übrigen auch durch den spezifischen Zweck einer Verfassung legitimiert...Ohne ein Mindestmass substantieller Unabänderlichkeit und – soweit Modifikationen nicht prinzipiell ausgeschlossen sind – ohne erschwerende Regeln für Verfassungsänderungen wurde eine Verfassung diesen fundamentalen Zweck verfehlen. Ohne Schutz der substantiellen Verfassungsstruktur wäre politisches Zentrum der Verfassung die Verfassungsänderungsnorm. Da alles abänderbar und abschaffbar wäre, gäbe es nichts mehr, was feststeht. Die gesetzgeberische Herrschaft der jeweiligen Majorität wurde zum Ausdruck des verfassungsrechtlichen Nihilismus.» Se i sammanhanget även Christian Starck, Introduction, Main principles of the German Basic Law, s. 9: »As long as the precedence of the Constitution is not secured over laws passed by majorities and remains ineffective in organizational terms, constitutional law is not binding law, but merely a political programme in the hands and at the discretion of the parliamentary majority.» En jämförelse med förhållandena i Sverige ligger här nära till hands (jfr beträffande Sverige kap. 19.3.3): Innebär möjligheten, enligt RF 8:15, för den enkla riksdagsmajoritet som behållit makten över ett val att ändra grundlagen, att RF ger uttryck för statsrättslig nihilism? Oavsett om så är fallet eller ej förtjänar betydelsen av att en grundlag, i detta fallet den tyska, är svår att ändra att understrykas.

begränsningar som skulle urholka rättigheterna alltför drastiskt sägas strida även mot art.79(3). Följaktligen kan det hävdas att även sistnämnda regel erbjuder ett skydd för de enskilda rättigheternas kärnor, deras respektive kärnsubstans.[34]

7.1.5 »Die streitbare Demokratie»

Ett mycket karakteristiskt drag för GG och en punkt där de negativa erfarenheterna från Weimartiden är särskilt tydlig är den tyska grundlagens inslag av vad som brukar kallas *streitbare Demokratie*, dvs stridbar eller kämpande demokrati.[35] Här avses närmast de hårda bestämmelser i GG som kan leda till att »frihetens fiender», dvs fienderna till det fria och demokratiska samhällsskick som GG är ett uttryck för, **mister** sina rättigheter. Syftet med dessa regler är naturligtvis att skydda författningens grundläggande värden[36] och bakgrunden härtill är utvecklingen under Weimarrepubliken, då demokratins fiender kan sägas ha utnyttjat den totala politiska friheten till att förstöra demokratin inifrån.[37] I motsats till Weimarförfattningen är GG, som vi sett, fylld av uttryck för och bekännelser till vissa speciella värden och tanken bakom de regler som givit upphov till uttrycket streitbare Demokratie är att demokratin måste kunna försvara sig mot de individer eller grupper vilka hotar dessa värden.[38] I de olika reglerna anges också i allmänhet att de endast skall tillämpas mot den eller dem som angriper »die freiheitliche demokratische Grundordnung», ett begrepp som GG dock inte definierar närmare utan överlåter åt doktrin och praxis att precisera.[39]

De bestämmelser det gäller är först och främst art.18, enligt vilken den som utnyttjar någon av de däri uppräknade rättigheterna – bl.a. yttrande- och undervisningsfriheten, mötesfriheten och asylrätten – till kamp mot »die freiheitliche demokratische Grundordnung» förverkar dessa rättigheter och art.21 st.2, som stadgar att politiska partier vilka verkar till förfång för denna grundordning eller försöker upphäva hela förbundsrepublikens existens är författningsvidriga och därför kan förbjudas. I båda fallen skall BVerfG avgöra om förutsättningar för förverkande respektive förbud föreligger. Art.18 har ännu aldrig tillämpats mot någon enskild fiende till demokratin, men såväl ett nazistiskt som ett kommunistiskt parti har av BVerfG förbjudits att verka jämlikt art.21 st.2.[40]

Till denna kategori av regler hör också art.20 st.4 som ger alla tyskar rätt till motstånd

34. Se t.ex. Weber-Fas, a.a.s. 209 o. 212.
35. Se om termens ursprung och användning Erhard Denninger, Der Schutz der Verfassung, i Handbuch des Verfassungsrechts s. 1304, not 29, med vidare hänvisningar.
36. Jfr Denninger, a.a.s. 1303: »Intensiver als jede andere freiheitliche Verfassung Westeuropas ist das Grundgesetz von seinen Urhebern mit identitätssichernden normativen Schutzvorkehrungen ausgerüstet worden.» – Det kan f.ö. nämnas att den tyska säkerhetstjänsten bär namnet Verfassungsschutz.
37. Se härom bl.a. Weber-Fas, a.a.s. 63 f, Dürig, a.a.s. 15 f och Ulrich Karpen, Application of the Basic Law, i Main Principles...s. 83 f.
38. Jfr Harald Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden-Baden 1979 s. 235: »Die Bundesrepublik Deutschland ist eine *streitbare Demokratie*, die von ihren Bürgern eine Verteidigung der Freiheitlichen Ordnung erwartet und einen Missbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen diese Ordnung nicht hinnimmt.»
39. Jfr Weber-Fas s. 64 och Denninger s. 1304.
40. BVerfGE 2, 1 (SRP-Urteil) och 5, 85 (KPD-Urteil). I sammanhanget bör också nämnas två beslut från andra senaten i BVerfG av den 17 november 1994, i vilka förbundsrådet och förbundsregeringen respektive senaten i delstaten Hamburg yrkat att högerextremistiska partier skulle

mot den eller dem som försöker undanröja den grundlagsenliga ordningen, art.9 st.2 som förklarar att alla föreningar med brottsligt eller grundlagsstridigt syfte kan förbjudas samt art.10 st.2 och 11 st.2 enligt vilka post- och telehemligheten samt rörelsefriheten får begränsas för att skydda den fria demokratiska grundordningen. Hit kan man möjligen också räkna alla undervisande lärares trohetsplikt mot grundlagen, art.5 st.3.[41]

Givetvis utgör inte all kritik av statsskicket eller alla angrepp mot enskilda lagregler och institutioner ett sådant brott mot »die freiheitliche demokratische Grundordnung» som aktualiserar de ovannämnda bestämmelserna. I sista hand är det författningsdomstolens uppgift att precisera innebörden av denna grundläggande samhällsordning och därmed även att ange vad som kan utgöra ett hot mot den. I naziparti-fallet slog BVerfG fast att partier inte kan förbjudas för att de bekämpar olika i GG skyddade institutioner med legala medel utan först när de kan komma att utgöra ett hot mot den demokratiska statens högsta värden (varefter man angav vilka dessa är).[42]

Förekomsten av dessa regler i GG och den helt medvetna ideologin som ligger bakom aktualiserar givetvis för demokratin mycket centrala frågor. Innebär inte demokrati att även de mest extrema åsiktsriktningar skall få komma till tals? Är det, även om det principiellt erkänns att en demokrati har rätt att skydda sig mot sina fiender, säkert att detta sker bäst genom att inte tillerkänna misshagliga personer och grupper rättigheter som är en av demokratins förutsättningar? Är kanske även ytterlighetsgrupper nyttiga för demokratin genom att de tillför demokratidebatten visst bränsle och hindrar demokratins anhängare från att slå sig till ro? Är det inte i praktiken mycket svårt att dra gränsen mellan tillåtet och förbjudet utnyttjande av medborgerliga rättigheter? Kan detta leda till intolerans och rentav häxjakter? Härtill kommer också rent praktiska frågor, som t.ex. om det finns någon anledning att förbjuda små och obetydliga partier och om, å andra sidan, en demokrati när det kommer till kritan vågar förbjuda ett stort och mäktigt parti.

Något definitivt svar på dessa frågor är sannolikt omöjligt att ge. Som nämndes i inledningen till detta avsnitt bör dock de hårda tyska bestämmelserna på området ses mot bakgrund av erfarenhe-

förbjudas. BVerfG fann dock att de två högerextremistiska grupperingar det var fråga om inte var riktiga partier i grundlagens mening, varför ansökningarna avvisades. Se BVerfGe 91, 262 o. 276.

41. Så åtminstone Dürig s. 16. – Som en del av »die streitbare Demokratie» måste vidare betraktas de omdiskuterade reglerna om s.k. *Berufsverbot*. BVerfG tolkade i ett avgörande 1975 regeln i art. 33 st. 5 GG om att tillträdet till offentliga anställningar skall regleras enligt gängse förvaltningsregler som innefattande en *trohetsplikt* gentemot grundlagen för offentligt anställda, innebärande att den offentligt anställde tjänsteman som inte är lojal mot den frihetliga demokratiska grundordningen i princip bör mista sin tjänst. Se BVerfGE 39, 334, Klaus Stern, Staatsrecht I s. 371 ff och Germer, Berufsverbot i forfatningsretslig belysning, Retfærd 6, s. 87 ff. Se även nedan i n. 47 samt avsnitt 7.2.2.1 på s. 222 i not 69.

42. Denninger, som analyserat författningsdomstolens praxis rörande den frihetliga demokratiska grundordningen ända från detta tidiga avgörande, har beskrivit begreppets »hårda kärna» som »(D)ie Erhaltung der Offenheit und Freiheitlichkeit des demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozesses von der »Volkswillensbildung» in den Parteien – und vorher – bis zur »Staatswillensbildung» in allen drei Gewalten.» Se a.a.s. 1308. Harald Schneider, som noga granskat och analyserat författningsdomstolens avgöranden i olika fall av avväggning mellan grundrättigheterna och andra väsentliga värden i samhället, anser att just den frihetligt-demokratiska grundordningen, på ett helt annat sätt än andra samhällsintressen, i domstolens praxis givits företräde även framför menings- och yttrandefriheten. (A.a.s. 225: »In der Wertordnung des Grundgesetzes fällt jedoch die Synthese aus Toleranz gegenüber allen politischen Auffassungen (Artt. 5 Abs. 1, 21 Abs. 1 GG) und unantastbaren Grundwerten der Staatsordnung (freiheitlich-demokratischen Grundordnung) zu Gunsten letzterer aus. Dies ist Ausdruck des bewussten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung.»)

terna från demokratiupplösningen under Weimarrepubliken, i vilken demokratins fiender tilläts härja fritt, med känt resultat.[43] Det kan i sammanhanget också noteras att Alf Ross, som påverkats starkt av erfarenheterna från nazismen och andra totalitära regimer under 1930- och 40-talen, i Varför demokrati? (vars första upplaga utkom 1946) gav uttryck för uppfattningar som ligger nära den lösning av frågan vilken sedan valdes i Västtyskland. Den demokrati som ville bestå måste enligt Ross försvara sig mot sina inre fiender. »Man kan icke spela kricket med folk som kastar bomber i stället för bollar, och man kan heller icke spela det demokratiska spellet med motståndare som icke själva är villiga att hålla spelets regler.»[44] Dock gjorde Ross en distinktion mellan åsikter, vilka endast borde mötas med »ordets makt», och våld, som endast kunde mötas med våld (»(D)et finns i demokratins idévärld ingenting som manar oss att lägga händerna i kors gentemot våldsangrepp mot enskilda personer eller mot samhällsordningen. Demokratin är icke uttryck för en absolut pacifism i Gandhis anda.»[45]). Innebörden härav var att den som inte i gärning respekterade demokratisk lag och ordning inte skulle äga tillträde till det demokratiska samhällets institutioner, medan däremot bildande av partier som enligt sina program åsyftade våldsam samhällsomstörtning kunde tänkas; det viktiga var då att samhället effektivt ingrep mot alla försök att förstöra det demokratiska samhällslivet och sabotera dess institutioner.[46] Ross preciserade inte vad han därvidlag menade med »försök», men klargjorde att även illasinnad propaganda borde drabbas av samhällets ingripande. Steget till att även godta de tyska partiförbuden är då rimligen inte särskilt långt. Ross kan knappast beskrivas som någon politisk extremist; inte heller det stundtals omdiskuterade tyska skyddet mot politiska extremister är, om än långtgående, direkt orättfärdigt eller svårt att motivera.[47]

7.1.6 Folkrättens ställning i den tyska rätten

Beträffande folkrättens ställning i tysk rätt gäller olika regler för allmän folkrätt respektive för internationella konventioner och traktater. Enligt art. 25 GG är den allmänna folkrätten (automatiskt) en del av den tyska nationella rätten, med företräde framför tysk lag (men troligen inte framför GG), vilken skapar omedelbara rättigheter och skyldigheter för tyska medborgare. Allmänt erkända folkrättsliga regler om mänskliga rättigheter ger sålunda, i den mån de går längre än rättighetsskyddet enligt GG, den enskilde ett ytterligare förstärkt skydd.[48]

Folkrättsliga fördrag och traktater samt internationella konventioner måste däremot för att bli gällande nationell rätt enligt art.59(2) transformeras till tysk lag, vilket sker

43. Jfr Ross, Varför demokrati? s. 207: »Genom att rundhänt ställa den demokratiska apparaten till förfogande även för partier, vilkas enda mål var att ödelägga denna apparat, grävde folkstyrelsen sin egen grav.»
44. Ibid.
45. Ibid s. 211 o. 218.
46. Ibid s. 218.
47. Det kan också påpekas att de tyska reglerna om Berufsverbot av ECtHR har ansetts vara förenliga med ECHR. Glasenapp v. Germany och Kosiek v. Germany, domar 28 augusti 1986, Series A No. 104-105; se närmare nedan i 12.2.1 i n. 85.
48. Innebörden av kravet att den folkrättsliga regeln för att automatiskt vara en del av den tyska rätten måste vara allmänt erkänd, anses vara att den måste vara erkänd av ett övervägande flertal stater (dock inte nödvändigtvis av Tyskland). Se bl.a. SOU 1975:29 s. 165, Meinhard Hilf, General Problems of Relations between Constitutional Law and International Law, i Rights, Institutions and Impact of International Law... s. 182-189 och Weber-Fas s. 35 f med vidare hänvisningar till doktrin och praxis. Enligt Hilf, s. 185, är det dock en förutsättning för att en allmän folkrättsregel enligt art. 25 skall vara gällande i tysk rätt att Tyskland inte formellt protesterat mot att regeln upptagits i och blivit en del av den allmänna folkrätten.

genom lagstiftning i vanlig ordning.[49] En allmän uppfattning är att endast de delar av fördraget (traktaten, konventionen) som är »*self-executing*», dvs omedelbart skapar rättigheter och skyldigheter för enskilda medborgare och statliga myndigheter, är möjliga att transformera till nationell rätt.[50] I avgörandet om Maastrichtfördraget slog BVerfG f.ö. fast att införlivande i tysk rätt av internationella konventioner som kränker någon grundrättighet strider mot GG.[51] När väl en konvention införlivats i den internationella rätten gäller emellertid samma princip som för den allmänna folkrätten, dvs att konventionen i den mån den erbjuder ett mer långtgående rättighetsskydd än GG ger den enskilde ett förstärkt rättighetsskydd.[52]

Enligt art.24(1) kan Tyskland genom lag överföra beslutanderätt och suveränitet till organisationer för mellanstatligt samarbete. Efter ingåendet av Maastrichtavtalet regleras emellertid Tysklands förhållande till EU i en ny art. 23, där Tyskland förklarar sig vilja medverka till ett förenat Europa, präglat av subsidiaritetsprincipen och av demokratiska, rättsstatliga, sociala och federativa grundsatser, samt försett med ett rättighetsskydd som motsvarar det i GG. Det överförande av befogenheter till EU som därvidlag kan bli aktuellt måste dock hålla sig inom ramen för art. 79 st. 3. Ändringar i EG-rätten som påverkar GG:s innehåll i någon riktning måste enligt art. 23 precis som grundlagsändringar antas med 2/3-majoritet, i enlighet med art. 79 st. 2.

Innebörden av art. 23 preciserades av BVerfG i Maastrichtdomen. Avgörande för att evighetsgarantin i art. 79 inte träds för när sades där vara att inte uppgifter och befogenheter överfördes till EU i sådan (förmodligen både kvalitativ och kvantitativ) utsträckning att demokratiprincipen (jfr art. 20) urholkades och tömdes på sitt innehåll.[53]

49. Detta torde dock inte gälla sådana traktater som rör allmänna folkrättsliga ämnen, som t.ex. Wienkonventionen om traktaträtt; jfr Hans-Heinrich Vogel, Om införlivande av internationella överenskommelser och annan folkrätt med svensk rätt, i Festskrift till Håkan Strömberg, Lund 1992 s. 349.
50. Se t.ex. Borchardt, a.a.s. 127 f och Paul Kirchhof, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung? EuGRZ 1994 s. 27. – Jfr dock Hilf, som medger, a.a.s. 183 f, att denna uppfattning hittills dominerat i doktrin och praxis, men uttrycker skepsis mot synsättet eftersom grunden för att en internationell överenskommelse blir en del av den tyska rätten är att lagstiftaren givit sitt samtycke till det, inte att reglerna är av en viss karaktär. Se även Andrew Z. Drzemczewski, European Human Rights Convention In Domestic Law, Oxford 1983, s. 108-09. ECHR införlivades med tysk rätt genom en lag i augusti 1952, men kan enligt praxis inte åberopas inför BVerfG. Se Drzemczewski, a.a., m.h.t. rättsfall.
51. BVerfGE 89, 155. BVerfG kan f.ö. alltid pröva grundlagsenligheten av i tysk rätt införlivade internationella konventioner, ehuru den text vars grundlagsenlighet då blir föremål för prövning är den lag som transformerar fördraget eller konventionen till tysk rätt; se närmare avsnitt 7.3.4.2. Däremot är det ännu oklart om BVerfG kan pröva grundlagsenligheten av en allmän folkrättslig regel; jfr Kirchhof, a.a.s. 19 vid n. 33.
52. Detta visas av BVerfGE 74, 358 (370), där de klagande hävdade att deras rätt att betraktas som oskyldiga tills dom fallit (en rättighet som inte skyddas av GG) kränkts. BVerfG slog dock fast att denna rättighet måste ses som en del av den i art. 20 st. 3 nämnda rättsstatsprincipen, särskilt som den skyddas av art. 6 ECHR. Av avgörandet framgår också att BVerfG vid tvivel om GG:s förenlighet med ECHR strävar efter att tolka GG så att ingen oförenlighet dememellan skall uppstå.
53. Se närmare om de avgöranden från BVerfG där förhållandet mellan EG-rätt och tysk grundlag prövats i kap. 11.6.1 under ba.

GG stadgar också att Tyskland, om det gagnar världsfreden, kan inordna sig i olika kollektiva internationella säkerhetsarrangemang, art. 24(2).

Sammantagna kan dessa bestämmelser, jämte förbudet i art.26 mot anfallskrig och handlingar som är ägnade att störa nationernas fredliga samlevnad, ses som ett uttryck för ännu en grundläggande konstitutionell princip, nämligen den om strävan efter fredlig samlevnad och samarbete med andra stater, med internationella organisationer och med världssamfundet i dess helhet.

7.2 Lagstiftningen och möjligheterna att begränsa rättigheterna genom lag

7.2.1 Lagstiftningsproceduren

7.2.1.1 FÖRHÅLLANDET MELLAN FEDERAL LAGSTIFTNING OCH DELSTATSLAGSTIFTNING

Tyskland är som nämnts en förbundsstat med delstater vilka i vissa avseenden åtnjuter en betydande autonomi, något som också återspeglas i den utformning reglerna om normgivningen i GG erhållit. Reglerna i kap. VII GG – främst art. 70-75 – som reglerar förhållandet mellan federal och delstatlig lagstiftning bygger på en idé om funktionsfördelning mellan federation och delstater, jfr art. 70 st. 2, där vissa uppgifter i första hand löses på federal nivå och andra på delstatsnivå. I några artiklar ges sedan närmare bestämmelser om vad som skall gälla på de områden där både delstaterna och de federala organen är behöriga att lagstifta.

Enligt art. 70 st. 1 skall delstaterna ha rätt att lagstifta i den utsträckning som lagstiftningsmakten inte i GG tillerkänns federationen. Denna huvudregel skulle kunna ses som en motsvarighet till regeln om *enumerated federal powers* i den amerikanska konstitutionen[54], men de tyska reglerna är knappast lika kategoriska till sin utformning.

Det tillhör inte denna avhandlings syften att göra någon konkret jämförelse på denna punkt, men om en sådan genomfördes är det mycket troligt att den skulle utvisa att de olika delstaterna i Tyskland sammantaget har en betydligt homogenare lagstiftning än de olika delstaterna i USA. GG reglerar dels de områden där endast federala lagar får utfärdas, art. 71 och 73, dels områden där både delstaterna och federationen får lagstifta, art. 72 och 74. I de förra fallen får delstaterna endast lagstifta om och i den mån en federal lag uttryckligen bemyndigar dem att göra så, art. 71. I art. 73 räknas så de områden upp för vilka detta gäller, bl.a. utrikespolitik, medborgarskap och in- och utvandring, valuta- och penningfrågor samt regler om samarbete i olika frågor mellan federationen och delstaterna.

I de fall då både delstater och federala organ har rätt att lagstifta gäller enligt art. 72 att delstaterna behåller sin lagstiftningsrätt så länge inte federationen utövar sin; så fort en federal lag antagits på något av dessa, i art. 74 uppräknade områden förlorar således delstaterna sin möjlighet att stifta en lag på motsvarande område. Detta gäller på en mängd olika områden, bl.a. civil- och straffrätt, fastighetsrätt och expropriation, trafik och transportväsende m.m. (jfr art. 74 och 74a GG). I art. 72 st. 2 anges generellt när federal lagstiftning är påkallad, nämligen när en fråga inte kan regleras på ett effektivt eller tillfredsställande sätt genom delstatslagstiftning, när delstatslagstiftning skulle kunna strida mot andra delstaters eller hela federationens intressen eller när bevarandet

54. Jfr kap. 10.2.3 o. 10.3.2.

av en viss rättslig och ekonomisk enhet i Tyskland kan sägas nödvändiggöra federal lagstiftning. Här märks tydligt skillnaden mot den amerikanska principen[55], enligt vilken delstaterna alltid har rätt att lagstifta utom i de frågor för vilka det i konstitutionen tydligt anges att de hör till området för federal lagstiftning. I USA blir således delstatslagstiftning huvudregeln och federal lagstiftning ett undantag, som måste ha uttryckligt stöd i konstitutionen. I Tyskland gäller mer eller mindre det motsatta – federal lagstiftning är det enda alternativet i många frågor, medan i andra delstatslagstiftning kan förekomma i den mån federationen väljer att inte utnyttja sin lagstiftningsrätt.

7.2.1.2 ANTAGANDET AV FEDERALA LAGAR[56]

Enligt art. 76 kan lagförslag introduceras i förbundsdagen antingen av förbundsregeringen, av förbundsrådet eller av medlemmar i förbundsdagen. De flesta förslagen kommer från regeringen, medan förbundsrådet sällan kommer med egna förslag till federal lagstiftning.[57] Regeringsförslag underställs enligt art. 76 st. 2 förbundsrådet, som har möjlighet att inom sex veckor ge sin syn på dem.[58]

Lagar antas på olika sätt i olika situationer. Vad som gäller beror på hur förbundsrådet väljer att agera.

De olika reglerna finns i art. 77 och 78. Enligt art. 77 st. 2 kan förbundsrådet inom tre veckor från det att lagförslaget antagits i förbundsdagen begära att ett särskilt medlingsutskott, bestående av medlemmar från bägge riksdagskamrarna, sammankallas för att ge sin syn på lagen. Detta blir naturligtvis främst aktuellt då förbundsrådet inte godtar lagförslaget. Om utskottet, som strävar efter att finna en kompromiss, föreslår tillägg till eller ändringar i lagen skall en förnyad omröstning om förslaget hållas i förbundsdagen.

Därefter beror utvecklingen på hur förbundsrådet ställer sig. Förbundsrådet kan inom två veckor efter förbundsdagens omröstning om utskottets kompromissförslag protestera mot detta, art. 77 st. 3. Om protesten samlat enkel majoritet i förbundsrådet kan den avvisas av en majoritet av förbundsdagens ledamöter, men om den avgivits med två tredjedels majoritet i förbundsrådet krävs det att den tillbakavisas av 2/3 av de röstande och minst hälften av ledamöterna i förbundsdagen, art. 77 st. 4 GG. Ett lagförslag som antagits i förbundsdagen blir därför sammanfattningsvis, som art. 78 anger, en lag om förbundsrådet samtycker till den, eller underlåter att inkalla medlingsutskottet eller inte avger protest mot utskottets ändringsförslag i rätt tid, eller när förbundsrådets protest röstas ner av förbundsdagen.

55. Art. 1 § 8 samt am. X i den amerikanska konstitutionen.
56. Varje framställning om tysk lagstiftning är behäftad med det terminologiska problemet att det i tysk rätt inte finns ett utan två lagbegrepp, Gesetz im formellen respektive im materiellen Sinne. Gesetz im materiellen Sinne innefattar enligt gängse definitioner alla rättssatser, således även förordningar, medan Gesetz im formellen Sinne syftar på de konstitutionellt reglerade lagstiftningsåtgärderna; se Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970 s. 21. Det som beskrivs i detta avsnitt är alltså närmast Gesetz im formellen Sinne.
57. Se Thomas Ellwein, Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, i Handbuch des Verfassungsrechts s. 1104 f samt Starck, a.a.s. 158.
58. I brådskande fall kan dock regeringen lägga fram ett förslag inför förbundsdagen trots att förbundsrådets uppfattning inte inhämtats, art. 76 st. 2 p. 3. När ett lagförslag undantagsvis framställs från förbundsrådet skall detta lämnas till regeringen, som inom tre månader skall överlämna det till förbundsdagen och därvidlag tillkännage sin egen uppfattning om det. Förslag från enskilda, eller grupper av, parlamentsledamöter behöver inte passera någon instans innan de tas upp till behandling i förbundsdagen, vilket är en anledning till att detta sätt att anhängiggöra förslag kan vara användbart när regeringen vill slippa omvägen över förbundsrådet; ledamöter som representerar regeringspartierna kan härigenom framlägga förslag som återspeglar regeringens åsikter. Se Ellwein och Starck, a.a.

I normalfallet gäller att lagar antas med enkel majoritet i förbundsdagen om inte annat föreskrivs i GG, art. 77 st. 1 och 42 st. 2. Några särskilda krav på kvalificerad majoritet för rättighetsbegränsande lagstiftning eller dylikt anges inte i GG. Förbundsregeringen och dess ledamöter samt en delstatsregering kan i en lag, som noga anger hur långt bemyndigandet sträcker sig, bemyndigas att utfärda förordningar, art. 80 st. 1. Fri- och rättigheter anses dock som en allmän princip enbart kunna begränsas genom lagar.[59]

7.2.2 *Rättighetsbegränsningar*

7.2.2.1 ALLMÄNT

För de enskilda rättigheterna finns i vissa fall närmare stadganden om i vilken utsträckning de kan begränsas. Här kan man i enlighet med gängse tysk terminologi[60] skilja mellan rättigheter med enkelt lagförbehåll, rättigheter med kvalificerat lagförbehåll och rättigheter utan lagförbehåll.

Enkelt lagförbehåll har de rättighetsregler i GG vilka för att en inskränkning av rättigheten skall vara giltig endast kräver att denna sker genom lag eller med stöd av lag. (Detta innebär dock inte att det är fritt fram för lagstiftaren att begränsa rättigheten, eftersom de ovannämnda, allmänna principerna, t.ex. regeln om människovärdet i art. 1 st. 1 och väsensinnehållet i art. 19 st. 2, givetvis gäller även i dessa fall). Exempel på en sådan regel är art. 8 st. 2 som förklarar att mötesfriheten såvitt gäller möten under bar himmel kan begränsas genom lag.

Kvalificerat lagförbehåll betyder att ifrågavarande regel för att ett ingrepp i rättigheten skall vara giltigt inte bara kräver att detta skall ske genom lag, utan också ställer vissa bestämda krav på denna lag (t.ex. att den tjänar ett bestämt syfte eller bara utfärdas i en viss typ av situation). Rättighetsbegränsningar får med andra ord bara ske under förutsättning att vissa rekvisit är uppfyllda. Ett exempel är art.11, där det stadgas att rörelsefriheten endast kan begränsas genom eller med stöd av lag och endast i de fall då det saknas elementära, nödvändiga levnadsbetingelser i samhället eller när en sådan inskränkning är nödvändig för att undvika natur- och andra typer av katastrofer.[61]

Beträffande de regler där lagförbehåll saknas och GG alltså inte säger något om huruvida, och i vilken utsträckning, ifrågavarande rättigheter kan begränsas – t.ex. religionsfriheten, art. 4 – kan följande sägas gälla. Utgångspunkten i GG är visserligen att dessa rättigheter normalt inte kan begränsas. Ett kategoriskt förbud mot begränsningar i dessa fall vore emellertid helt enkelt alltför långtgående i ett modernt samhälle och skulle kunna leda till absurda resultat; den förbehållslösa konstfriheten i art. 5 st. 3 kan t.ex. inte ge en konstnär rätt att arbeta med stulet arbetsmaterial eller en skådespelare rätt att

59. Se t.ex. Borchardt, a.a.s. 168 och Görlich, a.a.s. 50-51.
60. Se t.ex. Pierroth/Schlink, a.a.s. 67 ff och Borchardt, a.a.s. 168 f.
61. En mellanställning mellan dessa två former intar art. 5 st. 2, enligt vilken yttrandefriheten kan begränsas dels genom »allmän lag», dels genom en lag som skyddar ungdom eller den personliga hederns okränkbarhet. Enligt Pierroth/Schlink, a.a.s. 69 är detta trots ordalydelsen inget enkelt lagförbehåll, eftersom hänvisningen till särskilda – kvalificerade – krav på den begränsande lagen i så fall vore meningslös; regeln kan därför uppfattas som ett kvalificerat lagförbehåll.

slå ihjäl en kollega på scenen.[62] Begränsningar anses därför vara tillåtna så länge de inte överskrider gränserna för rättighetens »skyddszon» (Schutzbereiche).[63]

Frågan hur skyddszonens gränser skall dras är, som väl redan framgått, på flera sätt central i diskussionen. En mängd olika teorier om detta, av vilka flera kommer att behandlas nedan i avsnitt 7.5, har presenterats. Rüfner har lanserat en teori[64] enligt vilken skyddszonens gränser dras genom att man ställer sig frågan vad som varit rimligt om ifrågavarande rättighet inte varit skyddad i GG. Man kan t.ex. fråga sig om det är rimligt att en religiös procession aldrig skulle kunna hindras på grund av låt säga trafikfara – vilket det ju knappast är. Rüfner menar att detta enkla test i princip alltid skulle kunna tillämpas för att bestämma rättighetens skyddszon, en tes som dock fått mycket hård kritik – för att den i alltför hög grad förenklar problematiken – av Alexy. Denne menar att religionsfriheten, om Rüfners teori tillämpades helt konsekvent, skulle urholkas; skall exempelvis även en liten risk för trafikstockningar tillåtas hindra viktiga religiösa manifestationer? Enligt Alexy är Rüfners teori oanvändbar i alla komplicerade fall.[66]

Riktigast är kanske, med hänsyn till författningsdomstolens avgöranden, att säga att de förbehållslösa rättigheterna endast kan begränsas genom tillämpning av andra bestämmelser i GG (s.k. *verfassungsimmanenten Schranken*).[67] Som exempel pekar Pierroth/Schlink[68] på den obegränsade friheten för vetenskap, forskning och konstutövande i art. 5 st. 3: enligt p. 1 kan denna inte begränsas på något sätt, men enligt p. 2 hindrar detta inte att all undervisning måste vara trogen, eller lojal mot, grundlagen och de värden som denna ger uttryck för. På så sätt har undervisningsfrihetens skyddszon definierats, vilket även ger lagstiftaren visst potentiellt manöverutrymme (t.ex. i form av

62. Jfr Wolfgang Rüfner, Grundrechtskonflikte, i C. Starck (utg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen 1976 s. 460 och Alexy, Theorie der Grundrechte s. 289, liksom Schlink i EuGRZ 1984 s. 464, Harald Schneider, Die Güterabwägung...s. 85 f och Weber-Fas, a.a.s. 210: »...Grundrechten, bei denen sich derartige Einschränkungsmöglichkeiten nicht finden. Das Fehlen einer formellen Begrenzbarkeit bedeutet indessen nicht, dass insoweit von der Verfassung eine schrankenlose Grundrechtsausübung gestattet wäre. Ein »absolutistischer» Grundrechtsgebrauch durch mass- und rücksichtslose Aktivitäten von Einzelpersonen oder Menschengruppen wurde in letzter Konsequenz die grundrechtlich geordnete Gesellschaft in ein unmenschliches Chaos verwandeln.»
63. Jfr t.ex. H. Schneider, a.a.s. 82-83: »Überwiegend wird heute anerkannt, dass keine der im Grundgesetz gewehrten Freiheiten grenzenlos ausgeübt werden kann...So steht denn einer kleinen, liberal(istisch) eingestellten Gruppe, die Grundrechtsbeschränkungen nur hinnimmt, wenn die jeweilige Grundrechtsnorm das ausdrücklich zulässt, das breite Feld derer gegenüber, die auch vorbehaltlose Grundrechte für beschränkbar halten.» Se även Rüfner, a.a.s. 458.
64. A.a.s. 460 f.
65. A.a.s. 289 f.
66. Ibid. Alexy vidgar sedan kritiken till att gälla alla teorier som helst ser att de komplicerade fallen löses på annat sätt än genom avvägning mellan de berörda rättigheterna. Se vidare om Abwägung kap. 7.4.1.2 samt om Alexys synsätt i förhållande till andra teorier nedan kap. 7.5.2.2.
67. Så Starck, Constitutional Definition and Protection...s. 28 f, Hesse i EuGRZ 1978 s. 431, H. Schneider, a.a.s. 85 f och Rüfner, a.a.s. 461, liksom Ludwig Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1983 s. 73 m.h.t. det s.k. vapenvägrarmålet, BVerfGE 28, 243 (260 f). Se om innebörden av immanente Schranken också bl.a. H. Schneider s. 114.
68. A.a.s. 68.

en rätt att bestämma att lärare med subversiva åsikter kan avskedas, om de ger uttryck för dessa i sin undervisning[69]).

Dessutom anses förbehållslösa rättigheter kunna inskränkas när de kommer i konflikt med andra människors rättigheter (s.k. *Grundrechtskollisionen*).[70] Här har sedan länge en livlig debatt rasat i den tyska statsrättsdoktrinen om huruvida s.k. Abwägung är en bra metod för lösning av kollisionsfall eller ej; frågan om dessa fall bör lösas genom avvägning i enskilda fall mellan olika värden och skyddsvärda intressen, eller genom att rena billighetshänsyn tas i det enskilda fallet, eller genom tillämpning av en mer fixerad värdeskala eller på något annat sätt, har rönt påfallande stort intresse i denna doktrin. BVerfG uttalade i det s.k. vapenvägrarmålet[71] att de konflikter som uppstår i kollisionsfall endast kan lösas genom att det utrönes »welche Verfassungsbestimmung für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat», vilket givetvis kan tolkas som att kollisionsfall endast kan och bör lösas genom Abwägung.[72] Även i senare mål finns liknande uttalanden, särskilt vid konflikter mellan yttrandefrihet och skyddet för enskilda människors värdighet och integritet.[73] Med hänsyn till domstolens möjlighet att ändra inställning och de skilda uppfattningarna i doktrinen är det kanske ändå lite för djärvt att dra slutsatsen att dessa mål **endast** kan avgöras genom tillämpning av denna metodik.

7.2.2.2 NÄRMARE OM FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR

De flesta, rentav alla rättigheter i GG torde vara möjliga att på ett eller annat sätt begränsa genom lagstiftning. Medan lagförbehållen kan sägas ange när så kan ske, finns å andra sidan också i GG vissa regler om vad lagstiftaren därvidlag måste iaktta, regler som kan sägas begränsa lagstiftarens begränsningsmöjligheter och som därför ofta benämns *Schranken-Schranken*.[74]

Vilka regler som skall innefattas i detta begrepp beror delvis på hur noga det avgränsas. Redan kravet på ett kvalificerat lagförbehåll för begränsning av vissa rättigheter kan ses som en begränsning av lagstiftarens handlingsfrihet, liksom kravet på att begränsningar av rättigheterna endast får ske genom lag. Till Schranken-Schranken i egentlig,

69. Jfr beträffande innebörden av art. 5 st. 3 Karl Döhring, The Special Character of the Constitution of the Federal Republic of Germany as a Free Democratic Basic Order, i The Constitution...s. 30: »With other words, the university teacher is free to criticize the constitution or to propose amendments, but he is not free to proclaim the abolishment of principles composing the free democratic basic order.» Se om s.k. Berufsverbot även ovan på s. 215 i not 41.
70. BVerfGE 28, 243, 260 f: »Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmweise in Stande, auch uneinschränkbaren Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.» Se vidare Alexy, a.a.s. 256, Pierroth/Schlink s. 68 samt Hesse, a.a.s. 431. Att kollisionsfallen inte rör samma problematik som frågan om omfånget av rättighetens skyddszon framhävs starkt av Rüfner, a.a.s. 460-61 samt av Alexy, a.a.s. 289.
71. BVerfGE 28, 243, 260 f.
72. Se t.ex. Harald Schneider, a.a.s. 86.
73. Som exempel kan hänvisas till det s.k. Lebachmålet, BVerfGE, 35, 202 samt ett avgörande från första kammaren i första senaten i BVerfG av den 25 februari 1993 (som gällde en smädelse av den avlidne nobelpristagaren i litteratur Heinrich Böll, se EuGRZ 1993 s. 146) där det talades om *den i sammanhanget nödvändiga* avvägningen mellan yttrandefrihet och personlighetsskyddet.
74. Se t.ex. Pierroth/Schlink s. 72.

mer specifiserad mening hänförs dock i allmänhet enbart vissa bestämda skyddsregler, nämligen garantin för att rättighetens väsensinnehåll i art. 19 st. 2 aldrig får begränsas, kraven på att rättighetsbegränsande lagstiftning dels måste vara generellt tillämplig och inte får avse enskilda fall, dels måste ange vilken rättighet som begränsas genom lagen, art. 19 st. 1 GG samt den i praxis fastslagna principen att en rättighetsbegränsning måste vara *verhältnismässig*, det vill säga stå i rimlig proportion till det syfte som skall uppnås med den.[75]

Kring dessa frågor har det sedan utvecklats en intensiv diskussion och en rikhaltig doktrin, som sträcker sig från kommentarer till enskilda avgöranden i BVerfG till djärva teorier om rättens struktur och fri- och rättigheternas funktion i samhället. Denna rika teoridiskussion om rättigheternas ställning och innebörd är lite speciell för Tyskland men kan samtidigt ha viss relevans även för andra länder.[76]

Huvudfrågan huruvida de statliga ingrepp av olika slag som kan ske i enskildas rättsställning är förenliga med de berörda rättighetsreglerna eller kränker någon av den enskildes rättigheter kan delas upp i två underliggande frågor; först och främst bör det undersökas om den statliga åtgärden – en lag, en dom eller ett myndighetsbeslut – överhuvudtaget innebär en inskränkning av ifrågavarande rättighet. Om så inte är fallet behöver ingen ytterligare diskussion föras, men om frågan besvaras jakande är den givna följdfrågan om denna inskränkning, detta ingrepp i utövandet av rättigheten, är grundlagsenligt eller inte.[77]

Ett ingrepp i en rättighets verkningsområde, som begränsar, eller uppställer krav för enskildas möjlighet att begagna sig av rättigheten, kan alltså, enligt vad som följer av art. 19 st. 1, art. 20 st. 3 och art. 80 endast ske genom lag eller med stöd av lag.[78] Ett sådant ingrepp kan, enligt GG:s regler och författningsdomstolens praxis, vara tillåtet (»zulässig») eller förbjudet (»unzulässig»). Vid ett förbjudet, alltför långtgående ingrepp uppstår en kränkning (»*Verletzung*») för den enskilde.

I GG finns förutom den allmänna bekännelsen till »unverletzlichen Menschenrechten» i art. 1 st. 2 i några fall närmare bestämmelser om att vissa rättigheter är *unverletzlich*, dvs okränkbara. Detta gäller för den personliga friheten, art. 2 st. 2 p. 2, religionsfriheten, art. 4 st. 1, skyddet för icke-offentligheten (hemligheten, anonymiteten;»Geheimnisse») i post- och telefonmeddelanden, art. 10 st. 1 och hemfriden, art. 13 st. 1. I samtliga dessa fall utom för religionsfrihetens del gäller emellertid samtidigt att rättigheterna kan inskränkas genom lag; innebörden är då att endast de inskränkningar eller begräns-

75. Ibid. Se vidare om Verhältnismässigkeit nedan kap. 7.4.2.
76. Jfr Alexy, Theorie der Grundrechte s. 22: »Theorien der Grundrechte anderer Staaten können im Rahmen der komparativen Auslegung bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes eine bedeutsamme Rolle spielen.» Se även kap. 19.6-7 o. 19.9-10, där försök görs att applicera från tysk rätt välkända teorier och begrepp på svensk rätt.
77. Jfr Alexy, a.a.s. 249: »Probleme scheint nicht der Begriff der Schranke eines Grundrechts, sondern ausschliesslich die Bestimmung des zulässigen inhalts und Umfangs der Schranken...»
78. Jfr ovan kap. 7.2.1.2. Se även Weber-Fas s. 73-74, Pierroth/Schlink s. 70 samt Schlink i EuGRZ 1984 s. 457-458. – Denna princip benämns ofta Wesentlichkeitstheorie eller -lehre, eftersom innebörden är att alla bestämmelser som på ett *väsentligt* sätt påverkar enskildas rättighetsutövande måste meddelas genom lag, medan vissa närmare villkor för rättighetens utövande kan meddelas genom förordningar (t.ex. regler om tillståndskrav för demonstrationer). Jfr Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, München 1985, s. 101 vid not 267 och Pierroth/Schlink s. 70 m.h.t. praxis.

ningar som inte är godtagbara eller grundlagsenliga, dvs de som går längre än GG här förutsett, innebär att en rättighet kränkts och den enskilde lidit en skada. Detsamma måste då rimligen gälla de rättigheter vars okränkbarhet inte betonats särskilt.

Begränsningar som inte inkräktar på en rättighets skyddszon anses därför, som nämnts i avsnitt 7.2.2.1, vara tillåtna.[79] Hur bestäms då skyddszonens omfång? Detta blir naturligtvis den viktigaste frågan i sammanhanget, som måste avgöras enskilt för varje rättighetsregel. Som redan antytts är det skillnad mellan skyddszonens räckvidd i förhållande till rättighetsbegränsande lagstiftning, till andra regler i GG samt i förhållande till andras rättigheter vid rättighetskollisioner.[80] I det senare fallet är det t.ex. svårare att bestämma räckvidden generellt, varför den får anpassas från fall till fall beroende på utfallet av en Abwägungsprocess.[81] Det är emellertid vanskligt att bara lägga kollisionsfallen till grund för bedömning av skyddszonens gränser, eftersom detta leder till att lagförbehållet kan förlora sin funktion och till att gränserna blir svårare att bestämma.[82]

Som exempel på det senare problemet kan nämnas det kända Mephisto-fallet[83], där BVerfG upprätthöll den högsta allmänna domstolens (Bundesgerichthof) dom och förbjöd publiceringen av Klaus Manns berömda roman Mephisto eftersom en publicering ansågs ha kunnat skada efterlevande släktingar till skådespelaren Gustav Gründgens, romanfigurens förebild. Situationen var här den att en adoptivson till Gründgens fört talan i de vanliga domstolarna och lyckats förhindra publicering. Bokens förläggare anförde då författningsbesvär, varvid BVerfG fann att romanen visserligen var ett konstverk och därför skyddad av den konstnärliga friheten i art. 5 st. 3, men att en publicering skulle skada Gründgens' grundlagsskyddade personlighetsrätt (art. 2 st. 1), vilken i detta fall gavs företräde.[84]

Riskerna med det resonemang BVerfG för i målet har behandlats av bland andra Pierroth/Schlink:

> Da die Entscheidung des BVerfG auf mancherlei Umstände des einzelnen Falls abstellt, wird die Reichweite des Schutzbereichs fallabhängig. Sie ist nicht mehr generell bestimmt, sondern nur noch ad hoc und punktuell zu bestimmen. – Aus beiden Gründen kann die Auffassung daher nicht überzeugen.[85]

Skyddszonens gränser är något lättare att precisera vid rättighetsbegränsande lagstiftning, som behandlas närmare nedan i 7.4-5. Först måste dock BVerfG behandlas.

79. Jfr Pierroth/Schlink, a.a.s. 68.
80. Se vidare Borchardt, a.a.s. 167 och Starck, Constitutional Definition and Protection... s. 28 f.
81. Jfr till det sagda Pierroth/Schlink s. 63-65.
82. A.a.s. 81.
83. BVerfGE 30, 173, 193 ff.
84. Att Gründgens avlidit och att talan väckts av hans adoptivson ansågs härvidlag sakna betydelse; rättigheten ansågs med andra ord kunna gå i arv. Den självklara huvudregeln är givetvis att rättigheterna bara kan åberopas av levande människor (jfr Borchardt s. 154), men just i frågor om personlighetsskydd kan det förekomma att även avlidna människors ära och integritet beaktas. Ett annat exempel härpå är det nämnda avgörande som gällde den avlidne nobelpristagaren Heinrich Böll; se EuGRZ 1993 s. 146.
85. Kritiken ligger mycket nära den generella kritik mot Abwägung som tillämplig metod för lösning av värde- eller intressekonflikter som Schlink tidigare levererat i Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, s. 17 ff, 30 ff, 128 f och 152. Se vidare härom nedan kap. 7.5.2.2. – Mer positiv till Mephisto-avgörandet är däremot Rüfner, a.a.s. 469: »Weder die Kunstfreiheit noch auch ihre sozialkritische funktion werden entscheidend beeinträchtigt, wenn für solche

7.3 Bundesverfassungsgericht – den tyska författningsdomstolen

7.3.1 Inledning

Införandet av en särskild författningsdomstol var en av de viktigaste förändringarna i den tyska konstitutionella strukturen vid antagandet 1949 av en ny grundlag.[86] BVerfG tillerkänns genom GG långtgående befogenheter och har sedan 1949 successivt fått en alltmer central betydelse i det tyska rättslivet. Dess avgöranden har stor auktoritet och BVerfG har starkt bidragit till statsrättens teoretiskt och praktiskt centrala roll i tysk rätt.[87] Domstolens stora makt vid uttolkningen av den tyska grundlagen – även i politiskt kontroversiella frågor – har inte blivit något politiskt tvisteämne, utan BVerfG är en respekterad instans i de flesta politiska läger.[88] Det är i allmänhet också domstolens avgöranden i olika frågor som bildar utgångspunkt för den livaktiga rättsteoretiska diskussionen om rättigheternas rättsliga ställning och funktion.[89]

Domstolens konstitutionella ställning är enligt GG och den särskilda lagen om BVerfG, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG), något egenartad. Av art. 92 GG framgår att BVerfG är en domstol bland andra allmänna federala och delstatliga domstolar, men enligt § 1 st. 1 i BVerfGG är domstolen, i likhet med t.ex. förbundsdagen, presidenten och förbundsregeringen men till skillnad från andra domstolar, ett författningsorgan. Denna markering av författningsdomstolens betydelse är ett uttryck för maktdelningsprincipen.[90]

BVerfG ingår inte i någon instansordning för de tyska domstolarna, utan avgör endast konstitutionella frågor, i allmänhet om olika lagars grundlagsenlighet. Eftersom samtliga andra tyska domstolar är skyldiga att inhämta ett bindande utlåtande från BVerfG när de blivit övertygade om att någon lag är grundlagsstridig[91], kan dock BVerfG betraktas som en form av högsta instans, ehuru det då är viktigt att komma ihåg att dess juris-

Fälle vom Autor verlangt wird, von den Realitäten so weit zu abstrahieren, dass eine konkrete Person nicht mehr erkennbar ist.» Rüfners uppfattning härvidlag torde på goda grunder kunna ifrågasättas.

86. Det finns inga föregångare eller likheter till BVerfG i äldre tysk rättshistoria; se närmare Schlaich, a.a.s. 2. Jfr dock ovan i 7.1.4 om de tendenser till normprövning som fanns i den högsta instansens, Reichsgericht, praxis i Weimarrepubliken.
87. Se härom Schlaich, a.a.s. 239 ff: »Das Ansehen des Rechtsprechung des BVerfG in Juristenkreisen ist gross...Das BVerfG entscheidet »mit Macht» dogmatische Fragen von grösster Bedeutung. Die Wissenschaft folgt in der Regel...Parlament und Regierung sind oft nicht unglücklich, wenn das BVerfG durch eine ausgreifende Rechtsprechung ihnen Probleme abnimmt oder zu einer bislang gescheiterten Gesetzgebung den Anstoss gibt...Das BVerfG hat die Chance ergriffen, dem Verfassungsrecht einen Stellenwert zuzuweisen, wie es ihn zuvor nie hatte und wie es ihn – insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte – ohne die Rechtsprechung des BVerfG nicht haben wurde.» Se närmare avsnitt 7.7.
88. Ibid. Se även Christine Landfried, Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany, i C. Landfried (utg.), Constitutional Review and Legislation, Baden-Baden 1988 s. 157.
89. Ibid.
90. Se närmare t.ex. Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidée, Rdnr 15 och Ernst Benda, Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, i Starck/A. Weber (utg.), Verfassungsgerichtbarkeit in Westeuropa, Baden-Baden 1986 s. 124-25.
91. Se avsnitt 7.3.4.3.

diktion är begränsad till konstitutionella frågor.[92]

Här skall till en början något sägas om domstolens organisation och arbetsformer, varefter dess kompetens och de olika typerna av mål som den kan avgöra kommer att behandlas närmare.

7.3.2 *Domstolens organisation*

BVerfG består av två avdelningar, första och andra senaten, med vardera åtta domare, § 2 BVerfGG. Respektive senat är beslusför när minst sex domare deltar i arbetet, § 15 st. 2. Vilken senat som skall handha olika ärenden regleras närmare i § 14 BVerfGG. De bägge senaterna arbetar självständigt och oberoende av varandra, men om den ena senaten vill avvika från den andras uppfattning i en rättsfråga så skall detta avgöras av domstolen i plenum, § 16 BVerfGG. Innebörden härav är sålunda att avgörandena inte binder domstolen i dess framtida verksamhet, även om BVerfG ogärna avviker från en i ett prejudikat fastslagen linje.[93]

Bägge senaterna är indelade i kammare, vilka består av tre domare men vars sammansättning skall skifta minst vart tredje år. Kamrarna har framförallt stor betydelse vid prövningen av författningsbesvär, då en kammare kan besluta att sådana besvär skall avvisas (§ 93 b BVerfGG).

Av art. 94 st. 1 p. 2 GG och §§ 5-7 i BVerfGG framgår att hälften av domarna utses av förbundsdagen och hälften av förbundsrådet. Enligt § 9 BVerfGG turas de bägge kamrarna om vid utseendet av ordförande eller president i BVerfG. Den som skall kunna väljas till domare måste ha fyllt 40 år och ha avlagt domarexamen, § 3 BVerfGG.[94] Tre medlemmar av varje senat måste vara rekryterade från någon av de högsta federala domstolarna, medan övriga domare ofta är en blandning av professorer, jurister med annan bakgrund och respekterade före detta politiker (vilka samtliga dock måste uppfylla de nämnda formella kraven). Ämbetsperioden för en domare i BVerfG är tolv år, men ingen ledamot får ha uppnått 68 års ålder, § 4 BVerfGG. Omval förekommer inte, § 4 st. 2. En domare kan däremot när som helst avgå i förtid, § 12 BVerfGG.

En jämförelse med förhållandena i USA, där ju tillsättandet av ledamöter i S.Ct. som bekant ofta blir oerhört omdiskuterade och kontroversiella, visar till att börja med den skillnaden att domarna i BVerfG inte utses på livstid. Vidare har sannolikt under senare år det faktum att hälften av domarna utses av förbundsdagen och hälften av förbundsrådet bidragit till att öka domarnas politiska acceptabilitet, eftersom förbundsrådet sedan

92. Benda, a.a. Se vidare om den sakliga begränsningen av författningsdomstolens verksamhet Schlaich, a.a.s. 133 ff samt nedan avsnitt 7.3.3.2.
93. Se t.ex. Schlaich, a.a.s. 204. – Av fallet BVerfGE 77, 84 framgår f.ö. att BVerfG inte anser att parlamentet i sin lagstiftning nödvändigtvis behöver följa författningsdomstolens praxis, utan, eftersom det kan finnas goda skäl att i ett speciellt fall avvika från denna, bör ha rätt att anta lagar med liknande innehåll som de vilka tidigare underkänts. Domstolens avgöranden är således inte alltid **helt** bindande för lagstiftaren.
94. Varje tysk juristprofessor anses dock ha domarbehörighet; se Stern, Das Staatsrecht...II, München 1980 s. 360. Kandidaterna skall egentligen också ha grundliga kunskaper i offentlig rätt, ett krav som dock ibland torde vara svårt att kontrollera; se närmare a.a.s. 361. Se allmänt om vilka kvalifikationer som det anses vara lämpligt att en domare besitter även s. 356.

flera år haft socialdemokratisk majoritet medan förbundsdagen varit borgerligt styrd.[95] Härtill kommer att den som utses till domare i BVerfG måste ha stöd av 2/3 av de röstande i förbundsrådet respektive 2/3 av ledamöterna i förbundsdagens valutskott (§§ 6-7 BVerfGG). Härigenom kan svårligen någon partipolitiskt kontroversiell ledamot utses. Dessa förhållanden har sannolikt bidragit till att ge BVerfG dess med hänsyn till domstolens makt anmärkningsvärt breda acceptans bland medborgare, jurister och politiker.[96]

Domarna i BVerfGG har i likhet med andra tyska domare en oavhängig ställning och lyder enbart under lagen, art.97 st.1 GG. Deras oavhängighet och oberoende ställning markeras av att de enligt § 3 st. 3 BVerfGG inte får tillhöra parlamentet eller regeringen varken på förbunds- eller delstatsnivå. En domare som blivit oförmögen att tjänstgöra eller begått brott av en viss svårighetsgrad kan enligt § 105 BVerfGG försättas i disponibilitet eller tvingas lämna sin tjänst efter beslut av domstolen i plenum, om 2/3 av ledamöterna enar sig härom.

7.3.3 Domstolens verksamhet

7.3.3.1 ALLMÄNT

Författningsdomstolens jurisdiktion och behörighet att pröva olika typer av frågor regleras i art.93 och 100 i GG, varjämte närmare tillämpningsföreskrifter och anvisningar ges i §§ 13-14 BVerfGG. Uppräkningarna i de nämnda lagrummen av vilka ärenden som BVerfG kan ta upp till prövning anses vara uttömmande.[97]

Schematiskt kan de ärenden i vilka domstolen är behörig eller kompetent indelas i sex typer[98], nämligen avgöranden av tvister mellan olika federala organ och myndigheter om deras inbördes kompetens och befogenheter (s.k. *Organstreit*), tvister om de rättsliga relationerna mellan federala myndigheter och delstaterna, normkontroll (abstrakt och konkret), författningsbesvär, vissa speciella, författningsskyddande funktioner samt bevakning av att förfarandet vid val går korrekt till. Andra frågor än dessa kan aldrig bli föremål för domstolens prövning. Dess kompetens gentemot andra domstolar har således fått en formellt tydlig avgränsning (det kan exempelvis aldrig kommma på tal att BVerfG helt allmänt skulle överpröva den materiella riktigheten i en dom från en annan tysk domstol, utan dess prövning är helt inriktad på vissa speciella rättsfrågor). Dock är reglerna för när BVerfG kan ta upp olika frågor till prövning så utformade, att de allra

95. Däremot kan en nackdel med systemet, som främjar kompromisser mellan de politiska partierna, vara att det ger upphov till »kohandel» och informella kontakter mellan dessa. Egenskaperna hos olika kandidater blir då inte så öppet belysta som t.ex. i USA. Jfr Stern, a.a.s. 362 o. 364. Konsekvenserna när något av partierna önskar föreslå en politiskt kontroversiell ledamot blev tydliga årsskiftet 1993/94, då socialdemokraterna önskade att förbundsdagen skulle utse den juridiskt väl kvalificerade men politiskt kontroversiella Herta Däubler-Gmelin till domare i BVerfG. Detta motsatte sig den konservative gruppledaren i förbundsdagen Wolfgang Schäuble bestämt, varvid Däubler-Gmelin inte kunde komma i fråga. I stället nominerades den mer allmänt respekterade Jutta Limbach (som sedan blev ordförande i domstolen när den förre ordföranden, CDU-sympatisören Roman Herzog valdes till Tysklands president; CDU:s ordförandekandidat, Rupert Scholz, var oacceptabel för SPD). Att domarkandidaterna på detta sätt blir brickor i ett politiskt spel kan uppfattas som stötande, men är samtidigt en följd av valprocedurens utformning, som förhindrar att kontroversiella personer utses.
96. Jfr avsnitt 7.7 samt beträffande förhållandena i USA bl.a. kap. 10.3.1.3.
97. Se t.ex. Schlaich, a.a.s. 6 o. 43.
98. Ibid samt Stern, Das Staatsrecht...II, München 1980 s. 978.

flesta vid tyska domstolar anhängiggjorda mål – om inte annat så genom författningsbesvär från en enskild person – **kan** bli föremål för författningsdomstolens prövning.

Av de olika typerna av mål är främst abstrakt och konkret normkontroll samt författningsbesvär av intresse i denna framställning. Även om andra frågor än eventuella kränkningar av fri- och rättigheterna i GG kan prövas i dessa mål torde nämligen fri- och rättighetsfrågor som regel inte förekomma i övriga typer av mål.[99] Innan dessa frågor behandlas måste dock ytterligare några frågor om avgränsningen mellan BVerfG och andra tyska domstolar och myndigheter klargöras något.

7.3.3.2 VISSA AVGRÄNSNINGSFRÅGOR

a. Förhållandet mellan författningsbesvär och den allmänna talerätten vid rättighetskränkningar. Enligt art.19(4) i GG har den vars grundlagsstadgade rättigheter kränkts av en offentlig myndighet alltid rätt att väcka talan om kränkningen vid en allmän domstol. Hur förhåller sig denna regel till möjligheten för den som anser sig ha utsatts för en rättighetskränkning att anföra författningsbesvär, som regleras i art.93 st.1 p.4a?

Förhållandet mellan de bägge reglerna har klarlagts genom uttalanden i praxis och doktrin. Art.19 st.4 öppnar sålunda vägen för den enskilde till de allmänna domstolarna, men inte till BVerfG. Tanken är alltså att talan vid allmän domstol skall vara det normala förfarandet och anförandet av författningsbesvär en subsidiär möjlighet, en form av extraordinärt rättsmedel eller sista utväg.[100]

Författningsbesvär är nämligen i förhållande till den allmänna talerätten i art.19(4) subsidiära, såtillvida som det är en förutsättning för att rättsmedlet skall kunna användas att de allmänna rättsmedlen är uttömda. Detta innebär således att om talan om en rättighetskränkning väckts vid en vanlig domstol, så måste saken som regel ha förts genom samtliga instanser innan författningsbesvär kan anföras inför BVerfG (§ 90 st. 2 BVerfGG).[101]

En annan skillnad mellan de bägge alternativen är att talerätten enligt art.19(4) står öppen för den som anser att hans rättigheter kränkts av någon statlig myndighet eller en tysk domstol, men däremot inte erbjuder något skydd mot rättighetskränkande lagar och inte heller kan användas mot ett domstolsavgörande från högsta instans.[102] Författningsbesvär kan däremot anföras även i dessa fall och är således ett materiellt mer långtgående rättsmedel än den allmänna talerätten vid rättighetskränkningar.

Något bör här sägas om innebörden av art. 19 st. 4 GG. Denna utpekar de allmänna domstolarna som rätt forum, när ingen specialdomstol i det enskilda fallet är behörig. Såvitt gäller prövningen av myndighets- och förvaltningsbeslut var dock inte syftet med regeln att generellt ge de allmänna

99. Se för en genomgång av de övriga formerna av Verfassungsgerichtsbarkeit främst Schlaich och Stern, a.a. samt Benda, a.a.s. 127 ff. En reservation kan dock göras för s.k. Organstreit, eftersom det kan förekomma att politiskt känsliga frågor, som kan implicera viktiga rättighetsfrågor, tas upp denna väg.
100. Se Schlaich, a.a.s. 97 ff med anförda rättsfall och Weber-Fas, a.a.s. 174-75.
101. Se t.ex. Schlaich s. 100. Från denna huvudregel gäller ett undantag om den sökande skulle lida svår och obotlig skada därest han inte omedelbart kan få sin sak prövad av BVerfG; se § 90 st. 2 BVerfGG. Jfr i 7.3.4.4 under b. in fine.
102. Ibid.

domstolarna prövningskompetens. Tvärtom är de allmänna domstolarnas prövningskompetens här subsidiär till förvaltningsdomstolarnas, vilket framgår av förvaltningsrättslig lagstiftning.[103]

b. Avgränsning mot andra former av normprövning. Av art.93 och 100 i GG följer att författningsdomstolens normprövning, förutom på folkrättsliga regler (art.100 st.2) och frågor om omfånget av olika myndigheters befogenheter, är inriktad på **lagars** eventuella grundlagsenlighet. Frågor uppkommer därför om vilka regler som gäller dels för andra myndigheters och domstolars normprövning, dels för prövningen av förordningars och andra lägre rättsnormers grundlagsenlighet.

Vad först gäller de vanliga tyska domstolarnas lagprövning, så ger art.19 st.4, som nyss konstaterats, inte en allmän domstol rätt att förklara en lag grundlagsstridig. Det enda domstolen kan göra med stöd av denna bestämmelse är att fastslå att en domstol eller myndighet kränkt en enskilds grundlagsskyddade rättighet och därmed agerat på ett grundlagsstridigt sätt. Endast BVerfG har således möjlighet att ogiltigförklara tyska lagar.

Det sagda innebär dock inte att de övriga domstolarna inte har rätt – eller rentav skyldighet – att pröva en lags grundlagsenlighet innan lagen läggs till grund för en dom. Detta följer av regeln om konkret normkontroll i art.100 st.1. Enligt denna måste nämligen den domstol som finner att en lag vilken har betydelse för avgörandet av ett visst mål strider mot GG, hänskjuta frågan om lagens grundlagsenlighet till BVerfG (varvid målet förklaras vilande tills författningsdomstolens avgörande i frågan meddelats). Denna regel kan sägas innebära eller fastmer förutsätta att varje domstol, innan den väljer att hänskjuta en slik fråga till BVerfG för avgörande – eller, för den delen, innan den väljer att tillämpa lagen utan att inhämta författningsdomstolens syn på dess grundlagsenlighet – gör en egen bedömning av lagens grundlagsenlighet. På så sätt kan lagprövning sägas vara en uppgift som tillkommer varje enskild domare och domstol i Tyskland.[104]

Därutöver anses det vara de allmänna domstolarnas sak att pröva förordningars och lägre normers grundlagsenlighet samt även att bedöma om lagar antagna före den 23 maj 1949, när GG trädde i kraft, strider mot GG eller inte.[105] Domstolarnas skyldighet att när de är tveksamma om en lags grundlagsenlighet hänskjuta frågan till BVerfG gäller således bara *lagar* som antagits *efter nämnda datum*, en avgränsning som BVerfG tidigt slog fast i sin praxis.[106] Det sagda gäller dock inte för äldre (»förkonstitutionell») lagstiftning, som inlemmats i den (»efterkonstitutionella») rätten genom t.ex. nykodifie-

103. Se § 40 i 1960 års Verwaltungsgerichtsordnung samt allmänt till det sagda SOU 1994:117 bil. 1 s. 103 ff. För en särskild form av myndighetsbeslut, nämligen beslut om inskränkningar av post- och telehemligheten till skydd för den frihetliga demokratiska grundordningen, saknas dock rätt till domstolsprövning; se art. 19 st. 4 in fine jfr m. art. 10 st. 2 GG. Här skall granskning i stället ske genom ett parlamentsutskott. Denna reglering av telefonavlyssning, som kan ses som ett utslag av »Die streitbare Demokratie» (jfr ovan i 7.1.5) befanns av ECtHR i det s.k. Klass-fallet vara förenlig med ECHR; se Klass & others v. Germany, dom 6 september 1978, Series A No. 28.
104. Se ytterligare härom Schlaich, a.a.s. 13-15 o. 72.
105. Ibid samt vidare SOU 1975:29 s. 172, Weber-Fas a.a.s. 162 n. 173, Benda, a.a.s. 132 och Jörn Ipsen, Constitutional Review of Laws, i Main Principles...s. 112 f. Jfr dock om möjligheten att även dessa typer av regler kan bli föremål för författningsdomstolens prövning nedan i 7.3.4.2 på s. 231.
106. Se målhänvisningar hos Schlaich, Weber-Fas och i SOU 1975:29.

ring, översyn eller andra ändringar. Sådana lagar skall behandlas på samma sätt som nyare lagstiftning.[107]

I princip kan frågor om enskildas grundrättigheter aktualiseras i varje enskilt ärende inför varje myndighet. Varje enskilt statsorgan är jämlikt art.1 st.3 bundet av rättigheterna och skyldigt att respektera dem. Principiellt kan därför också varje enskild myndighet tänkas agera som sanktionsorgan vid rättighetskränkningar. BVerfG har också uttryckligen tillerkänt förvaltningsmyndigheter en rätt till normprövning[108], ehuru denna spelat en begränsad praktisk roll.

En fråga som varit omdiskuterad i doktrinen är om den tyske presidenten har någon lagprövningsrätt. Enligt art.82 GG träder nämligen inga lagar i kraft förrän presidenten undertecknat dem. Frågan är då om presidenten kan vägra att skriva under lagar som han anser strida mot grundlagen och därigenom hindra dessas ikraftträdande. Denna fråga har emellertid inte längre så stor praktisk betydelse, eftersom en viss praxis utvecklats enligt vilken presidenten innan han skriver under i stort sett avstår från att göra mer än en rent formell bedömning av att lagen antagits i föreskriven ordning. Presidenten anses sålunda inte ha någon vetorätt mot lagförslag och inte heller något praktiskt inflytande över dessas utformning.[109]

7.3.4 Författningsdomstolens normprövning

7.3.4.1 ALLMÄNT

Som nämnts begränsas framställningen rörande de olika fall i vilka BVerfG kan pröva tyska lagars grundlagsenlighet till abstrakt och konkret normkontroll samt enskildas författningsbesvär (vilka delvis redan berörts).

Förutsättningarna för abstrakt normkontroll regleras i art.93 st.1 p.2 GG. Här framgår att förbundsregeringen, en delstatsregering eller 1/3 av ledamöterna i förbundsdagen kan kräva att BVerfG skall pröva om någon tysk lag, antingen en federal sådan eller en delstatslag, är grundlagsenlig.

Konkret normkontroll föreligger dels när en domstol under en pågående tvist anser att en lag som har betydelse för utgången av målet inte är grundlagsenlig, dels när en domstol är tveksam till om en allmän folkrättslig regel är en del av den tyska nationella rätten (jfr art. 25 GG). I bägge dessa fall är domstolen skyldig att hänskjuta frågan till BVerfG för avgörande.

Både för dessa former av normkontroll och författningsbesvär gäller att författningsdomstolens prövning inte behöver ägnas just frågan om någon regel eller något beslut kränker fri- och rättigheterna i GG, utan kan avse alla former av grundlagsstridiga normer och myndighetsbeslut. Förment grundlagsstridighet på grund av att någon rättighet kränkts är dock den vanligaste grunden för en ansökan eller begäran om att BVerfG skall pröva en fråga.

107. Se SOU 1975:29 samt Ipsen och Benda, a.a.
108. Se Ipsen a.a.s. 135 och SOU 1975:29 s. 135.
109. Se Ipsen, a.a.s. 136-37 och Weber-Fas, a.a.s. 131 ff. Jfr dock för ett mer ingående resonemang och en delvis avvikande syn Stern II s. 233 ff.

7.3.4.2 ABSTRAKT NORMKONTROLL

Behöriga att begära att BVerfG skall utföra abstrakt kontroll av en norm är som nämnts enligt art. 93 st. 1 p. 2 GG förbunds- och delstatsregeringarna samt en parlamentarisk minoritet bestående av minst 1/3 av ledamöterna i förbundsdagen.[110] Frågan är dels när denna form för anhängiggörande av mål hos BVerfG kan bli aktuell, dels vilken roll denna normkontroll spelar.

De tre situationer då den abstrakta kontrollen kan förekomma regleras i art.93 st.1 p.2 GG och § 76 BVerfGG. Av den förstnämnda regeln framgår att frågan kan föras på tal så fort någon behörig sökande anser – eller åtminstone misstänker – antingen att federal rätt eller delstatsrätt strider mot GG eller att delstatsrätt strider mot federal rätt. Misstankarna om att så är fallet behöver inte ha samband med någon konkret, pågående eller stundande rättegång; det är däremot vanligt att BVerfG ombeds yttra sig, i politiskt känsliga frågor, av rent politiska skäl.

Medan de allmänna förutsättningarna för talans väckande anges i art.93 GG, kan § 76 BVerfGG sägas konkretisera dessa förutsättningar. I detta lagrum stadgas nämligen att en framställning till BVerfG kan göras dels när någon av de taleberättigade anser att en regel strider mot en överordnad norm, dels när de tvärtom anser att en regel som en domstol eller myndighet av nu nämnda skäl vägrat att tillämpa är giltig.

Både i art. 93 st.1 p.2 GG och § 76 BVerfGG talas i dessa sammanhang uteslutande om »Bundesrecht» respektive »Landesrecht». Någon begränsning till lagar görs sålunda inte. Innebörden härav är att även förordningar, både på delstats- och federal nivå, kan bli föremål för prövning. En delstatsförordning som strider mot GG kan sålunda underkännas, liksom en delstatslag kan underkännas för att den strider mot en förordning utfärdad av den tyska förbundsregeringen.[111]

Reglerna om abstrakt normkontroll kan därför sägas vara ett medel att säkerställa den federala rättens överhöghet över delstatsrätt, jfr art.31 GG[112], men även ett sätt att överhuvudtaget säkerställa att normhierarkin respekteras, eftersom även en federal regeringsförordning som strider mot en federal lag eller en federal lag som strider mot GG kan underkännas.[113]

Det bör också noteras att »Recht» i den mening som anges i uttrycken Bundesrecht och Landesrecht i de bestämmelser vilka reglerar den abstrakta normkontrollen innefattar alla tyska lagar och förordningar, således även dem som antagits före 1949. Just denna kontrollform kan därför, till skillnad från den konkreta normkontrollen, även tjäna till kontroll av den fortsatta grundlagsenligheten av förkonstitutionella bestämmelser (vilka behåller sin giltighet så länge de inte strider mot GG, art. 123).[114]

110. Däremot således inte det s.k. förbundsrådet, vilket främst beror på att detta består av företrädare för de olika delstaterna, vilka genom sina regeringar själva har rätt att begära denna form av kontroll; redan häri ligger ett skydd för att delstaternas rätt tillvaratas, varför en motsvarande möjlighet för förbundsrådet skulle vara överflödig. Se t.ex. Ipsen, a.a.s. 118. – Att regelns utformning förutom att värna om Tyskl̈ands federala struktur även innefattar ett väsentligt moment av parlamentariskt minorietsskydd framhävs förutom av Ipsen också av Stern II, a.a.s. 985-86.
111. Ibid samt Ipsen s. 119 och Benda, a.a.s. 131.
112. T.ex. Schlaich s. 70.
113. Ibid s. 70-71.
114. Se BVerfGE 2, 124 (131).

Den praktiska innebörden av att all tysk rätt kan bli föremål för abstrakt normkontroll, när någon behörig sökande så önskar, är därför att de vanliga domstolarnas bedömning av förordningars och andra lägre normers samt förkonstitutionella lagars grundlagsenlighet inte behöver bli den slutgiltiga. Om t.ex. en tysk domstol finner en norm av detta slag grundlagsstridig och därför vägrar tillämpa den, kan frågan om dess grundlagsenlighet ändå bli föremål för författningsdomstolens prövning när någon av dem som enligt GG har rätt att göra detta kräver att abstrakt normkontroll skall äga rum.[115]

Kontrollen kan också inriktas på grundlagsändringar. Alla sådana måste uppfylla kraven i art.79 GG och inte minst torde BVerfG noga pröva att kraven i art.79 st.3 iakttagits. Grundlagsstridiga grundlagsbestämmelser är enligt BVerfG teoretiskt fullt möjliga, när den ursprungliga texten i GG ändrats.[116]

Av större praktisk betydelse är kanske möjligheten att indirekt pröva grundlagsenligheten av internationella fördrag och konventioner som Tyskland anslutit sig till. Här stadgar art.59 st.2 GG som nämnts i avsnitt 7.1.6 att dessa, för att bli en del av den nationella rätten, måste inkorporeras i tysk rätt genom lagstiftning. Fördraget som sådant tillhör således inte den tyska rätten och kan därför inte heller prövas av BVerfG genom någon form av normkontroll, men däremot kan så ske beträffande den lag som transformerar fördragets bestämmelser till nationell rätt.[117]

Normalt sett kan endast av förbundsdagen antagna och ikraftträdda lagar bli föremål för författningsdomstolens prövning. Den tyska rättsordningen känner överhuvudtaget ingen form för preventiv normkontroll (möjligen med undantag för den formella granskning presidenten gör innan han signerar lagarna). I författningsdomstolens praxis utvecklades emellertid tidigt[118] ett undantag just för de lagar som transformerar folkrättsliga och internationella överenskommelser och traktater till nationell rätt, vilket motiverats med att en prövning av lagar av detta slag efter det att de trätt i kraft kunde vara skadlig för Tysklands internationella anseende och förbindelser; i de fall lagen underkändes skulle nämligen Tyskland tvingas bryta den ingångna överenskommelsen, varför det ansetts klokare att pröva dessa lagars grundlagsenlighet innan de trätt i kraft.[119]

Den abstrakta normkontrollen utövas på basis av den ansökan som inlämnats till BVerfG. Någon muntlig förhandling äger således inte rum och någon egentlig motpart till den sökande kan inte sägas existera. Något samband med en pågående rättegång behöver som nämnts inte heller finnas, utan det torde vara vanligare att den abstrakta normkontrollen utövas i samband med politiska kontroverser. Slående är att BVerfG funnit sig behörig att pröva i princip alla frågor, även sådana som måste sägas vara mer av politisk än juridisk karaktär. Någon motsvarighet till den av amerikanska domstolar, inklusive S.Ct. iakktagna *political question doctrine*[120]finns med andra ord inte i Tyskland.

115. Se till det sagda främst Ipsen, a.a.s. 119 o. 124.
116. BVerfG 3, 225 (233 f). Se vidare Schlaich s. 68-69 med målhänvisningar.
117. Samma förhållande gäller mellan RomF och övriga primära EG-rättskällor, t.ex. Maastrichtfördraget, och de lagar som transformerar dessa fördragstexter till tysk rätt; se t.ex. BVerfGE 52, 187 (199) o. 89, 155 samt Schlaich, a.a.s. 69.
1 8. BVerfGE 1, 396 och 2, 143, se även BVerfGE 36, 1.
1 9. Se vidare Ipsen s. 120 och Benda s. 131 samt BVerfGE 89, 155.
120. Se närmare härom kap. 10.3.1.4 under d.

Detta ämne behandlas närmare nedan i avsnitt 7.7, men några exempel kan ges redan här. Ett tidigt avgörande var BVerfGE 36, 1, som gällde det fördrag enligt vilket diplomatiska relationer ingicks mellan dåvarande Väst- och Östtyskland. Den dåvarande socialdemokratiska/liberala koalitionsregeringens Östeuropapolitik, som i hög grad bar Willy Brandts prägel, hade då sedan några år varit en mycket kontroversiell politisk fråga i förbundsrepubliken. Eftersom fördraget av den 21 december 1972 innebar att diplomatiska relationer upprättades mellan de båda tyska staterna innebar det också att Västtyskland erkände Östtyskland som en suverän stat. Den statsrättsligt intressanta fråga som härigenom väcktes var hur detta erkännande förhöll sig till de regler i GG – främst i preambeln men delvis också art. 146 – som talade om strävan efter tysk enhet som en plikt för alla tyskar och om GG som en författning för en övergångsperiod, tills denna enhet är uppnådd. Lagen som transformerade fördraget till tysk rätt antogs i parlamentet, sedan den konservativa oppositionen nedlagt sina röster, men därefter krävde delstatsregeringen i Bayern att BVerfG skulle pröva dess grundlagsenlighet. Den bayerska regeringen hävdade att lagen stred mot GG, men BVerfG fann inte så vara fallet. BVerfG försåg dock avgörandet med vissa reservationer, vilka i stort sett innebar att lagen endast kunde vara giltig med den restriktiva tolkning som domstolen gav den (samt beaktade delar av den kritik som sedan några år riktats mot regeringens politik och mot fördraget som dennas yttersta konsekvens). Den konstitutionella motiveringen för dessa reservationer – vilka i viss mån angav vilken framtida »Ostpolitik» som var grundlagsenlig – var givetvis skyldigheten för alla myndigheter att respektera GG och lagarna – jfr art.20 st.3 GG – och därmed även att arbeta för den tyska återföreningen.[121]

Ett annat exempel på abstrakt normkontroll gäller den västtyska abortlagstiftningen, en sedan länge omdiskuterad fråga där dock inte författningsdomstolens första avgörande bidrog till någon slutlig klarhet. Enligt äldre tysk rätt kunde en gravid kvinna själv välja om hon ville göra abort under de första tolv veckorna av graviditeten, medan abort därefter endast kunde ske om kvinnans liv var i fara eller om barnet riskerade att födas svårt sjukt. BVerfG fann dock i det första fallet att kvinnans rätt att fritt välja abort under de tre första månaderna på både medicinska, etiska och andra grunder stred mot GG.[122] Eftersom abortlagstiftningen i Östtyskland var betydligt liberalare blev resultatet efter återföreningen att två parallella lagstiftningar fanns på tyskt territorium och att ett flertal västtyska kvinnor valde att åka till östra Tyskland för att göra abort. Den 28 maj 1993 tog så BVerfG ställning till abortfrågan på nytt, nu för hela Tyskland. Domstolen slog även då fast att det ofödda barnet hade rätt till liv jämlikt art. 1 st. 1 och art. 2 st. 2, varför aborter i princip strider mot GG. Utan att uttala sig om under vilka förutsättningar eller om några tidsfrister då abort kunde ske konstaterade dock BVerfG samtidigt att också moderns rätt till liv jämte hennes skydd för personligheten och den personliga integriteten enligt art. 2 st. 1 (jfr i 7.3.4.4 under c) måste beaktas, varför aborter undantagsvis kunde tillåtas.[123] Lagstiftaren ansågs emellertid ha en skyldighet att förebygga och försöka förhindra aborter genom rådgivning, hjälp osv; aborter som företogs utan att den gravida kvinnan tagit del av sådana program bedömdes som olagliga och omfattades inte av den allmänna sjukförsäkringen. Abortreglerna i Tyskland måste f.ö. efter detta avgörande beskrivas som mindre liberala än i flertalet andra europeiska länder.

1993 avgjorde BVerfG – sedan talan väckts av den socialdemokratiska oppositionen i förbundsdagen, som vägrade godkänna den lag som möjliggjorde tyskt deltagande i FN-operationen förrän BVerfG prövat saken – frågan om tyska soldaters deltagande i FN-operationer (i detta fall i Somalia)

121. BVerfGE 36, 1. Efter den tyska återföreningen avgjorde BVerfG också vissa mer juridiska frågor om hur ersättningsreglerna i återföreningsfördraget av den 31 augusti 1990 för de tyskar vars egendom utan ersättning exproprierats av DDR förhöll sig till GG. I detta avgörande (BVerfGE 84, 90) konstaterades också att den grundlagsändring (i art. 143) som vidtagits för att möjliggöra återföreningen var förenlig med evighetsgarantin i art. 79 st. 3 GG.
122. BVerfGE 39, 1.
123. BVerfGE 88, 203. Abortavgörandena, särskilt det första, är f.ö. typiska exempel på s.k. *Abwägung* mellan olika skyddsvärda intressen i domstolens praxis, i detta fall mellan moderns rätt till självbestämmande och fri utveckling av sin personlighet, art. 2 st. 1 GG, och det ofödda barnets rätt till liv, art. 2 st. 2 (en avvägning som just i detta fall kan sägas ha skett på ett »abstrakt» sätt; jfr avsnitt 7.4.1.2 in fine). Jfr Borchardt, a.a.s. 168 och Rüfner, a.a.s. 465 vid n. 465 samt vidare i avsnitt 7.4.1.2.

var förenligt med GG, närmast reglerna om förfogandet över väpnade styrkor i art. 87a.[124] I ett avgörande av den 12 juli 1994 fastslog så BVerfG generellt vilka krav som skall vara uppfyllda för att tyska militära trupper skall tillåtas deltaga i internationella operationer på främmande territorium (i regi av FN, Nato eller Västeuropeiska Unionen). BVerfG fastslog här att art. 24 st. 2 GG möjliggör tyskt deltagande i olika system för kollektiv säkerhet och följaktligen också därmed »typischerweise verbundenen Aufgaben», inklusive sådana som kräver insatser från väpnade styrkor. Samtidigt fastslogs att varje insättande av tyska väpnade krafter i sådana operationer måste godkännas av förbundsdagen.[125]

De anförda fallen visar vilka i hög grad politiska frågor som just vid denna typ av normkontroll ofta kan bli föremål för domstolens prövning utan att detta i Tyskland ses som något egentligt problem ur principiellt demokratisk synvinkel. Detta gäller trots att BVerfG inte alltid kan sägas ha valt en försiktig linje i dessa frågor; så var t.ex. inte fallet beträffande fördraget om diplomatiska relationer med Östtyskland. Abortavgörandena torde ha varit mindre kontroversiella än Roe v. Wade varit i USA.[126] Inte heller avgörandena om FN-soldaterna i Somalia respektive om förutsättningarna för tyskt deltagande i väpnade FN-, Nato eller WEU-aktioner vållade några politiska konvulsioner, trots att domstolen där fastslog vad som gällde i en politiskt mycket omdiskuterad fråga.

7.3.4.3 KONKRET NORMKONTROLL

Den konkreta normkontrollen är kvantitativt betydligt mer omfattande och väsentlig än den abstrakta.[127] Att så är fallet beror givetvis på att domstolens prövning begärs vid helt olika situationer i de bägge fallen; vid abstrakt normkontroll har vissa bestämda politiska organ och grupperingar givits en rätt att påkalla domstolens uppmärksamhet, medan konkret normkontroll blir aktuell så fort någon – oavsett vilken, jfr § 80 BVerfGG – tysk domstol finner en lag grundlagsstridig. Det är därför naturligt att abstrakt normkontroll ofta aktualiseras vid politiska tvister, medan konkret normkontroll på ett helt annat sätt blir ett inslag i det vardagliga rättslivet.

Konkret normkontroll förekommer i två olika former, dels när en domstol *finner*, dvs är övertygad om, att en lag är grundlagsstridig, art.100 st.1, dels när domstolen är tveksam till om en regel i den allmänna folkrätten är en del av den tyska rätten och därmed skapar omedelbara rättigheter och skyldigheter för enskilda individer. I det förra fallet krävs en bestämd uppfattning om en lags grundlagsstridighet från domstolens sida, medan det i den andra situationen räcker att domstolen är osäker, men i bägge fallen skall domstolen inhämta ett – bindande – utlåtande från BVerfG.[128]

124. BVerfGE 89, 38.
125. BVerfGE 90, 286.
126. Detta kan i 1993 års fall i och för sig ha berott på att avgörandet är relativt oklart och varken innebär ett klart ja eller nej till aborträtten, men detta gäller i och för sig även flera av de abortfall som avgjorts i USA efter Roe v. Wade; jfr kap. 10.12.3 i n. 395.
127. Vid utgången av 1993 hade BVerfG enligt domstolens egna uppgifter mottagit 2.846 ansökningar om konkret respektive 122 ansökningar om abstrakt normkontroll.
128. Vad gäller frågan huruvida en allmän folkrättslig regel är en del av den tyska rätten märks att endast tyska domstolar, och således inga politiska organ, kan kräva att BVerfG skall pröva detta. En slik förfrågan avser endast huruvida folkrättsregeln är *en del av* den tyska rätten, inte huruvida en tysk lag är förenlig med en folkrättslig regel vilken jämlikt art.25 gäller som tysk, inomstatlig rätt. Den sistnämnda frågan får prövas inom ramen för den »vanliga» konkreta normkontrollen. Se till det sagda Schlaich, a.a.s. 86-87.

Som redan nämnts kan regeln om konkret normkontroll sägas förutsätta att varje tysk domare besitter en permanent lagprövningsrätt, eller fastmer lagprövningsskyldighet. Det ingår således i den tyske domarens ständiga arbetsuppgifter att pröva tyska lagars grundlagsenlighet, men däremot saknar han behörighet att fastslå att en tysk lag är grundlagsstridig, med de verkningar ett sådant beslut får. En domare som finner att en tysk lag vilken antagits efter den 23 maj 1949 strider mot GG måste nämligen, förutsatt att lagen har betydelse för målets utgång, enligt art.100 st.1 GG avbryta förhandlingarna i målet och hänskjuta frågan om lagens grundlagsenlighet till BVerfG för avgörande.[129] Det räcker således inte att domaren vägrar att tillämpa lagen, utan han har jämlikt art. 100 st.1 en absolut konstitutionell skyldighet att begära att BVerfG skall pröva grundlagsenligheten (även om någon annan domstol redan begärt en prövning av samma lag).[130]

Vad så gäller de närmare förutsättningarna för att en domstol skall kunna hänskjuta frågan till BVerfG för avgörande märks till en början att vederbörande domare endast får göra så när han, subjektivt, är helt säker på att lagen är grundlagsstridig. (Jfr art.100 st.1 GG: »Hält ein Gericht ein Gesetz...für verfassungswidrig...».) Uppfattningen måste dessutom vara välgrundad och genomtänkt, men behöver däremot inte ha något stöd t.ex. i rättspraxis från högre instanser. Varje domare skall bilda sig en egen uppfattning.[131] Det saknar betydelse för domstolens bedömning huruvida parterna yrkar att en lag skall prövas av BVerfG. (Den part som utan framgång yrkar att så skall ske får, om han inte får gehör heller i högsta instans, i stället anföra författningsbesvär mot domen.) Att begära författningsdomstolens utlåtande anses inte kunna komma på fråga så länge det är **möjligt** att ge den aktuella lagen en grundlagsenlig tolkning.[132]

Enligt lagtexten i art.100 st.1 krävs vidare för att domstolen skall kunna få lagens grundlagsenlighet prövad av BVerfG att målets utgång beror på om lagen i fråga är förenlig med GG eller inte (»ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt...»). Förhållandet uttrycks i doktrinen med att lagen måste vara »*entscheidungserheblich*».

Den domstol som begär att BVerfG skall pröva lagens grundlagsenlighet måste själv, i sin framställning till författningsdomstolen, ange ungefär i vilken utsträckning avgörandet i målet är beroende av lagens förenlighet med GG samt vilken grundlagsregel lagen, eller bara en enstaka paragraf i denna, anses strida mot (§ 80 st. 2 BVerfGG). BVerfG prövar sedan bara regeln i den omfattning som krävs för att bedöma om den frågande domstolen haft rätt i sin uppfattning att lagen stred mot GG och avgör genom sitt beslut denna fråga, jfr § 81 BVerfGG. Däremot tar BVerfG inte ställning i den pågående tvisten inför den frågande domstolen. Det är dock givet att beslutet i BVerfG i vissa fall får stor betydelse även för den rent materiella utgången i den pågående rättegången.[133]

129. Om det är fråga om en delstatslag som strider mot delstatens grundlag blir det enligt samma lagrum i stället fråga om att hänskjuta prövningen till den delstatsdomstol som är behörig att pröva sådana frågor.
130. Se särskilt Schlaich s. 83.
131. Se bl.a. Schlaich s. 78.
132. Ibid. Se vidare om »verfassungskonforme Auslegung» och därmed sammanhängande frågor nedan i kap. 7.4.1.1.
133. Se till det sagda Schlink s. 79 ff och Ipsen s. 114 ff.

BVerfG prövar mycket strikt att kriteriet att lagen i fråga skall ha betydelse för målets utgång är uppfyllt. Det är omöjligt för en domstol att få prövad en i ett mål aktuell regel, vars grundlagsstridighet är uppenbar, om den inte påverkar domstolens avgörande av själva saken i målet. Enligt ett uttalande från BVerfG saknas Entscheidungserheblichkeit om ifrågavarande domstol **kan** avgöra målet utan att använda den regel som anses vara grundlagsstridig.[134]

En allmän uppfattning inom doktrinen kan sammanfattningsvis sägas vara att en lag eller regel endast har betydelse för ett måls utgång – och därmed är »kvalificerad» för konkret normkontroll – om domen i målet kommer att bli annorlunda därest BVerfG skulle förklara att regeln är grundlagsstridig och därmed icke tillämplig i målet.[135]

7.3.4.4 FÖRFATTNINGSBESVÄR

a. Allmänt Varken beröringspunkterna mellan författningsbesvär och den allmänna möjligheten för enskilda att väcka talan vid förmenta rättighetskränkningar eller det faktum att de närmare möjligheterna att anföra författningsbesvär i betydligt högre grad än övriga förfaranden inför BVerfG kan regleras genom vanlig lag, § 94 st. 2 GG, hindrar att just prövningen av författningsbesvär har kommit att bli den kvantitativt i särklass mest betydelsefulla delen av författningsdomstolens verksamhet.[136]

Författningsbesvär kan, förutsatt att de ordinära rättsmedlen är uttömda, anföras mot alla domar, myndighetsbeslut och handlingar från tyska offentliga organ. Den som anser att hans rättigheter kränkts genom en lag kan, förutsatt att en konkret situation föreligger där lagen i sig kan utgöra en kränkning, anföra författningsbesvär mot lagen som sådan. I samtliga fall gäller dock att författningsbesvär bara kan anföras av den som anser sig ha fått sina rättigheter kränkta av staten och de offentliga myndigheterna. Att grundrättigheterna enligt senare tysk doktrin och rättspraxis i vissa fall även anses kunna åberopas mot privatpersoner behandlas närmare nedan[137], men det är omöjligt att anföra författningsbesvär på den grunden att ens rättigheter kränkts i någon privaträttslig relation.[138]

134. BVerfGE 64, 251 (254).
135. Se till det sagda Schlink s. 79 ff och Ipsen s. 114 ff. Den norm som BVerfG prövar om en lag är förenlig med är givetvis GG. I sista meningen i art.100 st.1 framgår emellertid att motsvarande prövning kan komma till stånd, på begäran av en domstol, när delstatslagar på någon viss punkt strider mot vanliga federala lagar. Att BVerfG även på detta sätt utövar viss tillsyn över delstatliga lagars förenlighet med den federala rätten ligger väl i linje med art.31 GG.
136. Ansökningar om författningsbesvär utgör drygt 95 % av de fall som BVerfG behandlar. Per den 31 december 1993 hade BVerfG sammanlagt mottagit 95.944 ansökningar av skilda slag, varav 91.813 utgjordes av författningsbesvär. Av dessa besvär hade 89.620 stycken på något sätt prövats av BVerfG; det sammanlagda antalet meddelade avgöranden uppgick vid samma datum till 93.504.
137. Se om s.k. Drittwirkung i kap. 7.6.
138. Sådana besvär kan däremot anföras **mot en dom** som den klagande inte anser i tillräckligt hög grad beaktar att någon av hans grundrättigheter kränkts i ett civilrättsligt förhållande – t.ex. ett hyres- eller anställningsavtal – eftersom talan då riktas mot en åtgärd av en tysk domstol. Här finns en ganska omfattande praxis från BVerfG, som genomgås nedan i avsnitt 7.6. Se t.ex. BVerfGE 89, 1, som gällde ett hyresavtal samt vidare Ipsen, a.a.s. 125 och, framförallt, Schlaich, a.a.s. 112-13 o. s. 137-38. Jfr även Frits Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976 s. 2102.

b. Formella förutsättningar för att författningsbesvär skall kunna anföras. Enligt § 90 st. 1 BVerfGG kan »jedermann», dvs alla, som anser att en offentlig myndighet kränkt någon av de rättigheter vilka anges i lagrummet[139] anföra författningsbesvär inför BVerfG.

Även utlänningar är således taleberättigade, såvida de anser att någon av de rättigheter som de tillerkänns i GG kränkts, liksom, under samma förutsättningar, privaträttsliga juridiska personer.[140] Offentligrättsliga juridiska personer har tillerkänts talerätt i de undantagsfall då de kan anses **omedelbart** berörda eller träffade av rättighetsregler i GG; sålunda har tyska universitet ansetts ha talerätt i frågor som rör den fria undervisningen och forskningen, art.5 st.3 GG, på samma sätt som offentligt ägda TV- och radiokanaler när det gällt yttrandefriheten i dessa media, art.5 st.1 p.2 GG.[141]

Enligt § 93 st.1 BVerfGG skall besvär mot ett avgörande anföras inom en månad från det att beslutet eller domen meddelats, medan besvär direkt mot en lag enligt § 93 st.2 skall anföras inom ett år från lagens ikraftträdande. Förutom vid besvär vilka är direkt riktade mot en lag är det en förutsättning för att författningsbesvär skall kunna anföras att samtliga ordinära rättsmedel är prövade och uttömda, § 90 st.2 p.1 BVerfGG.[142]

c. Materiella förutsättningar. Något besvärligare kriterier än de nyss nämnda knyter an till de rent materiella förutsättningarna för att författningsbesvär skall kunna anföras. Här handlar det främst om kravet i § 90 st.1 att den sökande skall hävda att han – genom en dom, ett beslut eller en lag – blivit utsatt för en rättighetskränkning.[143]

Som redan nämnts kan författningsbesvär anföras mot såväl myndighetsbeslut som domar och lagar (och även mot förordningar och andra normer av lägre rang). En förutsättning är dock i samtliga fall att sökanden gör sannolikt att han personligen blivit direkt kränkt i någon av sina grundlagsskyddade rättigheter av någon myndighet och att kränkningen alltjämt pågår.[144] Detta krav gällde ursprungligen enbart vid författnings-

139. Vilket är likalydande med art. 93 st. 1 p. 4a GG.
140. Jfr art. 19 st. 3 GG och ovan kap. 7.1.3.
141. Se till det sagda bl.a. Schlaich s. 103-04 och Benda s. 134-35.
142. BVerfG kan dock medge undantag från detta krav vid mål av stor allmän betydelse eller när den sökande förefaller ha utsatts för en svårartad kränkning och därför skulle drabbas mycket hårt av att först tvingas föra sitt mål genom de allmänna domstolarna, § 90 st. 2 p. 2 BVerfGG. Denna möjlighet för BVerfG att göra avkall på kravet om uttömmande av övriga rättsmedel är något av en generalklausul, som ger BVerfG stora möjligheter att efter eget skön avgöra om detta formella krav bör iakttas eller ej; se t.ex. Schlaich s. 120.
143. Ett krav som i doktrinen ofta beskrivs med att det måste finnas en viss substans i ansökan. Se vidare Schlaich s. 106 f.
144. Med en formulering från BVerfGE 50, 290 kan sägas att den sökande skall vara »selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt». Se även ett beslut från den tredje kammaren i andra senaten av den 5 juni 1992, där anförda författningsbesvär från några i Polen bosatta tyskar mot den lag som godkände gränsöverenskommelsen mellan Polen och Tyskland (dvs att den s.k. Oder-Neisselinjen slutgiltigt erkändes som gräns mellan länderna) avvisades, på den grunden att fördraget inte innehöll några »unmittelbar nachteilige Wirkungen» för de klagande. Detta berodde på att fördraget endast reglerade gränsen mellan två länder och inte direkt berörde de klagandes egendomsrätt jämlikt art. 14 GG. Se EuGRZ 1992 s. 306.

besvär mot en lag, men anses nu vara tillämpligt i alla situationer.[145]

Vad gäller frågan vilka krav som mer konkret ställs för att den sökande skall anses ha gjort gällande att en kränkning föreligger – märk väl inte att han skall ha visat att så skett; huruvida så är fallet är ju vad BVerfG skall avgöra – kan en åtskillnad göras mellan författningsbesvär direkt mot en lag och författningsbesvär mot domar och beslut. Vid författningsbesvär direkt mot en lag har det genom det s.k. Elfes-avgörandet[146] och efterföljande praxis klargjorts att även om ingen kränkning mot någon annan rättighetsregel skulle föreligga, kan den allmänna handlingsfrihet som ryms i art. 2 st. 1 vara kränkt så fort en lag strider mot någon bestämmelse i GG, således även om lagen exempelvis tillkommit på ett formellt felaktigt sätt. Att även formella fel vid lagens tillkomst eller andra former av formell oförenlighet mellan en lag och GG kan leda till att lagen ogiltigförklaras av BVerfG är i sig knappast anmärkningsvärt, men denna praxis bygger givetvis på en mycket extensiv tolkning av art.2 st.1, som enligt BVerfG skyddar vad som brukar kallas en allmän mänsklig handlingsfrihet.[147] En följd av denna praxis är att BVerfG väsentligt utvidgat sina möjligheter att vid författningsbesvär åsidosätta lagar som grundlagsstridiga.

Situationen är, som Schlaich tämligen ingående analyserar[148], annorlunda vid författningsbesvär mot domar och beslut. Här måste den sökande göra gällande att domstolen – eller myndigheten – inte på rätt sätt beaktat hans grundlagsskyddade rättigheter vid avgörandet (och att han därigenom utsatts för en kränkning).[149]

145. Se Schlaich s. 113 m.h.t. ytterligare doktrin och praxis. Se även Weber-Fas, a.a.s. 161 och Ipsen, a.a.s. 125. Kravet på omedelbarhet torde dock ha sin största praktiska betydelse just vid författningsbesvär som riktats direkt mot en lag, eftersom alla till vilka en dom eller ett beslut riktar sig normalt torde vara omedelbart berörda av dessa.
146. BVerfGE 6, 32. Se för genomgång av övrig praxis bl.a. H. Schneider, a.a.s. 63 f.
147. Att just art.2 st.1, som skyddar envars rätt till fri utveckling av sin personlighet, har använts för att precisera förutsättningarna för författningsbesvär på detta sätt och därigenom fått något av en särställning bland rättighetsreglerna kan synas märkligt, men hänger samman med att denna regel alltsedan Elfes-fallet (BVerfGE 6, 32, 36) kommit att innefatta ett allmänt skydd för den individuella handlingsfriheten, »ein selbständiges Grundrecht, das die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleistet» liksom ett generellt skydd för individen *mot alla grundlagsstridiga lagar*. Se vidare bl.a. Borchardt, a.a.s. 169 o. 191 och H. Schneider, a.a.s. 63 ff. Författningsdomstolens praxis på denna punkt är entydig men inte oomstridd; jfr Ipsen s. 127-28 och Schlaich s. 10-11 samt 107 ff med vidare hänvisningar. Jfr även H. Schneider, a.a.s. 65 n. 170 m.h.t. kritiska synpunkter i doktrinen. Som exempel på kritik kan hänvisas till Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14 uppl., Heidelberg 1984 § 426-427: »Die Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht führt zu der Annahme eines geschlossenen Grundrechtssystems im Sinne eines lückenlosen Wert- und Anspruchssystems...Da »allgemeine Handlungsfreiheit» in sich unbegrenzt ist, gibt es kein menschliches Handeln, das grundrechtlich nicht erfasst wäre, sei es nur durch Art.2 Abs.1 GG.» Jfr för en betydligt mer positiv bedömning av författningsdomstolens praxis på denna punkt Alexy, a.a.s. 309 ff. Tanken att art. 2 st. 1 skyddar den allmänna handlingsfriheten har i rättspraxis ifrågasatts vid ett tillfälle, nämligen av domaren Grimm i en dissens i BVerfGE 80, 137 (»Reiten im Walde»; se 80, s. 164 ff). BVerfG har dock hållit fast vid sin praxis på denna punkt.Som exempel på vilka skiftande ändamål regeln kan åberopas till stöd för kan nämnas att Manfred Brunner, den klagande i Maastrichtmålet (BVerfGE 89, 155) hävdade att EU:s planerade valutaunion stred mot hans rätt att hysa förtroende för det tyska betalningssystemet och det stabila penningvärdet och därmed kränkte hans ekonomiska handlingsfrihet! Hans talan avvisades dock på denna punkt av BVerfG.
148. A.a.s. 108 f. Schlaichs resonemang gäller i och för sig bara domar, men torde vara lika giltigt för olika former av myndighetsbeslut.
149. Se Schlaich, a.a.s. 109 f m.h.t. bl.a. BVerfGE 61, 1 (12).

Detta sammanhänger med den roll BVerfG har i förhållande till de allmänna domstolarna. Som redan nämnts inskränker sig författningsdomstolens prövning normalt, förutom till olika former av norm- eller kompetenskontroll på begäran av särskilda instanser, till att granska att domstolarna har tillämpat GG på rätt sätt och inte underlåtit att beakta en lags eventuella grundlagsstridighet. Författningsbesvär mot en dom – eller ett beslut – är därför inte någon form av alternativ till resningsansökan och kan normalt inte leda till en ny prövning av avgörandets materiella riktighet, utan BVerfG prövar endast avgörandets specifikt statsrättsliga aspekter; huruvida avgörandet är riktigt i sak och de allmänna domstolarna tillämpat gällande rätt korrekt är, så länge det inte kan konstateras att GG trätts för när, inget som tillkommer BVerfG att granska.[150]

d. Prövning av att förutsättningarna är uppfyllda. Författningsdomstolens prövning av en ansökan om författningsbesvär föregås av en noggrann prövning av huruvida de ovannämnda formella och materiella förutsättningarna är uppfyllda. Denna prövning sker i två led: först prövar en kammare, bestående av tre domare, om kraven är uppfyllda och om ansökan kan bedömas ha några som helst utsikter att vinna gehör inför domstolen. Redan kammaren kan besluta att avvisa ansökan om något av kraven inte är uppfyllt, men kan också besluta att målet skall tas upp i domstolen, § 93 b BVerfGG (jfr § 15 a). Drygt 90 % av alla ansökningar avvisas av kammaren.[151]

Skulle emellertid kammaren varken besluta i den ena eller andra riktningen, får någon av senaterna efter motsvarande prövning besluta om ansökan skall tas upp till sakprövning eller inte. Så skall ske om minst två domare i en senat anser att sakprövningen av ansökan kan klargöra någon omtvistad statsrättslig fråga eller att den sökande skulle drabbas mycket hårt om saken inte prövades, § 93 c BVerfGG. Senaten anses dock ha rätt att avvisa en ansökan även om en kammare beslutat att den skall tas upp till behandling[152], varför möjligheterna för en sökande att få sin sak prövad kan anses vara ganska små – vilket inte hindrar att det finns gott om exempel på viktiga fall som anhängiggjorts i BVerfG på detta sätt.

7.3.5 *Domstolens avgöranden*

Det finns en form av icke-slutligt avgörande från BVerfG, s.k. *einstweilige Anordnung*. Enligt § 32 st. 1 BVerfGG kan ett sådant interimistiskt beslut meddelas när behov av ett snabbt beslut eller andra särskilt viktiga skäl föreligger. Beslutet härom kan enligt § 32 st. 3, oavsett innebörden av det, angripas genom besvär (*Widerspruch*) av de berörda parterna, utom av den klagande vid författningsbesvär. Flera uppmärksammade avgöranden, bl.a. det 1993 om FN-trupperna i Somalia[153], har meddelats på detta sätt. Slutliga avgöranden är dock huvudregeln.

150. Se bl.a. BVerfGE 18, 85 (92 f) med följande passus: »Nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das BVerfG auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen.» Detta förhållande uttrycks ofta med att författningsdomstolen varken är eller bör bli någon »Superrevisionsgericht». Se vidare främst Schlaich s. 134 ff. – Endast domar i brottmål, som grundats på en av BVerfG ogiltig- eller oförenligförklarad lag, kan upphävas sedan domen vunnit laga kraft, § 79 BVerfGG. I övriga fall kvarstår alltså lagakraftvunna domar, i vilka regler som sedermera konstaterats vara grundlagsstridiga lagts till grund för avgörandet. En längre gående retroaktiv effekt av författningsdomstolens avgöranden vore troligen olycklig från rättssäkerhetssynpunkt.
151. Ipsen s. 126-27. 1993 mottog BVerfG 5.246 ansökningar om författningsbesvär, av vilka 4.642 avvisades.
152. BVerfGE 47, 102 (104).
153. BVerfGE 89, 38. Som nämnts ovan i 7.3.4.2 avgjordes frågan om förutsättningarna för tyskt deltagande i internationella militära operationer slutligt genom en dom i juli 1994.

Förutom i de praktiskt föga betydelsefulla fall som nämns i § 15 st. 3 BVerfGG avgör BVerfG samtliga fall genom majoritetsbeslut. Vid lika röstetal går det inte att fastslå att någon kränkning av GG – eller av federal rätt genom delstatsrätt – ägt rum, § 15 st. 3. En senat kan, men måste inte, i avgörandet meddela röstsiffrorna och en eller flera domare med avvikande mening kan få denna, eller dessa, intagna i domen, § 30 st. 2 p. 2 BVerfGG.

Författningsdomstolens avgöranden binder samtliga tyska, federala och delstatliga, domstolar, myndigheter och övriga »författningsorgan», dvs organ angivna i GG (t.ex. regering och parlament), § 31 st. 1 BVerfGG. Samtliga här berörda typer av avgöranden har enligt § 31 st. 2 »*Gesetzeskraft*», dvs lagkraft. Frågan är om det finns någon skillnad mellan »lagkraft» – som alltså inte är liktydigt med »laga kraft» – och sedvanlig rättskraft?

En ingående analys av skillnaden mellan Gesetzeskraft och Rechtskraft samt av frågan om avgörandet i dess helhet, inklusive grunder, tolkningsprinciper osv är bindande och i så fall för vilka har gjorts av Schlaich.[154] Denne anser sig av domstolens praxis kunna utläsa att inte bara avgörandena utan även de bärande grunderna, »die tragenden Gründe», för dessa binder de organ vilka anges i § 31 st.1 BVerfGG.[155] Detta hänger enligt Schlaich samman med att BVerfG allmer kommit att uppfatta sig – och uppfattas som – den autentiske uttolkaren av GG, varför inte bara domstolens avgöranden utan även dess uppfattningar i övriga statsrättsliga frågor skall vara bindande för samtliga statsorgan. Schlaich är kritisk mot denna utveckling, främst på grund av vad han uppfattar som överdrivna anspråk från domstolens sida (eftersom enligt honom endast grundlagstiftaren kan vara den autentiska uttolkaren av en grundlag). Ytterligare kritik finns[156], men det går knappast att hävda annat än att hittillsvarande praxis tyder på att **hela** avgörandet från BVerfG är bindande för, till att börja med, den krets som anges i § 31 st. 1.

Den reella innebörden av § 31 st.2 är enligt såväl Schlaich som Stern inte att författningsdomstolens avgöranden tillerkänns en viss rang – t.ex. högre än vanliga lagar – eller en starkare bindningseffekt på olika myndigheter än den som redan framgår av § 31 st.1.[157] Termen »Gesetzeskraft» är därvidlag aningen missvisande, eftersom den för tanken till någon form av distinktion gentemot ett domstolsavgörandes sedvanliga rättskraft. Avgöranden från BVerfG åtnjuter i princip rättskraft på samma sätt som andra domstolars avgöranden, med visst undantag för att det – vilket ligger i sakens natur, eftersom BVerfG bara prövar rättsfrågor – är enklare för BVerfG än för allmänna domstolar att ta upp en fråga som redan prövats till förnyad behandling.[158]

När BVerfG finner att en lag är oförenlig med GG uppstår vissa frågor om den rättsliga innebörden av ett sådant beslut. Utgångspunkten i tysk rätt är att grundlagsstridiga lagar är ogiltiga, varför BVerfG i så fall med bindande verkan ogiltigförklarar lagen (jfr § 31 BVerfGG).[159] För de olika situationernas del framgår detta av §§ 78 (abstrakt normkontroll), 82 st.1 (konkret d:o) samt 95 st.3 BVerfGG (författningsbesvär). Ogiltigförklaringen kan antingen rikta sig mot hela lagen eller mot vissa bestämmelser i en lag. Det kan också tänkas att BVerfG i en ansökan om författningsbesvär eller normkontroll en-

154. A.a.s. 201 ff.
155. Ibid, särskilt s. 204 m.h.t. praxis (n. 76).
156. Se t.ex. Stern II s. 1038 med ytterligare hänvisningar.
157. Schlaich s. 210-11, Stern II s. 1039.
158. Se närmare Schlaich s. 201 ff.
159. Jfr dock fallet BVerfGE 77, 84, där BVerfG förklarade att en sådan dom inte är helt bindande för lagstiftaren.

dast ombeds att pröva grundlagsenligheten av en viss paragraf i en lag, men inte nöjer sig med att ogiltigförklara denna utan på samma grunder underkänner även andra bestämmelser i lagen (jfr § 78 p.2 BVerfGG).

Utöver vad som direkt ur BVerfGG kan utläsas om domstolens möjligheter att ogiltigförklara lagar, anses även en annan möjlighet stå BVerfG till buds, därest det skulle förefalla lämpligt att vidta en mindre ingripande åtgärd. BVerfG anses nämligen kunna förklara att en lag är grundlagsstridig utan att samtidigt ogiltigförklara den. Detta alternativ har successivt blivit vanligare i domstolens praxis.[160] En konstaterad grundlagsstridighet i en lag kan därför leda antingen till en ogiltighetsförklaring (*Nichtigerklärung*) av lagen eller en del av den eller till en oförenlighetsförklaring (*Unvereinbarerklärung*).[161]

En oförenlighetsförklaring kan ses som en uppmaning till lagstiftaren att tillse att grundlagsstridigheten undanröjs. BVerfG kan rentav formulera sitt avgörande så att lagen kommer att ogiltigförklaras efter en viss tidpunkt om den inte dessförinnan ändrats. Vid konkret normkontroll kan det även bli så att den frågande domstolen tvingas skjuta upp sitt avgörande av själva saken tills lagen ändrats på det sätt BVerfG önskar![162] Även en domstol som har en likartad fråga uppe till prövning men ännu inte hänskjutit frågan till BVerfG tvingas då uppskjuta avgörandet.[163] Ett alternativ är dock att BVerfG förklarar att den grundlagsstridiga lagen är giltig och tillämpbar under en viss begränsad tid, tills en ny lag hunnit stiftas.

Det är dock svårt att av domstolens praxis på denna punkt dra några säkra slutsatser om möjligheten att tillämpa de lagar som inte förklarats ogiltiga men ändå ansetts strida mot GG.[164] Schlaich uttalar sig mycket kritiskt mot denna oklara praxis från domstolens sida.[165] Centralt i hans kritik är varningen för att BVerfG, som sällan motiverar sitt val av den ena metoden framför den andra, i avsaknad av fasta kriterier utan motivering väljer ett alternativ framför ett annat, trots att de olika metoderna kan leda till helt olika konsekvenser (exempelvis uppnås vid konkret normkontroll normalt ett betydligt snabbare avgörande i den hänskjutande domstolen vid en ogiltigförklaring).[166] Oförenlighetsförklaringar har dock varit vanligast inom skatte- och socialrätten, där olägenheterna av att antagna lagar ogiltigförklaras varit särskilt stora; på rättighetsområdet har denna tendens hittills haft mindre betydelse.

160. Se Schlaich s. 169 vid n. 51 med vidare hänvisningar. Att denna möjlighet finns, eller att lagstiftaren vid författningsdomstolens tillkomst sett denna beslutsform som ett alternativ till ogiltigförklaring, framgår för övrigt indirekt av §§ 31 st.2 och 79 st.1 BVerfGG.
161. Jfr om terminologin Schlaich s. 169. Per den 31 december 1992 hade enligt domstolens egen statistik 269 fall av ogiltigförklaring och 165 fall av oförenlighetsförklaring förekommit.
162. Se vidare Schlaich s. 172-73 m.h.t. praxis.
163. Ibid.
164. Jfr Schlaich s. 174.
165. Se t.ex. s. 176.
166. Ibid s. 170: »Es ist aber ein völlig unmöglicher Zustand, dass das BVerfG seinerseits »aus freien Stücken» auf die Nichtigerklärung mit ihren geregelten Folgen verzichtet, ohne zugleich klar und deutlich zu sagen, was statt dessen mittlerweile gelten soll.»

7.4 Författningsdomstolens tolkning av Grundgesetz

I de två följande kapitlen kommer först vissa av utgångspunkterna för författningsdomstolens tolkning av GG, både för *Grundrechtsinterpretation* i snäv mening och för tolkningen av vissa speciella regler, och sedan de viktigaste rättighetsteorierna att genomgås. Sambandet mellan domstolens tolkning och olika rättighetsteorier förtjänar att studeras närmare[167]; i själva verket råder i Tyskland en ömsesidig påverkan, en växelverkan om man så vill, mellan teori och praxis; många av teorierna har inspirerats av och hämtat sin näring ur författningsdomstolens praxis och BVerfG har vid flera tillfällen visat sig ta intryck av den rättsvetenskapliga debatten.

7.4.1 Tolkningsregler

7.4.1.1 INLEDNING

En allmän utgångspunkt för tolkning av grundlag kan sägas vara att denna ställer särskilt höga krav på domaren. En särskild svårighet vid all grundlagstolkning består i att konstitutionen i allmänhet skapar den rättsliga grunden för hela statsskicket, för den politiska processen, de centrala statliga maktorganen och enskildas frihet i samhället, samtidigt som grundlagsregler till sin karaktär ofta är kortfattade, föga preciserade och mycket allmänt hållna.[168] BVerfG har försökt mildra denna svårighet genom utvecklandet av några ganska jordnära, konkreta och objektiva tolkningsregler som snarare utgår från själva grundlagens ordalydelse än grundlagstiftarens eventuella vilja.[169]

En viktig sådan tolkningsregel är den om grundlagens enhet, vilken syftar till att lösa de konflikter som kan uppstå till följd av att olika grundlagsregler kan ha ett motstridigt innehåll. Tanken är därför att de enskilda artiklarna i GG endast kan tolkas utifrån sin ordalydelse men inte kan betraktas som isolerade från varandra. Konstitutionen, GG, måste ses som den högsta normen i samhället, stående över alla andra lagar. BVerfG strävar efter att säkerställa dess status som en fullständig, heltäckande övre rättsnorm i samhället. Luckor i GG måste undvikas.[170]

BVerfG har regelbundet använt sig av denna i dag väletablerade tolkningsregel, ända sedan ett av domstolens allra första avgöranden (som gällde vissa frågor om delstatens Ba-

167. Jfr Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 s. 1530: »...erforderlich, den notwendigen Zusammenhang von Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation ausdrücklich und allgemein bewusst zu machen und die Frage zu stellen, welche verschiedenen Grundrechtstheorien gegenwärtig auf die Interpretation der Grundrechte einwirken und mit welcher Folge für den Inhalt der einzelnen Grundrechtsbestimmungen sie das tun.»
168. Jfr bl.a. Hesse, Grundzüge..., Rdnr 50. Se även ovan kap. 1.4.1.
169. Se till det sagda bl.a. Weber-Fas, a.a.s. 43.
170. Jfr BVerfGE 19, 206, 220: »Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschatflichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.» Se till det sagda i övrigt Weber-Fas s. 44 och Gerd Roellecke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, i Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II s. 31 f.

den-Württemberg rättsliga ställning i konstitutionen).[171] Det vägledande uttalandet löd där på följande sätt:

> Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammanhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem Gesamtinhalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind...Daraus ergibt sich: Jede Verfassungsbestimmung muss so ausgelegt werden, dass sie mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist.[172]

En etablerad tolkningsregel med stor praktisk betydelse är vidare att lagar om möjligt bör ges en icke grundlagsstridig tolkning (s.k. *verfassungskonforme Auslegung*). BVerfG har i flera olika fall uttalat att om en lag kan tolkas både som grundlagsenlig och grundlagsstridig så skall det förra alternativet väljas.

Denna tolkningsregel är inte bara fast etablerad i författningsdomstolens praxis[173], utan samtliga tyska domstolar är, som konstaterades ovan i avsnitt 7.3.4.3 under c., i praktiken skyldiga att använda sig av den innan de hänskjuter en fråga till BVerfG för konkret normkontroll. Varje domstol som finner en lag grundlagstridig går vidare och försöker tolka lagen på ett sätt som gör att den inte strider mot GG.[174]

Detta är bl.a. ett sätt att begränsa konflikterna mellan BVerfG och lagstiftaren; den på detta sätt tolkade lagen är ju ännu i kraft, även om allvarlig kritik kan ha riktats mot den.[175] Ett alltför flitigt och vidsträckt bruk av grundlagsvänlig tolkning skulle emellertid kunna urholka normkontrollens funktion, varför det i doktrinen råder enighet om att det måste finnas vissa gränser för tillämpningen av metoden.[176] BVerfG har definierat gränserna så, att tolkningen måste hålla sig inom ramarna för lagens ordalydelse och inte får komma i konflikt med de värderingar lagen ger uttryck för eller dess ändamål.[177] Den grundlagsvänliga tolkningen får alltså inte utvecklas till att bli ett hjälpmedel eller en nödutgång för domstolar som är rädda för att fatta måhända kontroversiella beslut om att vägra tillämpa eller rentav – i författningsdomstolens fall – underkänna lagen.

7.4.1.2 ABWÄGUNG[178]

Många av de mest uppmärksammade fallen i domstolens historia har gällt Abwägung, dvs värdering av vilken rättighet, alternativt vilket skyddsvärt intresse av två eller flera

171. Jfr H. Schneider, a.a.s. 228.
172. BVerfGE 1, 14, 32. Se om principens användning i domstolens fortsatta praxis Roellecke, a.a.s. 32.
173. Se genomgång av praxis hos Schlaich, a.a.s. 185 och Hesse, Grundzüge...§ 80.
174. Se bl. a. Schlaich s. 184 f, Ipsen s. 130, Stern II s. 958 f och Weber-Fas s. 46. Att samtliga domstolar kan sägas ha en skyldighet att handla på detta sätt beror på att den domstol som enligt art. 100 st. 1 GG översänder en lag till BVerfG för konkret normkontroll måste förklara **varför** lagen enligt domstolens mening inte kan ges en grundlagsenlig tolkning. Se Schlaich a.a.s. 184.
175. Se bl.a. Ipsen, a.a. och Schlaich s. 188.
176. Se t.ex. Hesse, a.a. § 80 och Schlaich s. 188.
177. Se t.ex. BVerfGE 54, 277.
178. I och för sig är det kanske tveksamt om författningsdomstolens särskilda teknik för vägning av rättigheter eller skyddsvärda intressen mot varandra i enskilda fall, s.k. *Abwägung*, kan räknas till principerna för grundlagstolkning (så dock enligt Roellecke, a.a.s. 27 ff). Här är det snarare fråga om en – omtvistad – metodik eller teknik som BVerfG utvecklat för att lösa kollisionsfall

som skall ges företräde och väga tyngst i konkreta fall. Här kan nämnas Lüth, Mephisto, Lebach och abortfallen.[179] Just dessa fall har också spelat påfallande stor roll för utvecklingen av den statsrättsliga doktrinen i allmänhet och rättighetsteorierna i synnnerhet.

Kritiken mot Abwägungsläran går bland annat ut på att det är svårt att uppställa några generella principer för hur olika rättigheter eller värden skall vägas mot varandra, varför det i praktiken blir fråga om en avvägning eller bedömning från fall till fall av vilken rättighet som bör ges företräde.[180] Häremot kan anföras att risken för felaktiga och dåligt underbyggda avgöranden troligen skulle vara större om avgörandena i olika kollisionsfall byggde på en förment allmängiltig värdeteori om vilka rättigheter som borde åtnjuta starkast skydd i olika fall.[181]

Rüfner betonar också att det är fel att se författningsdomstolens Abwägungs-avgöranden som uttryck för »prinzipienlose Billigkeitsrechtsprechung», eftersom frågan huruvida en rättighet i ett konkret kollisionsfall har högre värde eller bör åtnjuta starkare skydd än ett annat intresse sällan uppkommer i sin mest renodlade form. [182]Snarare blir det enligt Rüfner i allmänhet fråga om en konflikt beträffande formerna för utövandet av olika rättigheter: Väsensinnehållsgarantin i art. 19 st. 2 stadgar att rättighetens innersta kärna aldrig får urholkas; även om denna regel kanske inte fått så stor betydelse i författningsdomstolens praxis[183] så är det logiskt att kollisionsfall inte löses genom att utövandet av det intresse som av någon anledning tillerkänts högre värde än ett annat maximeras, med resultatet att ett annat intresse trängs undan. BVerfG måste i stället sträva efter att *optimera* möjligheterna till utövande av alla skyddsvärda intressen.[184] Endast de rättighetsinskränkningar som är oundgängligen nödvändiga för att båda rättigheterna skall kunna tillvaratas eller i möjligaste mån beaktas

där två skyddsvärda intressen ställs mot varandra. Som modell för lösning av denna sorts tvister har dock metoden kommit att få så stor principiell, teoretisk och i rättighetsfrågor även praktisk betydelse att det kan vara lämpligt att något beröra Abwägung som ett inslag i författningsdomstolens verksamhet.

179. BVerfGE 7, 198; 30, 173; 35, 202 samt 39, 1 o. 88, 203.
180. Se närmare kap. 7.5.2.2. Se för en likartad kritik i amerikansk doktrin T. Alexander Aleinikoff, Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale L.J. 1985 s. 980-81 samt nedan kap. 10.14.3.2 under b.
181. Se t.ex. Rüfner, a.a.s. 465.
182. Ibid, s. 465 ff. Jfr även Alexy, a.a.s. 80 ff.
183. Jfr nedan avsnitt 7.4.2.1.
184. I detta sammanhang ligger det nära till hands att hänvisa till den bl.a. av Hesse förfäktade läran om *praktische Konkordanz*, enligt vilken grundlagsskyddade rättigheter eller andra »Rechtsgüter» som kommer i konflikt med varandra i ett enskilt fall måste underordnas varandra. Se Grundzüge..., Rdnr 317-18: »Aufgabe der Begrenzungen von Grundrechten ist es, die durch die Freiheitsrechte gewährleisteten Lebensverhältnisse einander zuzuordnen; sie sollen darüberhinaus die durch die Freiheitsrechte gewährleisteten Verhältnisse anderen Lebensverhältnissen zuordnen, die ebenso wie jene für das Leben des Gemeinwesens wesentlich sind und darum rechtlich geschützt sind...Soweit die Bestimmungen, die beide schützen, in ihrer sachlichen Reichweite einander überschneiden oder miteinander kollidieren, ist Grundrechtsbegrenzung Herstellung praktischer Konkordanz. Die Aufgabe praktischer Konkordanz erfordert die »verhältnismässige» Zuordnung von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern: bei der Interpretation verfassungsmässiger Begrenzungen oder der Begrenzung auf Grund eines Gesetzesvorbehalts geht es darum, beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen.» Jfr även Georg Herbert, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1985 s. 333 samt H. Schneider, a.a.s. 22: »...den Vertretern praktischer Konkordanz...sehen die Konfliktlösung...in einer am Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausgerichteten, ausgleichenden Optimierung der Wirksamkeit beider Kollissionsrechtsgüter.» Även Alexy har givit uttryck för uppfattningar som ligger nära teorin om praktische Konkordanz; se Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse, Ratio Juris 1992 s. 146 f. – Se närmare beträffande skillnaden mellan praktische Konkordanz och Verhältnismässigkeit Schneider s. 210 f.

är godtagbara. Varje rättighets funktion och väsensinnehåll måste bevaras[185], men Abwägung kan samtidigt i kollisionsfall vara en nödvändig lösning för att **någon** rättighet skall kunna förverkligas.[186]

Rüfners resonemang vinner visst stöd i det sätt på vilket BVerfG avgjort Lüth-, Mephisto- och Lebach-fallen. Här har det nämligen inte varit fråga om att rätt och slätt tillerkänna en rättighet ett högre värde än en annan, utan avgörandena har tillkommit efter ingående överväganden och noggranna bedömningar av de motstridiga intressena.[187] Däremot är det första abortavgörandet[188], som Rüfner själv konstaterar[189], ett exempel på en mer principiell (eller abstrakt) avvägning, där det ofödda fostrets rätt till liv entydigt förklarades ha ett högre värde än moderns rätt till fri utveckling av den egna personligheten, jfr art. 2 st. 1 och 2 GG.

7.4.2 *Wesensgehalt och Verhältnismässigkeit*

Två begrepp som är centrala i den tyska doktrinen och av stor betydelse även för förståelsen av författningsdomstolens praxis är de redan nämnda Wesensgehalt och kravet på s.k. Verhältnismässigkeit vid rättighetsbegränsningar. Dessa båda begrepp och deras inbördes förhållande måste här behandlas närmare.

7.4.2.1 NÄRMARE ANALYS AV WESENSGEHALTSBEGREPPET

Enligt GG art. 19 st. 2 får en rättighets s.k. väsensinnehåll **aldrig**, inte heller vid i övrigt godtagbara rättighetsbegränsningar, beröras. Ingenstans i GG ges emellertid någon närmare definition av vad begreppet står för, utan detta överläts av grundlagstiftarna åt doktrin och praxis att komma fram till.[190]

Grovt räknat finns det två huvudkategorier av teorier om hur väsensinnehållet bör definieras: Dels en »absolut» teori som utgår från att varje rättighet har en okränkbar kärna och ser väsensinnehållet som en oberoende av det konkreta fallet absolut orubblig och förbehållslöst skyddad storhet, som aldrig någonsin står till lagstiftarens disposition. Dels en relativ teori som utgår från att väsensinnehållet i varje enskilt fall måste definieras mot bakgrund av syftet med rättighetsbegränsningen.[191] Denna senare teori har ett nära samband med läran om Verhältnismässigkeit.[192] Som Alexy uttrycker det:

185. Jfr L. Schneider, a.a.s. 74: »...die Rechtsprechung...obliegt es, die unmittelbar durch die Verfassung gezogenen Grenzen der Grundrechte zu konkretisieren...Bei der hier erforderlichen Güterabwägung darf die schwächere Norm nicht soweit zurückgedrängt werden, dass ihr »Grundwertgehalt» angetastet ist.»
186. Jfr Alexy, Theorie der Grundrechte s. 100-01.
187. Jfr nedan i 7.5.2.2 samt om motsvarande, snarlika distinktion mellan olika typer av balancingavgöranden i USA nedan i kap. 10.14.3.2 på s.
188. BVerfGE 39, 1, se ovan kap. 7.3.4.2.
189. Sid. 465, not 65. Jfr H. Schneider, a.a.s. 231 o. 212, som ser avgörandet som det slutgiltiga beviset för att »Optimierung bedeutungsabhängig ist».
190. Åtskilligt om det som skrivits härom (t.ex. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz) är emellertid av utpräglat teoretisk karaktär och syftar närmast till att lansera nya rättighetsteorier. Se vidare Alexy s. 268, not 40, m.h.t. ytterligare doktrin.
191. Jfr t.ex. Pierroth/Schlink, a.a.s. 77.
192. Se vidare Alexy, a.a.s. 269 med ytterligare hänvisningar till doktrinen (not 45-46), Georg Herbert, a.a.s. 323 och L. Schneider, a.a. kap. 9.2-3.

> Nach der relativen Theorie ist der Wesensgehalt das, was nach seiner Abwägung übrigbleibt...Die Wesensgehaltsgarantie reduziert sich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Da dieser ohnehin gilt, hat Art. 19 Abs 2 GG eine lediglich deklaratorische Bedeutung.[193]

Bägge lärorna säger sig givetvis syfta till bredaste och effektivaste möjliga rättighetsskydd, ehuru den absoluta läran vill uppnå detta genom att tillerkänna rättighetens kärna ett absolut, ovillkorligt skydd, medan den relativa tror att rättighetsskyddet i praktiken blir effektivare om gränserna för rättighetens skyddszon dras, vid rättighetsbegränsande lagstiftning genom prövning av ingreppets Verhältnismässigkeit och vid kollisionsfall genom Abwägung.[194] Frågan är då vilken av teorierna som fått störst inflytande i doktrin och praxis.

Som Alexy konstaterar finns det i äldre praxis från BVerfG avgöranden som kan tolkas i bägge riktningarna.[195] Georg Herbert, som gjort en tämligen utförlig analys av den praxis som fram till 1985 fanns på området, fann att BVerfG är noga med att hålla fast vid principen att lagstiftaren vid begränsningar av en rättighet i och för sig måste respektera dess väsensinnehåll, men att vaktslåendet kring rättighetens rent materiella skyddszon inte i första hand sköts med hjälp av art 19 st. 2 GG, utan snarare genom kravet på Verhältnismässigkeit. Art.19 st.2 förlorar därigenom mer och mer av sin självständiga betydelse.[196]

Mot denna bakgrund menar Herbert att möjligheten för en enskild att i händelse av rättighetsbegränsning eller -kollision kunna åberopa sig på art. 19 st. 2 är överflödig, så länge lärorna om Verhältnismässigkeit respektive Abwägung tillämpas på ett sätt som ger rättigheterna samma reella skydd.[197] Detta är egentligen också rätt enkelt att visa med ett exempel: BVerfG har i flera fall förklarat att livstidsstraff är förenligt med GG[198], trots att det väl egentligen är rätt uppenbart att »väsensinnehållet» i den livstidsdömdes rörelsefrihet och personliga frihet har urholkats. Enligt den absoluta läran måste rimligen livstidsdomar strida mot art. 19 st. 2 GG.

Det sagda hindrar emellertid inte att väsensinnehållet kan behålla sin betydelse som en form av **yttersta garanti**, i den mån en sådan kan finnas, för att rättigheterna inte urholkas. Herbert vänder sig just av detta skäl mot de moderna teorier som förklarat att art. 19 st. 2 saknar all reell betydelse och hävdar i nära anslutning till Hesse att »der Wesensgehalt eines Grundrechts dort beginnt, wo die Möglichkeiten zulässiger Begrenzung enden.»[199]

193. A.a.s. 101.
194. Se Alexy och Herbert, a.a.
195. A.a.s. 269 m.h.t. praxis. Se för genomgång av denna äldre praxis även Esin Örucu, a.a.s. 51 ff.
196. A.a.s. 328 o. 335.
197. A.a.s. 334 o. 335.
198. Se BVerfGE 45, 187 (222); 50, 5; 54, 100; 72, 105 samt 86, 282.
199. A.a.s. 334 o. 330, jfr Hesse, Grundzüge...Rdnr. 332. Herbert är här uppenbart influerad av Hesses lära om praktische Konkordanz (jfr ovan s. 244 i not 184) och ser häri, i en form av förmedlande riktning mellan den absoluta och relativa teorin, en väg att »rädda» väsensinnehållets fortlevnad även i de fall då dess reella omfång måste avgöras genom Verhältnismässigkeits- och Abwägungsbedömningar. Samtidigt som han konstaterar att en förbjuden rättighetsbegränsning är grundlagsstridig i sig, varför art. 19 st. 2 i och för sig kan sägas sakna självständig betydelse, hyser nämligen Hesse för sin del inget tvivel om att väsensinnehållet är en realitet, med, om inte annat, stor potentiell betydelse. Den betecknar, som han uttrycker det, »nichts anderes als die...aus der Aufgabe praktischer Konkordanz resultierenden Schran-

Den absoluta teorin förefaller ha haft sitt främsta stöd i äldre doktrin[200], medan senare författare ofta betonar att art. 19 st. 2 förlorat mycket av sin praktiska betydelse genom utvecklingen av läran om Verhältnismässigkeit och dess framskjutna position i författningsdomstolens praxis.[201] Det faktum att Verhältnismässigkeits-läran ökat i betydelse kan dock, som Herbert betonar, inte tas till intäkt för att dödförklara väsensinnehållsläran. Klart är dock att art. 19 st. 2 sedan en tid tillbaka, till följd av att BVerfG för att avgöra om rättighetskränkningar skett hellre begagnat sig av läran om Verhältnismässigkeit samt, i kollisionsfall, av Abwägung, mist mycket av sin konkreta rättsliga betydelse. Begreppet väsensinnehåll skapar eller värnar inte i första hand rättigheter för enskilda individer, utan är i dag snarare riktad till lagstiftaren.[202]

Pierroth/Schlink illustrerar diskussionen om och förhållandet mellan de bägge teorierna med den fråga som BVerfG i ett tidigt avgörande, BVerfGE 2, 266, ställde, nämligen »ob Art. 19 Abs. 2 GG die restlose Entziehung eines Grundrechtskerns im Einzelfall verbietet oder ob er nur verhindern will, dass der Wesenskern des Grundrechts als solcher, z.B. durch praktischen Wegfall der im Grundgesetz verankerten, der Allgemeinheit gegebenen Garantie angetastet wird». Skillnaden mellan de bägge alternativen är enligt Pierroth/Schlink[203] att varje enskild i det förra – »absoluta» – fallet kan förlita sig på att det så att säga alltid finns en rättighet att begagna eller åberopa i varje enskild situation där detta är önskvärt, medan innebörden i det senare – mer »relativa» – fallet snarast är att rättigheten helt allmänt inte får urholkas utan måste ha kvar ett reellt innehåll. Som exempel hänvisar författarna till en person som vådaskjutits till döds av en polis: denne kan knappast åberopa någon rättighetsregel mot det skedda, men det innebär inte att rätten till liv (art. 2 st. 2 p. 1 GG) är betydelselös.

7.4.2.2 KRAVET PÅ VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT VID RÄTTIGHETSBEGRÄNSNINGAR

I de fall där det i GG stadgas s.k. kvalificerat lagförbehåll för inskränkning av en rättighet kan man tala om ett krav på att den rättighetsbegränsande lagen skall tjäna vissa ändamål.[204] Frågan är då vilka krav som bör ställas vid begränsning av andra rättigheter,

ken der Begrenzung von Grundrechten. Überschritten sind diese Schranken, wo ein Grundrecht aus unzureichendem Anlass begrenzt wird, weil eine solche Begrenzung nicht verhältnismässig sein kann. Sie sind vollends missachtet, wo eine Begrenzung dazu führt, dass das begrenzte Grundrecht im Leben des Gemeinwesens keine Wirksamkeit mehr entfalten kann...In beiden Fallen tastet die Begrenzung des Grundrechts dessen »Wesensgehalt» an. Der Wesensgehalt eines Grundrechts beginnt also dort, wo die – differierenden – Möglichkeiten zulässiger Begrenzung enden.» Grundzüge..., Rdnr 332. En näraliggande uppfattning förfäktas av Häberle, a.a.s. 234 ff, som dock något starkare betonar att väsensinnehållet i dag endast har en symbolisk, »deklaratorisk» betydelse. Häberle och Herbert är f.ö. eniga om att art.19 st.2 haft stor betydelse för utvecklingen av vissa viktiga statsrättsliga grundsatser; se Häberle s. 236 och Herbert s. 334.

200. Se t.ex. Alexy, a.a.s. 269 och L. Schneider, a.a. kap. 9.2-3 m. hänv.
201. Se förutom Herbert bl.a. Hesse i EuGRZ 1978 s. 431 och Borchardt, a.a.s. 171.
202. Detta uttrycks ibland med att begreppet främst angår rättigheternas s.k. objektiva sida; jfr Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990 s. 53: »Der Begriff der objektiven Dimension der Grundrechte kann dadurch definiert werden, dass diese keine Norm enthält, die ein Grundrecht in Gestalt eines subjektiven Rechts gewährt.» Se närmare om distinktionen mellan rättigheternas objektiva och subjektiva sida avsnitt 7.5.2.5.
203. A.a.s. 77.
204. Jfr ovan kap. 7.2.2. Se vidare särskilt Schlink i EuGRZ 1984 s. 459-60: »Unter der Bindung der Gesetzgebung sind diese vom Vorbehalt des Gesetzes zum Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes geworden.»

dvs förbehållslösa sådana och de med enkelt lagförbehåll; här har ju inte i GG angivits att rättigheten får begränsas till förmån just för något visst bestämt syfte. BVerfG har i sin praxis i stället utvecklat ett krav på att det i den rättighetsbegränsande åtgärden skall finnas ett visst samband mellan det ändamål som skall uppnås och de medel som används[205]; ifrågavarande lag, beslut eller dom måste med andra ord vara *ägnad* att tjäna det förmenta syftet (s.k. *Geeignetheitskriterium*). Rättighetsbegränsningen måste dessutom vara *nödvändig* för att detta syfte skall kunna uppnås (s.k. Notwendigkeitskriterium). Finner BVerfG i sin prövning av ingreppets karaktär att något av kriterierna brister[206] eller att syftet kan uppnås på ett annat, »mildare» sätt, som bättre tillvaratar medborgarnas fri- och rättigheter, så konstateras att åtgärden innebär en alltför långtgående rättighetsbegränsning – en kränkning om man så vill – som inte kan godtas. Skall en rättighet överhuvudtaget kunna begränsas, måste detta således alltid ske på så lindrigt sätt som möjligt.[207] Kravet på att en begränsning skall vara Verhältnismässig innebär därutöver att såväl begränsningens ändamål som den valda åtgärden i sig måste vara legitima; rätten att bilda fackföreningar får exempelvis enligt art. 9 st. 3 p. 2 GG aldrig begränsas.

Därutöver uppställs i såväl doktrin som praxis ett krav innebärande att det eftersträvade syftet med begränsningen och dennas karaktär måste stå i visst samband med varandra: ju mer långtgående begränsningen är, desto viktigare måste, för att den skall vara godtagbar, det syfte som skall uppnås med den vara (s.k. *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*).[208] Alexy ser här ett samband mellan principen om Verhältnismässigkeit och den ovan i 7.4.1.2 efterlysta *optimeringen* av alla rättigheter och skyddsvärda intressen; om en rättighetsbegränsning inte är nödvändig för att uppnå lagstiftarens syften, eller

205. Vägledande för denna praxis var det s.k. Apotekavgörandet, BVerfGE 7, 377. Se vidare Schlink i EuGRZ 1984 s. 459 med ytterligare hänvisningar (not 13). – För genomgång av ytterligare praxis se Starck, Constitutional Definition and Protection s. 32 not 41 o. 45.
206. Se om dessas närmare innebörd Schlink, a.a.s. 460, not 19: »Dabei bedeutet Geeignetheit, dass der Zustand, den der Staat durch den Eingriff schafft, und der Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang stehen, und bedeutet Notwendigkeit, dass es keinen anderen Zustand gibt, den der Staat ebenfalls schaffen kann, der für den Bürger weniger belastend ist und der mit dem Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, ebenfalls in einen durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht.» Se även Georg Ress, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht, i H. Kutscher/G.Ress/F. Teitgen/F. Ermacora/G. Ubertazzi (utg.), Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985 s. 17 ff.
207. S.k. *Übermassverbot*, som f.ö. kan sägas innebära en garanti för att väsensinnehållet alltid respekteras; så åtminstone H. Schneider, a.a.s. 206.
208. Även här är Apotek-avgörandet av grundläggande betydelse, jfr Schlink s. 461 och Hesse i EuGRZ 1978 s. 431. Se ytterligare Starck, Constitutional Definition and Protection... s. 32, Alexy, Theorie der Grundrechte s. 270, Ress, a.a.s. 13 och Borchardt, a.a.s. 171. Denna praxis, som bygger på vad som ibland kallas »*die Stufentheorie*», kan ses som en vidareutveckling av läran om Verhältnismässigkeit. Jfr Hesse, a.a. och Harald Schneider, a.a.s. 50. – Se för genomgång av praxis även Schlaich, a.a.s. 144, Alexy, Individual Rights and Collective Goods, i Carlos Nino (utg.), Rights, Aldershot 1992 s. 178 vid n. 39 och Ress, a.a.s. 14 ff samt för hänvisningar till doktrinen Schlink s. 461 not 22, Borchardt s. 171 not 202 samt, vad gäller kritik i doktrinen mot författningsdomstolens praxis härvidlag, Schlaich s. 145 vid not 477.

om dessa kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder, så finns det större möjligheter att förverkliga rättigheten om den rättighetsbegränsande lagen åsidosätts än om den skulle upprätthållas, varför den givetvis inte bör godtas.[209]

7.5 Rättighetsteorier – doktrinens utveckling

7.5.1 *Inledning och bakgrund*

Som titeln på en av hans artiklar, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion[210], anger företräder Schlink i hög grad en klassisk, traditionell uppfattning om de medborgerliga rättigheterna, enligt vilken dessas centrala funktion är att värna enskildas frihet mot statliga ingrepp och, följaktligen, att begränsa statens möjligheter att ingripa i den enskildes frihetsutövande.[211] Som han själv uttrycker det:

> Dieses Denken...sieht die Funktion der Grundrechte darin, staatliche Eingriffe von den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereichen abzuwehren und dem Staat, der dem Freiheitsgebrauch der Bürger Schranken zieht, Massstäbe vorzugeben.[212]

Enligt denna klassiska lära erkänns behovet av begränsningar av de individuella rättigheterna egentligen endast i de fall då en enskilds utnyttjande av sina rättigheter kan komma i konflikt med någon annan medborgares motsvarande, lika berättigade frihetsutnyttjande (samt i de ovan berörda fall då en enskilds obegränsade utnyttjande av sina befogenheter skulle kunna leda till helt absurda konsekvenser och de praktiska realiteterna så att säga sätter stopp för detta).[213] Begränsningar av rättigheterna genom lagstiftning skall försvåras i möjligaste mån.

Uppfattningen att fri- och rättigheterna i första hand har till uppgift att skydda den enskilde mot staten har i Tyskland stöd förutom i stora delar av doktrinen[214] även i de inledande proklamationerna i GG, främst art. 1 st. 1 och 2 om människovärdet och de mänskliga rättigheternas grundläggande betydelse[215], liksom i den noggranna regleringen i 1 kap GG av när de respektive rättigheterna får begränsas.[216] Åtminstone delvis talar även författningsdomstolens praxis i denna riktning: Ett uttalande i Elfes-avgörandet kan tolkas på detta sätt[217] och i det för den fortsatta diskussionen på många sätt

209. Se Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse s. 146 f samt Theorie...s. 101.
210. EuGRZ 1984 s. 457-468.
212. Jfr Ossenbühl, a.a.s. 2107: »Die liberale Grundrechtsauffasung enthält mit der Charakterisierung der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat eine zeitlose, ewig gültige Aussage.»
212. A.a.s. 457.
213. Ibid. Jfr om de absurda fallen ovan kap. 7.2.2.2.
214. Se t.ex. också Borchardt, a.a.s. 117, Pierroth/Schlink, a.a., framförallt s. 26, Rüfner, a.a.s. 464-65, Ossenbühl, a.a.s. 2100 ff och Albert Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 3 uppl, Köln 1989, s. 199 f.
215. Så tolkar i alla fall Hesse i EuGRZ 1978 s. 430 det faktum att GG inleds med dessa principdeklarationer; anhängare av nyare rättighetsläror invänder möjligen att dessa stolta uttalanden i sig bara innebär att rättighetsreglerna givits en framskjuten plats i rättsordningen, men däremot inte säger något om vilka funktioner rättigheterna skall fylla i samhället.
216. Så Schlink, a.a.s. 457.
217. BVerfGE 6, 32 (41); jfr om detta fall ovan kap. 7.3.4.4 under c. Jfr även Borchardt, a.a.

vägledande Lüth-avgörandet[218] förklarade BVerfG att rättigheterna först och främst var just *Abwehrrechte*, dvs ett försvar för medborgarna gentemot staten.

Efterhand har dock bilden av rättigheternas funktion blivit något mer sammansatt, vilket lett till uppkomsten av nya rättighetsteorier. Detta har flera orsaker. Redan av grundlagens text framgår t.ex. att Tyskland är en social- eller välfärdsstat (jfr art. 20 och 28), vilket får anses innebära att vissa allmänna krav kan ställas på att medborgarna tillförsäkras ett visst socialt skydd av staten; däremot följer knappast härav några konkreta rättighetsregler.[219] Vad man kan kalla rättigheternas sociala sida har sedan successivt fått en större betydelse.[220] Även av författningsdomstolens praxis framgår att skyddet för den enskilde gentemot staten inte betraktats som rättigheternas enda funktion.[221]

Därtill kommer, vilket efterhand uppmärksammats allt mer, att den enskildes frihet i det moderna samhället kan hotas även av andra än staten. Frågan om rättighetskollisioner, där en persons grundlagsskyddade rättigheter så att säga kolliderar med en annans, har redan berörts. Allt sedan 50-talet, med utgångspunkt än en gång i Lüth-avgörandet, har dock även en annan aspekt kommit i förgrunden, nämligen den enskildes behov av – »grundrättsligt» – skydd även mot tredje man, t.ex. mot företag och mäktiga organisationer. Detta har inspirerat diskussionen om huruvida grundlagens rättighetsregler av en enskild kan åberopas även mot tredje man, s.k. *Drittwirkung*.[222]

Mot bakgrund av dessa faktorer har många tyska statsrättstänkare funnit beskrivningen av den grundlagsskyddade friheten som enbart en individens från statliga ingrepp skyddade sfär otillräcklig. I stället menar många att friheten i vissa situationer enbart kan förverkligas med hjälp av staten. Detta synsätt har sedan lagts till grund för ett antal

218. BVerfGE 7, 198. I samma avgörande slogs dock också fast att rättigheterna även har ett antal andra funktioner, varför domen både anknöt till tidigare och kom att påverka senare doktrin på området. Se även Pierroth/Schlink, a.a.s. 26 m.h.t. BVerfGE 50, 290.
219. Att GG visserligen i första hand ger uttryck för en klassisk, av en liberal rättsstatsideologi inspirerad syn på rättigheterna som värn för den enskildes frihet, men samtidigt försöker skydda vad som kan kallas de sociala förutsättningarna för förverkligandet av denna frihet har bl.a. noterats av Böckenförde i NJW 1974 s. 1537-38: »Die normative Grundintention des Grundrechtsteils ist der Rückgriff auf die klassischen Freiheitsrechte und das Freiheitsprinzip des liberalen Rechtsstaates...Das Grundgesetz ist jedoch hierbei nicht stehengeblieben. Es hat vielmehr das zentrale Problem der liberalen Grundrechtstheorie...die relative Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit, aufgenommen...» Jfr även Hesse, a.a.s. 434. Se närmare nedan i 7.5.2.4 om de sociala rättigheternas reella rättsliga ställning.
220. Jfr Ernst Benda, Der soziale Rechtsstaat, i Handbuch des Verfassungsrechts s. 511: »die Sozialstaatsklausel hat...eine Wohl auch von ihren Schöpfern nicht vorhergesehene und aus der Sicht der Verhältnisse von 1949 überraschende Kraft entwickelt.» Se även nedan i 7.5.2.4.
221. Se t.ex. avgörandet BVerfGE 6, 55, som gällde skyddet för familjen i art. 6 GG, där domstolen uttalade (s. 71 ff): »Wie eine ganze Reihe von Verfassungsnormen...erfüllt Art. 6 Abs. 1 GG mehrere Funktionen, die miteinander verbunden sind und ineinander übergehen. Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung ist es, die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm, insbesondere eines Grundrechts, zu erschliessen.»
222. Se närmare härom avsnitt 7.6. Denna diskussions utgångspunkt kan sammanfattas i Hesses beskrivning (a.a.s. 430): »Freiheit lässt sich jedoch wirksam nur als einheitliche gewährleisten: sofern sie nicht nur eine Freiheit der Mächtigen sein soll, bedarf sie des Schutzes auch gegen gesellschaftliche Beeinträchtigungen.»

nya[223] rättighetsteorier, vilka på olika sätt försöker utveckla, komplettera, modifiera eller upphäva den ännu dominerande klassiska rättighetsläran.

7.5.2 *Genomgång av de viktigaste nya teorierna*

7.5.2.1 Inledande anmärkningar

Ett antal försök har i den tyska doktrinen gjorts att sammanställa de olika teorierna och indela dem i olika huvudgrupper,[224] såväl efter strikt rättsliga kategorier[225] som utgående från vilka politiska ideologier som inspirerat respektive teori.[226] Här följs de vanligaste rent rättsliga indelningarna, varvid huvuddragen i de olika teorierna – vilka sträcker sig från tanken att rättigheternas främsta funktion är att ge enskilda en rätt att kräva prestationer från staten på ett visst område till de redan berörda försöken att rekonstruera den klassiska läran – och vissa speciella frågor penetreras närmare.

Innan denna genomgång inleds kan det dock påpekas att gränserna mellan de olika teorierna inte alltid är knivskarpa. Både värdeteorin och vad som här kallas det institutionella betraktelsesättet har t.ex. ett klart samband med diskussionen om rättigheternas s.k. dubbelkaraktär. I viss mån kan det därför hävdas att det inte rör sig om ett antal olika, väsensskilda rättighetsteorier utan om variationer på samma tema, där tyngdpunkten i olika fall läggs på olika aspekter.

7.5.2.2 Värdeteorin: rättigheterna som uttryck för bestämda värden

En av de inflytelserikaste moderna teorierna är tanken att rättigheterna representerar vissa bestämda värden eller objektiva principer, vilka är gemensamma för rättsordningen i dess helhet och inte bara kan åberopas på det statsrättsliga området. Detta sätt att se på rättigheterna har i några fall kommit till uttryck i författningsdomstolens praxis.[227]

Grundläggande är ett uttalande i Lüth-avgörandet från 1958[228], där domstolen, som nämnts, efter att ha konstaterat att rättigheterna i första hand är ett värn för den enskilde mot staten, även fann att »das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will..., in seinem Grundrechtsabschnitt

223. Jfr beträffande det nya – jämfört med äldre doktrin – i dessa teorier och bakgrunden härtill Schlink, a.a.s. 463.
224. Se t.ex. Bleckmann, a.a. § 11, Böckenförde, a.a.s. 1529-1538, Hesse, a.a.s. 430 ff, Ossenbühl, a.a. och Klaus Kröger, Grundrechstheorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden 1978 kap. II.
225. T.ex. Hesse, Ossenbühl och Bleckmann.
226. Främst Böckenförde. En delvis förmedlande riktning står däremot Kröger för. – Kritik mot flera av de nya teorierna, just på den grunden att de i själva verket till sin karaktär är politiska och inte juridiska, har f.ö. framförts av Schlink i EuGRZ 1984 s. 462: »Die Entwicklung der neueren Grundrechtsdiskussion ist auch eine Entwicklung der Verrechtligung der Politik. Politische Positionen, die sich im politischen Prozess nicht hinreichend berücksichtigt sahen, haben immer wieder ihre Verstärkung durch ihre Verankerung in den Grundrechten gesucht. Manche Grundrechtskonzeptionen tragen ihre politische Absicht deutlich auf der Stirn...» Se även Rüfner, a.a.s. 464.
227. Se för genomgång av denna praxis på området H. Schneider, a.a.s. 154 not 8 samt Böckenförde i Staat, Verfassung, Demokratie s. 50. Se även, beträffande domstolens anammande och bruk av teorin och hur domstolens praxis därigenom ursprungligen utvecklades, Ossenbühl, a.a.s. 2101.
228. BVerfGE 7, 198 (204 f.)

auch eine objektive Wertordnung (min kursivering) aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt...Dieses Wertsystem...muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung *für alle Bereiche des Rechts gelten* (d:o); Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.»

Innebörden av att rättigheterna ges denna vittgående tolkning är dels att de i konkreta fall ses som uttryck för bestämda värden, varvid frågan om de kan begränsas får avgöras med utgångspunkt från vilka värden begränsningen tjänar[229], dels att de påverkar rättsordningen i dess helhet, alltså inte bara förhållandet mellan enskilda och offentliga myndigheter i t.ex. rent processrättsliga sammanhang utan också rättsförhållanden mellan enskilda i olika avtalsförhållanden o.dyl (rättigheternas s.k. *Ausstrahlungswirkung*). Tanken är att samtliga rättsliga förhållanden, även civilrättsliga, skall tolkas i ljuset av GG:s rättighetsregler:

> Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen entfaltet sich im privatrecht *durch das Medium* (min kursivering) der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherschenden Vorschriften...Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.[230]

Ett avgörande som illustrerar hur värdeteorin kan ges en praktisk tillämpning, men där samtidigt betydelsen av själva värdeavvägningen reducerades (varför det i viss mån visar teorins svaghet) kom i det s.k. Blinkfüer-målet.[231]

Bakgrunden var att utgivaren av en i Hamburg utkommande veckotidning vid namn Blinkfüer väckt skadeståndstalan vid allmän domstol mot vissa större tidningsförlag med dominerande ställning i Hamburgregionen, bl.a. Springerpressen, för att dessa efter Berlinmurens byggande uppmanat tidningshandlare till köpbojkott av tidningar som innehöll program och tider för östtyska radio- och TV-sändningar. Blinkfüer innehöll sådana program och tidningen led ekonomisk skada av bojkotten. BGH, den högsta allmänna domstolen, vägrade emellertid att utdöma något skadestånd till tidningen, med motiveringen att bojkottuppmaningen var en del av tidningsförlagens yttrandefrihet (ett ställningstagande som f.ö. låg väl i linje med författningsdomstolens avgörande i Lüth-målet). Utgivaren av Blinkfüer anförde då författningsbesvär mot denna dom.

BVerfG konstaterade till att börja med – med hänvisning till Lüth-avgörandet – att tvisten mellan parterna var rent civilrättslig, men att detta inte hindrade domstolen från att pröva besvären, emedan »(D)ie vom GG in seinem Grundrechtsabschnitt aufgerichtete objektive Wertordnung wirkt jedoch auf die Auslegung dieser Vorschriften ein, soweit sie einer solchen im Lichte der verfassungsrechtlichen Normen fähig sind.» Här betonas således att GG verkligen ger uttryck för en värdeordning, liksom rättigheternas »Ausstrahlungswirkung».[232]

I själva sakfrågan fann BVerfG så, att en bojkottuppmaning visserligen är tillåten som ett led i opinionsbildning och som ett inslag i ett meningsutbyte mellan konkurrerande uppfattningar, men inte som konkurrensmedel, särskilt inte då företag med dominerande ställning på marknaden an-

229. Jfr Alexy, Theorie der Grundrechte s. 267: »Eine Einschränkung der Grundrechte ist nur dann zulässig, wenn gegenläufigen Prinzipien im konkreten Fall gegenüber dem grundrechtlichen Prinzip ein höheres Gewicht zukommt.» Här finns således, som framgår ytterligare nedan, ett klart samband med Abwägungmetoden.
230. Citatet (ett exempel på s.k. *medelbar* Drittwirkung) från BVerfGE 7, 198, 205. Jfr beträffande Ausstrahlungswirkung även BVerfGE 24, 278 (281 f), 25, 256 och 35, 202 (219) samt beträffande resonemangets vidare konsekvenser, dvs frågan om eventuell Drittwirkung, nedan kap. 7.6.
231. BVerfGE 25, 256.
232. Se 25, 256, 263 samt jfr om Ausstrahlungs- och Drittwirkung nedan kap. 7.6.

vänder åtgärden för att undertrycka avvikande eller konkurrerande uppfattningar. »Die Ausübung wirtschaftlichen Druckes, der für den Betroffenen schwere Nachteile bewirkt und das Ziel verfolgt, die verfassungsrechtlich gewährleistete Verbreitung von Meinungen und Nachrichten zu verhindern, verletzt die Gleichheit der Chancen beim Prozess der Meinungsbildung.» Bojkottuppmaningen skyddades därför inte av art. 5 st. 1 GG och kränkte också den pressfrihet som Blinkfüer åtnjöt enligt art. 5 st. 1 p. 2, varför målet återförvisades till BGH.

Det bör noteras att BVerfG kom fram till detta slut utan att, på det sätt som BGH gjort, väga de i målet berörda värdena – förlagens yttrandefrihet, Blinkfüers yttrandefrihet och önskvärdheten att östtysk propaganda fick en så begränsad spridning som möjligt – mot varandra. Såtillvida betecknar avgörandet ett positionsskifte i förhållande till Lüth-målet och en ökad benägenhet hos BVerfG att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, något som givetvis försvagar värdeteorins bärkraft.[233]

Den kritik som i olika sammanhang framförts mot värdeteorin går bl.a. ut på att BVerfG, trots sin rikhaltiga praxis på området[234], inte preciserat vad begreppet objektiv värdeordning egentligen innebär utan snarare vid olika perioder tyckts vara benägen att lägga in helt olika aspekter i detta uttryck.[235] Existerar det överhuvudtaget i samhället en allmänt accepterad värdeordning med kriterier som är tillräckligt objektivt preciserade för att kunna ligga till grund för en konsistent rättspraxis?[236] Att uppställa en sådan, för framtida rättspraxis tillämplig, bestämd värdeskala torde vara förknippat med väldiga problem.[237] Är då inte författningsdomstolens tal om en värde(rang)ordning blott en läpparnas bekännelse, som döljer att enskilda mål i stället avgörs genom rättvisehänsyn, genom Abwägung mellan olika värden i enskilda fall?[238] I några fall har ju också BVerfG öppet uttalat att avvägningen måste ske på ad hoc-basis[239], varför det kanske vore mer konsekvent om domstolen övergav alla anspråk på att tillämpa en generell teori i dessa fall. Andra kritiska synpunkter är att teorin leder till att rättigheternas skyddszon kommer att få det omfång som stämmer överens med de vid varje tidpunkt rådande moraliska värderingarna i samhället, vilket i så fall motverkar enhetlighet och rättssäkerhet i rättstillämpningen och riskerar att göra den enskildes frihet till något relativt, något vars existens beror på rådande attityder i ett samhälle.[240] Vidare har anförts att teorin

233. Jfr Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976 s. 27 ff.
234. Se t.ex. BVerfGE 6, 55; 24, 135; 25, 256; 30, 173 och 35, 202.
235. Se t.ex. Bleckmann, a.a.s. 253 och Kröger, a.a.s. 21-23.
236. Jfr H. Schneider, a.a.s. 222 not 7 med genomgång av olika ståndpunkter i doktrinen i denna fråga.
237. Jfr ovan i avsnitt 7.4.1.2. Detta är f.ö. den huvudtes Schlink driver i Abwägung im Verfassungsrecht; se närmare s. 17 ff, 128 ff o. 152 f.
238. Jfr ovan om BVerfGE 25, 256 (Blinkfüer), nedan s. 255 om Krögers kritik samt bl.a. Winfried Brugger, Grundrechte, Grundsätze und verantwortliches Handeln aus verfassungsrechtlicher Sicht, i J. Schwartländer (utg.), Menschenrechte und Demokratie, Kehl/Strasbourg 1981 s. 33 not 24 med vidare hänvisningar. Jfr dock Rüfner, a.a.s. 465. Jfr om motsvarande synpunkter i amerikansk rätt Aleinikoff, a.a.s. 980-91, anförd i kap. 10.14.3.2 under b, på s. 460 ff.
239. Se bl.a. vapenvägrarmålet, BVerfGE 28, 243, och beslutet om den postuma skymfningen av Heinrich Böll, anm. ovan i avsnitt 7.2.1.2 på s. 222 vid n. 73. Tredje kammaren i första senaten gav uttryck för en liknande uppfattning i ett beslut den 25 augusti 1994 om en man som förfärdigat en form av dekal med texten »Soldaten sind Mörder»; se NJW 1994 s. 2943.
240. T.ex. Starck, Constitutional Definition and Protection..., s. 37 samt Böckenförde, a.a.s. 1534.

helt enkelt är för abstrakt för att kunna vara praktiskt användbar.[241]

Stöd för värdeteorin och dess effekter har i doktrinen bland annat givits av Häberle, som mot bakgrund främst av Lüth-domen finner det klarlagt att GG innehåller en rangordning av värden, varför det är naturligt att en rangordning eller värdering av rättigheterna äger rum i enskilda fall:

> Es kann für jedes Grundrecht gesondert ermittelt werden, welche Rechtsgüter ihm gleich- und höherwertig sind, welchen Rang und welches Gewicht es im Rechtsgüterschutzsystem des GG einnimmt...Das Grundrecht ist eine Grösse, die in der jeweiligen Konfliktsituation gleichsam »neu» entsteht und jeweils von Fall zu Fall aktualisiert und konkretisiert wird...[242]

Som synes bygger detta resonemang på att det verkligen är möjligt att rangordna rättigheterna och tillerkänna dem skilda värden. En djupgående kritik framförallt mot resonemangets konsekvenser för enskilda fall har förts fram av Schlink. Denne vänder sig mot all s.k. *Güterabwägung*, dvs avvägning i enskilda fall mellan olika, var för sig skyddsvärda intressen. Abwägung har alltsedan Lüth-domen varit ett vanligt inslag i domstolens praxis vid bedömningen av rättighetskollisioner och tillåtligheten av -begränsningar. Tekniken har således utvecklats av BVerfG, inte i doktrinen. Värdeteorin hänger i praktiken nära samman med ett anammande av Abwägung-metoden, emedan teorin förstår rättigheterna som värden, som skyddsvärda intressen vilka i konkreta fall skall vägas mot andra rättigheter (kollisionsfall) eller mot väsentliga statliga och allmänna intressen. Teoretiskt sett kan det som antytts finnas två utgångspunkter för hur avvägningen som sådan skall ske; antingen är denna principiell och utgår från en fixerad värdeskala, där vissa rättigheter och värden definitivt tillerkänns högre vikt än andra, eller också är den av ad hoc-karaktär, varvid det får avgöras från fall till fall vilken rättighet eller vilket värde som skall ges företräde.[243]

Utgångspunkten för Schlinks kritik är att domstolen i Lüth-avgörandet egentligen inte gjorde en avvägning mellan olika rättigheter, utan endast mellan olika personers konkreta utnyttjande av rättigheterna.

Bakgrunden var att en lokalpolitiker i Hamburg, Lüth, 1950, i egenskap av ordförande i Hamburgs pressförening uppmanat till allmän bojkott av en film som regisserats av Veit Harlan, en regissör som tidigare varit flitigt anlitad av naziregimen. Landgericht i Hamburg förbjöd Lüth att offentligt uppmana till bojkott av filmen, varefter Lüth anförde författningsbesvär. BVerfG prövade om Lüths yttrandefrihet vägde tyngre än de rättigheter som Harlan och filmbolaget anförde till stöd för sin sak (art. 2, 12 och 14) och kom efter noggrann prövning fram till att så var fallet.[244] Schlinks kritik bottnar i att det som vägdes mot vartannat – och det som så småningom vägde över till Lüths fördel – inte var de olika rättigheterna som sådana utan det faktiska utövande av rättigheterna som parterna gjort i det konkreta fallet, varefter Lüths yttrandefrihet i just detta fall bedömdes ha högre »Qualität des Grundrechtsgebrauchs».[245] Följaktligen är det fråga om en avvägning av ren ad hoc-karaktär.

241. T.ex. Ossenbühl, a.a.s. 2107 och Roellecke, a.a.s. 38 (som t.o.m. menar att teorin när den skall tillämpas i praktiken kommer nära den rena begreppsjurisprudensen).
242. A.a.s. 31 ff, främst s. 33 o. 35.
243. Ett exempel på principiell balancing i amerikansk rätt är New York v. Ferber, 458 U.S. 747. Se kap. 10.14.3.2 under b. på s. 459.
244. Se om fallet och författningsdomstolens resonemang Schlink, a.a.s. 17 ff.
245. Ibid. Denna kritik förstärks givetvis av att BVerfG senare i Blinkfüer-målet bedömde en bojkottuppmaning på ett helt annat sätt; jfr Schlink, s. 29.

Schlink tycker sig sedan se samma tendenser i ett antal andra avgöranden från BVerfG och vidgar kritiken mot detta avgörande till en kritik mot Abwägung-metoden som sådan.[246] Principiellt närliggande är Krögers kritik mot hur värdeteorin använts i författningsdomstolens praxis. Kröger undrar var BVerfG kan finna grunderna och motiven för att tillerkänna olika former för utövande av likvärdiga rättigheter olika vikt. Som han konstaterar kan denna värderingsmetod inte härledas ur GG, varför mycket talar för att rent praktiska överväganden ligger till grund för domstolens praxis. Kröger poängterar att rena effektivitetsöverväganden inte förtjänar beteckningen värdeteori.[247]

Sammanfattningsvis finns det två former av kritik mot värdeteorin, så som denna utvecklats i författningsdomstolens praxis. Den ena, företrädd av bl.a. Kröger och Schlink, vänder sig mot domstolens överdrivna teoretiska anspråk och vad som kanske kan uppfattas som ett terminologiskt missbruk av begreppet teori. Den andra huvudlinjen i kritiken vänder sig mot de negativa sidorna av den ad hoc-praxis som tycks dominera i praxis, dvs minskad rättssäkerhet, risk för trendkänslighet osv; dessa argument har förts fram av bl.a. Starck och Böckenförde[248] men ligger också bakom mycket av Schlinks kritik.

Ett engagerat stöd för Abwägungstekniken har däremot utvecklats av Alexy. Enligt denne är det i och för sig inte säkert att Abwägung alltid leder till ett materiellt riktigt resultat, men däremot att tekniken, riktigt använd, trots allt erbjuder de **bästa** möjligheterna att lösa intrikata frågor av denna typ – dvs om en rättighetsbegränsning i ett konkret fall är godtagbar eller inte – på ett korrekt sätt. Därför är det, enligt Alexy, viktigt att det alltid finns **en möjlighet** att bedöma tillåtligheten av en rättighetsbegränsning genom Abwägung:

> Dies heisst nicht, dass in jedem Fall umfangreiche Abwägungen vorzunehmen sind. Es heisst aber, dass auch kläre grundrechtliche Nicht-Schutzes das Ergebnis einer Abwägung sind und dass die Abwägungsmöglichkeit für alle Fälle offenzuhalten ist...Grundrechtliche Urteile sind *nur dann richtig* (min kursivering), wenn sie das Ergebnis einer zutreffenden Abwägung sein können. Werden sie abwägungsfrei begrundet, so hängt ihre Richtigkeit davon ab, ob das abwägungsfrei begründete Ergebnis auch das Ergebnis einer zutreffenden Abwägung sein kann.[249]

Denna syn bygger på en stark tilltro till domstolarna och leder fullt tillämpad till att dessa får en stark maktställning. Uppfattningen är därför svårförenlig med en annan tendens i modern rättighetsdebatt, nämligen den som varnar för att domstolarna utövar

246. A.a.s. 152. En nästan exakt likadan kritik mot överdrivet bruk av balancing i amerikanska domstolar har framförts av Aleinikoff, a.a.s. 980 ff. Se närmare kap. 10.14.3 under b.
247. A.a.s. 20 ff: »Es bleibt der Eindruck, dass die Lösungen des Bundesverfassungsgerichts mehr praktisch gegriffen als theoretisch begründet sind.» Jfr f.ö. H. Schneiders slutsats, a.a.s. 237, om författningsdomstolens praxis i Abwägungsmål: »Wie der Güterkonflikt letzlich entschieden wird, ist eine Frage der Einzelfallentscheidung...»
248. Se Starck, a.a.s. 37 o. Böckenförde, a.a.s. 1534.
249. A.a.s. 290. Se närmare om den rättighesteori som Alexy i anslutning härtill utvecklar (»die weite Tatbestandstheorie») a.a.s. 291 ff samt i Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse s. 146 f. Av den starka tro på effektiviteten och värdet i bruket av Abwägungmetoden Alexy har, följer f.ö. att det enligt honom inte behöver vara något negativt, utan tvärtom i praktiken kan innebära ett förstärkt rättighetsskydd, om antalet fall av rättighetskollisioner skulle öka. Jfr Theorie...s. 298-99: »Was ebenso zählt, ist der materielle grundrechtliche Schutz.»

för mycket politisk makt och vill ålägga domstolarna en viss återhållsamhet vid lagprövning, särskilt i frågor med politiska implikationer.[250] Denna rädsla för domstolsmakt har dock, som framgår i avsnitt 7.7, varit mindre livlig i Tyskland än i många andra länder, vilket är av viss betydelse i sammanhanget.

7.5.2.3 DET INSTITUTIONELLA BETRAKTELSESÄTTET

Häberle är en av värdeteorins främsta försvarare men har haft än större inflytande på den s.k. institutionella teorin. Denna teori, som är besläktad med värdeteorin men går ett steg längre[251], betonar också rättigheternas karaktär av för hela rättsordningen gemensamma objektiva principer. En eventuellt rättighetsbegränsande lag ses emellertid i normalfallet inte främst som ett ingrepp i den grundlagsskyddade friheten, utan som ett möjliggörande, ett förverkligande eller en konkretisering av denna frihet.[252] Med Häberles egna ord:

> Die individuelle Freiheit bedarf...der institutionellen Seite der Grundrechte sowie der diese anreichernden Normenkomplexe. Diese geben ihr Richtung und Mass, Sicherheit und Geborgenheit, Inhalt und Aufgabe...Die individuelle Freiheit bedarf objektiver Ordnungen, in denen sie sich bewähren und entfalten kann...[253]

Stöd för teorin finns till viss del i själva GG. Vissa rättighetsregler ger onekligen grundlagsskydd åt rättsliga institutioner som sådana, t.ex. pressen, art. 5 st. 1 p. 2, äktenskapet och familjen, art. 6 och utbildningsväsendet, art. 7.[254] Även denna teori kan dessutom hämta stöd från författningsdomstolens praxis, där olika rättigheter inte sällan i konkreta fall ansetts skyddsvärda just i sin egenskap av rättsligt erkända institutioner; så t.ex. äganderätten[255] och pressens yttrandefrihet.[256]

Kritiken mot denna teori går främst ut på att den inte alls i tillbörlig utsträckning tar hänsyn till den individuella friheten i mer traditionell mening, utan i alltför hög grad vill inrikta, orientera grundlagstolkningen mot den omgivande sociala verkligheten. Tolkningen tycks vilja underordna den individuella friheten vissa bestämda mål.[257] Även om Häberle som i citatet ovan menar sig lyfta fram rättigheternas objektiva eller institutionella sida i individernas intresse, framstår teorin, genom sin påfallande positiva syn på lagstiftarens möjligheter att förverkliga eller konkretisera individernas frihet, som kollektivistisk. Det är svårt att inte misstänka att den domstol som skulle anamma synsättet

250. Jfr kap. 3.3.2 samt beträffande amerikansk rätt på denna punkt främst kap. 10.14.3.2 under a. Se närmare om hur Alexys teori förhåller sig till den amerikanska doktrinen på området kap. 10.14.3.2 under b.
251. Jfr Ossenbühl s. 2103: »Die in den Grundrechten als wertentscheidende Grundsatznormen zum Ausdruck kommende objektivrechtliche Dimension findet in der Ausdeutung der Grundrechte als institutioneller Gewährleistungen eine weitere variante.»
252. Jfr Alexy, a.a.s. 303. – Se allmänt om läran Ossenbühl, a.a.s. 2103 f, Böckenförde, a.a.s. 1532 f, Hesse, a.a.s. 432 och Kröger, a.a.s. 24-26.
253. A.a.s. 98.
254. Jfr ovan kap. 7.1.3 om de institutionella rättigheterna, Einrichtungsgarantien. Jfr även Stern III s. 793.
255. BVerfGE 24, 367 (389).
256. BVerfGE 10, 121 och 20, 162 (175 f). – Se för genomgång av praxis härvidlag Borchardt, a.a.s. 120 not 17.
257. Se Ossenbühl och Böckenförde, a.a. och Stern III s. 793 f.

skulle få svårt att konsekvent värna den individuella friheten, eftersom det institutionella betraktelsesättet tycks inrymma en acceptans av tämligen långtgående rättighetsbegränsningar.[258]

7.5.2.4 RÄTTIGHETERNA SOM DEN ENSKILDES KRAV PÅ EN PRESTATION FRÅN STATEN

I doktrinen har frågan ibland ställts[259], om rättigheterna kan sägas ge enskilda en rätt till prestationer – t.ex. pensioner eller socialbidrag[260] – även när förutsättningarna för att uppfylla det, kanske lagstödda, anspråk som den enskilde har inte föreligger. (Som bl.a. Böckenförde konstaterat är det konkreta skyddet för sociala och ekonomiska rättigheter i Tyskland som på andra håll avhängigt statens ekonomiska läge.[261])

Det är ett faktum att GG inte innehåller några regler om sociala rättigheter, förutom de allmänna proklamationerna i art. 20 och 28. Dessa regler kan sägas grunda en skyldighet för staten att sörja för att en viss social standard upprätthålls[262], en skyldighet som dock inte är tillräckligt preciserad för att ge enskilda några konkreta rättigheter i form av omedelbara, grundlagsskyddade anspråk på specifika prestationer.[263]

BVerfG ställde i ett av de få avgöranden som tangerade dessa för de sociala rättigheternas ställning avgörande frågor, Numerus-Clausus-Urteil[264], frågan om de nämnda principuttalandena i GG under vissa förutsättningar kunde förplikta utbildningsväsendet att tillhandahålla en viss utbildningskapacitet (och följaktligen även ge enskilda medborgare ett anspråk på att studieplatser skulle tillhandahållas). Frågan fick dock inte något definitivt svar i detta mål, där det bara konstaterades att en ovillkorlig sådan rätt till utbildning för enskilda, *oberoende av rådande omständigheter*, inte fanns (vilket framstår som ganska självklart). Den rätt till högre studier som följer av den grundlagsskyddade rätten till fritt yrkesval i art.12 st.1 p.1 i förening med den allmänna likhetsprincipen i art. 3 st. 1 GG kan därför inskränkas genom lag. BVerfG avvisade dock inte kategoriskt tanken på någon form av rätt för medborgarna att kräva en viss prestation från statens sida.[265]

258. Jfr Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen s. 53: »Der Begriff der objektiven Dimension der Grundrechte kann dadurch definiert werden, dass diese keine Norm enthält, die ein Grundrecht in Gestalt eines subjektiven Rechts gewährt.»
259. Jfr t.ex. Hesse i EuGRZ 1978 s. 433.
260. Eller rentav – kanske som ett alternativ till dessa kostbara krav – till kulturella upplevelser; jfr härom Ossenbühl, a.a.s. 2102 om innebörden av BVerfGE 36, 321.
261. A.a.s. 1536. Se även Starck, Constitutional Definition and Protection... s. 42-43 samt Brugger, a.a.s. 38.
262. Jfr Hesse s. 433.
263. Det bör därvidlag särskilt beaktas att dessa prestationers förverkligande – i avsaknad av uttryckliga grundlagsregler – i praktiken helt avgörs av regering och förbundsdag. Ibid samt Kröger s. 29-30. Se för en fördjupad diskussion om dessa rättigheters speciella karaktär Alexy, Theorie der Grundrechte s. 395 ff.
264. BVerfGE 33, 303 (330, 333).
265. De uttalanden i målet (på s. 333 f) vilka möjligen kunde tolkas som att enskilda bestämmelser i GG under vissa förutsättningar borde kunna ge enskilda tyska medborgare en s.k. *Teilhaberecht* (»delägarrätt») har kritiserats hårt av bl.a. Ossenbühl, som menar att det redan av art. 12 i förening med likhetsgrundsatsen följer att alla tyskar är likaberättigade såvitt gäller tillträde till högre studier, varför den särskilda konstruktionen med en alla medborgares delägarrätt är överflödig. Se a.a.s. 2104-05 (»Alles in allem kann man die Teilhaberechtskonstruktion des BVerfG nicht anders denn als eine mit progressiver Attitude versehene Modekategorie bezeichnen, die für die gestellten Grundrechtsprobleme...völlig unnötig ist, im Gegenteil nur Fehlvorstellungen und Fehlerwartungen provoziert...»).

7.5.2.5 RÄTTIGHETERNAS DUBBELKARAKTÄR

Tanken att rättigheterna ger enskilda en rätt att kräva prestationer från statens sida kan, liksom f.ö. den klassiska teorin om rättigheterna som i första hand ett skydd för den enskildes från statliga ingrepp skyddade sfär, sägas utgå från att rättigheterna har en subjektiv sida och främst är av vikt för enskilda individer (i det ena fallet som skydd mot, i det andra som grund för krav på staten). Däremot framhäver t.ex. värde- och institutionsteorierna snarare rättigheternas så att säga objektiva, yttre sida, deras praktiska förverkligande, utformning och betydelse för övriga delar av rättsordningen. Eftersom vissa av teorierna således är svårförenliga med varandra kan det sägas vara en naturlig, förmedlande åsikt att rättigheterna framförallt utmärks av sin dubbla karaktär (*Doppelcharakter*).[266] Denna uppfattning ligger följaktligen nära till hands för dem som förespråkar t.ex. värde- eller institutionsteorin, men ändå inte förnekar att rättigheterna även har en viktig subjektiv sida i form av ett skydd för individen.[267]

Debatten om huruvida rättigheterna främst eller blott har en »subjektiv» eller »objektiv» sida – eller en dubbelkaraktär – handlar i hög grad om hur rättighetsreglernas funktion i ett modernt samhälle uppfattas.[268] Är deras enda – eller främsta – funktion att ge den enskilde skydd mot staten, eller har de också funktionen att bidra till förverkligandet av vissa samhälleliga mål – t.ex. genom att möjliggöra ett mer aktivt deltagande, en medverkan i samhällets angelägenheter för enskilda medborgare?[269]

Uppfattningen om rättigheternas dubbelkaraktär har i doktrinen förutom av Häberle[270] framförallt företrätts av Hesse, som därvidlag tagit begreppet »*Aktualisierung*», förverkligande av rättigheterna, till utgångspunkt.[271] Även om Hesse inte anser att detta leder till någon förpliktelse för enskilda medborgare att ta del i gemensamma angelägenheter, är det ingen tvekan om att det är den klassiska bilden av den aktive, engagerade medborgaren som så att säga utnyttjar sin frihet i samhällets tjänst han har i tankarna. Här finns vissa kopplingar till äldre tysk statslära, främst Georg Jellineks tankar; Jellinek skilde i förhållandet mellan medborgare och stat mellan medborgarnas negativa status (status libertatis), positiva status (status civitatis) och aktiva status (Status der aktiven Zivität).[272] Översatt till modernare läror kan teorin om rättigheterna som i första hand Abwehrrechte, som skydd för enskilda gentemot staten, sägas motsvara Jellineks negativa status, medan

266. Se t.ex. Häberle, a.a.s. 71: »Dieser Doppelcharakter der Grundrechte – man könnte von einer »Janusköpfigkeit» sprechen – kennzeichnet ihr Wesen. Beide Seiten, die individualrechtliche und die institutionelle, bilden in ihrer Gesamtheit das »Grundrecht». Sie verstärken sich gegenseitig.»
267. T.ex. Hesse i Grundzüge... Rdnr 290.
268. En mycket utförlig genomgång av denna diskussions ursprung och utveckling ges i Stern III §§ 65-69 (s. 477-994). För en något mer överskådlig framställning härom hänvisas till Alexy i Der Staat 1990 s. 49 f eller Böckenförde i Staat, Verfassung, Demokratie s. 159-199.
269. Så t.ex. Hesse, a.a. Rdnr 288. Se beträffande den negativa friheten även Starck, Constitutional Definition...s. 25.
270. Se främst s. 97 ff.
271. Se t.ex. Grundzüge...§ 293: »Der Bedeutung der Grundrechte als subjektiver Rechte, die um ihrer Aktualisierung willen gewährleistet sind, korrespondiert ihre objektivrechtliche Bedeutung als Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens, durch die der Status des Einzelnen ausgestaltet, umgrenzt und geschützt wird, die aber ihrerseits erst Wirklichkeit gewinnen kann, wenn sie durch Aktualisierung der Grundrechte als subjektiver Rechte mit Leben erfüllt wird.»
272. I System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 uppl, Tübingen 1905, kap. VIII-X. Se härom samt allmänt om Jellineks lära Pierroth/Schlink s. 21 ff och Starck, Constitutional Definition... s. 38 ff.

tanken att rättigheterna kan ge enskilda krav på en prestation från staten i viss mån motsvarar status civitatis i äldre doktrin. Hesses tankar motsvarar klassiska ideal om medborgarens aktiva status och det är, som Pierroth/Schlink uttrycker saken[273], när den enskilde aktivt utnyttjar sin frihet i statens tjänst som en dubbel funktion hos rättigheterna kan iakttas; den enskildes frihet kommer staten till godo samtidigt som den enskilde endast kan utnyttja sin frihet inom staten (vilken därför kan ses som en garant för friheten). Det bör emellertid med Hesse själv påpekas att regleringen av rättighetsreglerna i GG så gott som helt avviker från Jellineks lära.[274]

Denna syn på rättigheternas funktion är följaktligen föga förenlig med den klassiska synen på rättigheterna som i första hand ett skydd för den enskilde mot staten. En invändning mot detta försök att jämställa de två sidorna hos rättigheterna är givetvis att det är vanskligt att utgå från att de olika aspekterna är lika betydelsefulla för den enskilde som för staten, liksom att teorin inte tillerkänner rättigheternas **egenvärde** tillräckligt stor betydelse.[275] Starck vänder sig med kraft mot tanken på medborgarens aktiva status som sådan, eftersom han menar att den kan leda till att medborgarens utnyttjande av sin frihet på visst, »samhällsnyttigt» sätt blir en plikt.[276] (Som Starck konstaterar finns en motsättning däri att demokratin för sitt fortbestånd i och för sig är beroende av en viss medborgerlig politisk aktivitet, samtidigt som en demokratisk rättsstat inte kan tvinga sina medborgare till politisk aktivitet.[277]) Risken är tydlig att teorin, omsatt i praktiken, leder till att det blir lättare att begränsa rättigheterna med hänvisning till att det är deras objektiva sida, deras betydelse för samhället och rättsordningen i stort som är av egentlig betydelse, inte deras skyddsfunktion för enskilda individer.[278]

För anhängare av den klassiska teorin om rättigheternas primära funktion som Abwehrrechte – vilken således ännu har en stark ställning i doktrinen – ligger det därför närmare till hands att, som Starck, betrakta rättigheternas subjektiva sida som det väsentliga, som grunden för rättighetsskyddet i GG, medan deras objektiva sida enbart tillerkänns en sekundär, kompletterande funktion.[279] Denna uppfattning saknar inte stöd i författningsdomstolens praxis.[280] Å andra sidan kan ett antal avgöranden från BVerfG, där domstolen förklarat att den människouppfattning som ligger till grund för GG inte är bilden av enskilda, isolerade men suveräna individer utan den av medborgare orienterade mot och bundna av den samhälleliga gemenskapen, av den som så önskar tolkas som stöd för tanken på medborgarens aktiva status.[281]

273. A.a.s. 22 (Rdnr 80).
274. Grundzüge, Rdnr 281. Se även Starck, a.a.s. 38.
275. Jfr Kröger, a.a.s. 20.
276. A.a.s. 37, 39 f. Se närmare kap. 20.
277. Ibid: »A crucial feature of the constitutional state lies in that it cannot positively guarantee its own basis for existence without contradicting its own presuppositions.»
278. Häberle är i vart fall inte främmande för att så kan bli fallet, men tycks inte se någon fara häri. A.a.s. 100: »Dem Gehalt der Grundrechte wird man demnach nur dadurch gerecht, dass man von ihren beiden »Seiten» wechselseitig aufeinander schliesst. Dies bedeutet u.a., dass gegebenenfalls Begrenzungen der Grundrechte als subjektive Individualrechte zulässig sind im Interesse der Grundrechte als Institute...» Starck fruktar däremot denna utveckling desto mer; se närmare Constitutional Definition and Protection...s. 35.
279. A.a.s. 37.
280. Här kan hänvisas till avgörandet BVerfGE 50, 290 (337), där BVerfG uttryckligen omnämner rättigheternas funktion som objektiva garantier för rättsordningen som sekundära.
281. Här kan hänvisas till BVerfGE 4, 7 (15 f).

I detta sammanhang bör också något sägas om den s.k. demokratiskt-funktionella teorin. Företrädarna för denna inriktning, som inte längre tycks vara särskilt inflytelserik i tysk doktrin,[282] kan sägas gå ett steg längre än Hesse gör när han talar om rättigheternas Aktualisierung (och därmed deras dubbelkaraktär), eftersom den demokratiskt-funktionella teorin **helt** utgår från en objektiv sida av de medborgerliga rättigheterna, nämligen deras politiska betydelse. Följaktligen står de för demokratin och den politiska processen särskilt betydelsefulla rättigheterna – yttrandefriheten, mötes- och föreningsfriheten – i förgrunden, men teorin har en vidare syftning och ser **alla** rättigheter som faktorer i en politisk process, varför skyddet av dem i första hand skall syfta till att underlätta denna process.[283] Rättigheterna får enligt detta synsätt sin legitimitet främst genom den offentliga roll, den »demokratie-konstituierende Aufgabe»[284], de har.

Teorin är därför inte identisk med den främst från USA kända läran om preferred position principle, som generellt tillerkänner vissa rättigheter starkare skydd än andra[285] – ett synsätt som BVerfG aldrig ananmmat. Det har däremot förekommit att yttrandefrihet givits starkare skydd när den begagnats för politiska syften och i den offentliga debatten än i andra fall.[286] En sådan uppdelning ligger mer i linje med denna teori.

Som Kröger konstaterat[287] har denna teori en del gemensamt med värde- och institutionsteorierna, nämligen en objektivisering av rättigheternas funktion och en önskan att ställa dem i samhällets (»Die Gesamtordnung») tjänst, samtidigt som den skiljer sig från de andra teorierna genom att skyddet av rättigheterna helt inriktas på en enda aspekt, nämligen deras betydelse för den politiska processen. Kröger är av flera skäl – enligt min mening med all rätt[288] – starkt kritisk mot tanken att enbart det politiskt inriktade utövandet av en medborgerlig rättighet skulle förtjäna rättsligt skydd. För det första konstaterar han att detta lär leda till en diskriminering av politiskt icke särskilt aktiva medborgare[289] och för det andra att det innebär en relativisering av rättigheterna, eftersom det är omöjligt att en gång för alla slå fast vilken en rättighets politiska funktion är. Och, som Kröger uttrycker det, »Was bleibt dann noch – so ist zu fragen – von der individuellen Freiheit des Bürgers?»[290]

Det finns, utöver vad som sagts ovan i kap. 3.2.2.2, anledning att återkomma till »den demokratiska funktionalismen» och frågan om resonemangets rättsliga konsekvenser. Här behöver vi dock inte fördjupa oss närmare i ämnet, eftersom teorin mer eller mindre tycks ha spelat ut sin roll i tysk rätt och inte på länge influerat rättspraxis.

282. Se för en genomgång av denna teori i doktrinen Kröger, a.a.s. 27.
283. Rättigheterna utgör, som Häberle uttrycker det (s. 17) »die funktionelle Grundlage der Demokratie». – Att just Häberle visar sympati för denna teori är naturligt, eftersom hela grunden för hans teori är att rättigheternas samhälleliga funktion är av primär betydelse; jfr a.a.s. 8 ff: »Die soziale Funktion ist ein dem Recht und besonders den Grundrechten wesentliches Element. In der Erfüllung einer sozialen Funktion erweisen sich die Grundrechte als konstitutive Bestandteile der Verfassung...Wenn hier von einer sozialen Funktion der Grundrechte gesprochen wird, so bedeutet das zugleich eine Absage an eine einseitig individualrechtliche Sicht der Freiheit und erst recht an ein liberales und individualistisches Grundrechtsverständnis...Die soziale Funktion der Rechte variiert von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet. Für die Grundrechte gilt, das individuelles Interesse und soziale Funktion in einem Verhältnis *der Gleichrangigkeit* (min kursivering) zueinander stehen.»
284. Böckenförde s. 1535. Se vidare om teorin främst Ossenbühl s. 2103.
285. Se kap 10.9.3 samt jämför kap. 3.2.2.2, där det demokratiskt funktionella synsättets betydelse i modern amerikansk demokratidebatt (särskilt hos Ely) analyseras.
286. Se vidare Ossenbühl, a.a.s. 2103.
287. A.a.s. 27-28.
288. Jfr den kritiska granskningen av denna demokratiska funktionalism ovan i kap. 3.2.2.2 samt kap. 20 in fine.
289. Jfr Starck, Constitutional Definition... s. 39: »Whether the citizen behaves more passively or actively in public affairs, for example, as a participant in a demonstration or a mere passerby, does not affect his status in defence against public encroachments.»
290. Se för kritik även Böckenförde, a.a.o.s., Hesse, Grundzüge... Rdnr 288 och Starck, a.a.s. 39.

7.6 Drittwirkung – frågan om rättigheternas verkan mot tredje man

Frågan om rättigheternas eventuella verkan gentemot tredje man intar en mellanställning mellan själva teorierna om rättigheternas funktioner och rättsställning och de teoretiska frågor – om ingrepp och begränsningar av rättigheterna, Wesensgehalt m.m. – som direkt knyter an till tolkningen av GG:s regler. Här är det fråga om en särskild, icke förutsedd effekt av GG:s rättighetsregler, som så småningom blivit erkänd genom författningsdomstolens praxis[291] (och därigenom blivit ett rättsligt faktum snarare än en teori om rättigheternas effekter).

I GG finns bara en regel som pekar i riktning mot att rättighetsreglerna av enskilda skulle kunna åberopas inte bara mot staten utan även mot tredje man (andra privatpersoner, företag, fackföreningar m.fl.), nämligen art. 9 st. 3 p. 2, som anger att överenskommelser vilka begränsar rätten att bilda fackföreningar är ogiltiga. Till yttermera visso torde art. 1 st. 3 e contrario kunna tolkas som att rättighetsreglerna inte kan binda någon annan än staten.[292] Uppfattningen om rättigheternas funktioner och rättsliga effekter har dock som nämnts ändrats något sedan 1949, när GG antogs.

Frågan är hur långt en rättighets tredjemansverkan, om nu en sådan erkänns, kan sträcka sig. Som Hesse anmärker[293] skulle det leda till oacceptabla ingrepp i medborgarnas privata sfär och personliga integritet om rättigheterna i full utsträckning var bindande för och kunde åberopas även mot privatpersoner. Vägledande för utvecklingen är även här Lüth-avgörandet, där BVerfG som vi såg i avsnitt 7.5.2.2 kom fram till att rättigheterna, i sin egenskap av objektiva regler och »durch das Medium» av civilrättsliga regler, influerar även civilrätten. Innebörden av domen anses dock inte vara att rättigheterna är omedelbart gällande regler inom civilrätten, men däremot att de kan ge denna riktlinjer och impulser. Som BVerfG uttryckt det:

> So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.[294]

Här är det alltså fråga om rättigheternas utstrålningsverkan, deras Ausstrahlung, och det blir därför fråga om en indirekt, medelbar tredjemansverkan (mittelbar Drittwirkung).[295] Det är också denna indirekta Drittwirkungeffekt av rättighetsreglerna som har stöd i författningsdomstolens praxis; någon omedelbar tredjemansverkan, så att A i ett kontraktsrättsligt förhållande skulle kunna åberopa rättighetsregler i GG gentemot B, har BVerfG aldrig uttalat sig till stöd för.

291. Se för genomgång av utvecklingen i äldre praxis Ossenbühl, a.a.s. 2102 not 28.
292. Jfr Pierroth/Schlink s. 49 och Weber-Fas, a.a.s. 207.
293. I EuGRZ 1978 s. 437.
294. BVerfG 7, 198 (205 f).
295. Detta kan givetvis ses som en del av rättigheternas »institutionella sida», av deras betydelse för rättsordningen i dess helhet. Både Pierroth/Schlink och Hesse understryker de rättviseaspekter som ligger häri; Hesse finner (a.a.) att rättigheterna genom denna utveckling blivit ett verksamt medel för att säkra enskildas frihet gentemot mäktiga, icke-statliga organ medan Pierroth/Schlink hävdar att resultatet blivit ett tillstånd av faktisk symmetri, där varje medborgare har samma möjligheter att tillvarata sina intressen i konflikter (a.a.s. 52).

Från domstolens tidiga praxis på området kan förutom till Lüth-avgörandet även hänvisas till BVerfGE 24, 278, som gällde en tvist mellan en upphovsrättslig organisation och en företrädare för den musikintresserade allmänheten. Den senare hade i en tidskrift för musik, kassett- och teknikintresserade kritiserat upphovsrättsorganisationens hårda restriktioner för privata bandinspelningar av upphovsrättsligt skyddade verk av tyska tonsättare och jämfört restriktionerna med förhållandena i Östtyskland. Artikelförfattaren dömdes till böter av Bayerns Oberlandesgerichts, men BVerfG fann (s. 281 f) att detta avgörande kränkte den dömdes i art. 5 st. 1 GG skyddade yttrandefrihet, eftersom »es bei der Anwendung und Auslegung der in Betracht kommenden Rechtsvorschriften die Ausstrahlungswirkung des Art. 5 GG nicht hinreichend berücksichtigt hat». I Blinkfüeravgörandet konstaterade BVerfG, som vi såg i avsnitt 7.5.2.2, att tolkningen av civilrättsliga regler kunde påverkas av rättighetsbestämmelserna i GG.[296] I det s.k. Lebachmålet, BVerfGE 35, 202 (219), tog BVerfG ett steg till och slog fast en rätt att alltid pröva om »die Ausstrahlungswirkung der in den Grundrechten enthaltenen Wertentscheidungen auf das Zivilrecht hinreichend beachtet ist», dvs om allmänna tyska domstolar tagit tillräckligt stor hänsyn till rättighetsreglernas indirekta inflytande på civilrätten. I senare praxis har så bekräftats att denna Ausstrahlungswirkung alltjämt gäller, vilket bl.a. fått effekter på hyresrättens område; BVerfG har förklarat att egendomsskyddet i art. 14 st. 1 p. 1 GG även omfattar hyresgästens kontraktsenliga hyresrätt, men samtidigt avvisat tanken att bestämmelsen i art. 13 st. 1 om hemmets okränkbarhet skulle kunna åberopas direkt mot den hyresvärd som önskar säga upp hyreskontraktet.[297]

Dessa avgöranden visar att en medelbar, indirekt tredjemans- eller Drittwirkungeffekt av de medborgerliga rättigheterna erkänns i tysk rätt, utan att en direkt sådan effekt, som skulle göra det möjligt för en enskild att åberopa sig på en rättighetsregel i ett civilrättsligt förhållande, uppstått. Den Drittwirkung eller Ausstrahlung BVerfG värnat om kan därför delvis ses som en uppmaning till domstolarna att låta GG:s rättighetsregler influera tolkningen av avgöranden även på andra rättsområden än de statsrättsliga; sambandet med den ovannämnda värdeteorin är här tydligt. Sedda var för sig är inte de nämnda avgörandena från BVerfG särskilt uppseendeväckande, men de bildar dock tillsammans en rättspraxis som visar att ett visst mått av Drittwirkung erkänns i tysk rätt, sannolikt i högre grad än i något annat här undersökt rättssystem.[298] Drittwirkung är så att säga i tysk rätt inte bara en rättsvetenskaplig term eller ett ämne för de lege ferendaresonemang, utan en rättslig realitet. De nämnda avgörandena visar också att detta kan få stor praktisk betydelse, t.ex. genom att BVerfG undanröjer avgöranden där domstolar inte tillräckligt beaktat Drittwirkung-aspekten.

7.7 Judicial activism i författningsdomstolens praxis

Av detta kapitel har framgått att BVerfG har en stark ställning i den tyska rättsordningen. BVerfG åtnjuter en stor auktoritet och dess avgöranden har stor betydelse för utvecklingen av den tyska rätten. Det är därför naturligt att denna domstols maktutövning stundtals granskats kritiskt. Ändå är det mest anmärkningsvärda med den tyska författningsdomstolen enligt min mening just det faktum att dess praxis **inte** ger upphov till

296. BVerfGE 25, 256, 263.
297. BVerfGE 89, 1. Se även BVerfGE 83, 82.
298. Jfr avsnitt 10.14.2 om USA.

samma animerade debatt som t.ex. lagprövningen i S.Ct. gjort i USA, utan tvärtom accepteras från alla politiska håll och åtnjuter en så påtaglig legitimitet i hela det tyska samhället. Detta är desto mer anmärkningsvärt som tysk rätt inte känner någon *political question doctrine* av det slag som ändå begränsar S.Ct. i dess lagprövning[299]; BVerfG tillåts ta upp i princip alla frågor, även de mest renodlat politiska, till prövning, vilket också märkts i domstolens praxis under senare år.[300]

Några exempel härpå (abortlagstiftningen, fördraget om relationerna med Östtyskland, möjligheten att låta tyska trupper delta i FN-operationer) har givits ovan i avsnitt 7.3.4.2. Även det faktum att BVerfG till sist kom att avgöra hela Maastrichtfördragets öde[301] visar naturligtvis domstolens politiska makt. Ytterligare en renodlat politisk fråga, som BVerfG tog ställning till i anslutning till den tyska återföreningen, gällde valreglerna i förbundsdagsvalet 1990, det första valet efter den tyska återföreningen. Domstolen fann här att den vallag som antagits speciellt för detta val stred mot skyddet för politiska partier och fria val i art. 21 respektive 38 GG, eftersom valet ägde rum under speciella omständigheter och det vore orättvist mot de partier som skulle få mer än 5 % av rösterna i gamla Östtyskland – gränsen för representation i förbundsdagen – att inte tilldela dem några platser i förbundsdagen därest de inte uppnådde 5 % av rösterna i hela riket.[302] Avgörandet, som givetvis inte kan ses som något uttryck för judicial self-restraint, motiverades bl.a. med att det kunde finnas partier som åtnjöt visst stöd i östra Tyskland, men inte haft tid och möjlighet att »slå igenom» på riksnivå.[303]

Alla dessa avgöranden visar att BVerfG inte drar sig för att avgöra viktiga politiska frågor, att GG uppenbarligen medger detta samt att den kritik som emellanåt framförts mot BVerfG för dess överdrivna maktutövning – ofta betecknad som politikens eller demokratins *Verrechtligung* eller »judikalisering»[304] – inte varit av den tyngden att BVerfG funnit anledning att iaktta ökad self-restraint. Detta beror i sin tur naturligtvis på det tidigare berörda förhållandet att BVerfG åtnjuter så stor legitimitet, både bland jurister och politiker.

Schlaich skriver om BVerfG att domstolen givit statsrätten en viktigare ställning i den

299. Jfr kap. 10.3.1.4 under d.
300. Denna tendens till att BVerfG avgör allt fler viktiga politiska frågor och inte hindras av någon political question doctrine kan i och för sig till vis del följa av vissa regler i GG, vilka medför att flertalet politiska frågor som implicerar en bedömning av hur grundlagen skall tolkas kan prövas av domstolen. Den amerikanska grundlagen reglerar något noggrannare vilka frågor S.Ct. inte kan pröva, men den innehåller väl att märka inget förbud för S.Ct. att pröva sådana politiska frågor som omfattas av the political question doctrine, utan denna är en av S.Ct. utvecklad form av self-restraint. När S.Ct. ställs inför en politiskt känslig fråga är det förvisso inte så att domstolen alltid avstår från att ta ställning, vilket visas av Watergateaffären och flera andra fall som gällt maktdelningsfrågor (se kap. 10.3.1.1); skillnaden mellan BVerfG och de amerikanska domstolarna är dock att tysk rätt inte känner någon materiell begränsning av författningsdomstolens kompetens, så att denna t.ex. inte skulle kunna pröva utrikespolitiska frågor. I stället har BVerfG under senare år prövat flera sådana frågor, vilket allmänt accepterats i en uppseendeväckande utsträckning.
301. BVerfGE 89, 155.
302. BVerfGE 82, 322.
303. Även den dom från den 15 maj 1995 där BVerfG slog fast att spioner i före detta DDR inte kunde straffas av tyska domstolar understryker givetvis att BVerfG inte känner några hämningar såvitt gäller att avgöra politiskt känsliga frågor. Domen refereras i EuGRZ 1995 s. 203 ff.
304. Jfr t.ex. Habermas, a.a.s. 166 och Christine Landfried, The Judicialization of Politics in Germany, IPSR 1994 s. 113-124.

tyska rätten än någonsin förut.[305] Hans förklaring (från 1985) till att det blivit så, nämligen att BVerfG traditionellt iakttagit en viss restraint och att politiker i alla läger alltid haft en känsla av att domstolen »lämnat» de viktigaste politiska frågorna till politikerna, kan dock inte förklara de senaste årens utveckling, där även flera avgöranden om politiskt centrala frågor fått en bred politisk acceptans.[306] Detta kan knappast förklaras med en enskild orsak, utan är kanske en kombination av historiska faktorer, som gjort att rättsliga garantier för medborgarnas rättigheter framstår som särskilt angelägna just i Tyskland, ett system för tillsättning av ledamöterna i BVerfG, som gjort att domstolen inte löper samma risk som S.Ct. att politiseras[307] och kanske en viss belåtenhet bland tyska politiker över att slippa fatta beslut i kontroversiella frågor (som t.ex. insättande av tysk militär på främmande mark). Flera av de politiskt väsentliga avgörandena har f.ö. gällt frågor där de politiska partierna varit starkt splittrade; i något fall har detta även gällt den allmänna opinionen. Under alla omständigheter bör det förhållandet uppmärksammas, att BVerfG är en domstol som utövar ett stort mått av politisk makt utan att legitimiteten i dess maktutövning är särskilt starkt ifrågasatt.

305. A.a.s. 239.
306. Schlaichs uppfattning kan dock hämta stöd från ett avgörande som BVerfGE 77, 84, där BVerfG med hänvisning till lagstiftarens ansvar för att rättsordningen anpassas till ändrade sociala förhållanden (s. 103 f) förklarade att ett åsidosättande av en lag i BVerfG inte hindrade lagstiftaren från att senare anta en liknande eller rentav likadan lag. Försiktiga avgöranden av detta slag har sannolikt gjort det lättare för tyska politiker att acceptera domstolens maktutövning.
307. Se om hur ledamöterna i BVerfG tillsätts ovan avsnitt 7.3.2; som framgick i not. 95 kan även de tyska domarutnämningarna sägas vara präglade av en form av politisering såtillvida att endast för de stora politiska partierna acceptabla kandidater kan komma i fråga, men denna politisering fokuseras i regel inte på enskilda ledamöter på så sätt att den som utnämns anses stå för en viss rättsideologi.

8. Frankrike

8.1 Inledning

Under perioden från den franska revolutionen 1789 till 1875 hade Frankrike inte mindre än tio olika grundlagar. Med 1875 års författning, som lade grunden för den så kallade tredje republiken, inleddes emellertid en konstitutionellt stabil period, som kom att vara till och med den tyska ockupationen 1940. Efter andra världskriget har sedan nya grundlagar införts vid två tillfällen, först 1946 – den fjärde republiken – och sedan 1958, den nuvarande femte republiken.

Med undantag för 1791 års författning, där 1789 års rättighetsdeklaration ingick i *preambeln*, har emellertid ingen av alla dessa grundlagar innehållit någon rättighetskatalog eller några mer omfattande rättighetsregler. I Frankrike, ett land som mer än de flesta hyllat idén om mänskliga rättigheter i officiella sammanhang, har således dessa rättigheter aldrig åtnjutit något effektivt grundlagsskydd.[1] I 1875 års konstitution nämndes överhuvudtaget ingenting om mänskliga eller medborgerliga rättigheter. 1946 års grundlag hade i sin inledning en hänvisning till de fri- och rättigheter som slogs fast i 1789 års rättighetsdeklaration, en hänvisning som återkommer i inledningen (préambule) till 1958 års författning. Den nuvarande grundlagen innehåller därutöver några få bestämmelser som har karaktären av rättighetsregler, främst art.2 som garanterar alla medborgare likhet inför lagen och religionsfrihet samt art.66, som förbjuder godtyckliga frihetsberövanden och ålägger domstolarna att värna om individens frihet.[2]

8.2 Rättighetsdeklarationen av den 26 augusti 1789 och dess ställning i den franska rätten. En historisk tillbakablick

De nämnda reglerna kan inte i sig ligga till grund för något utbyggt rättighetsskydd, därtill är de för få och delvis för vagt hållna. Det finns emellertid andra materiella regler om medborgerliga rättigheter, som mer än väl kompenserar det svaga rättighetsskyddet i grundlagen. Dessa återfinns i den berömda deklarationen om mänskliga och medbor-

1. Med en viss reservation för 1791 års grundlag, som dock bara gällde till 1793; se härom Jean Rivero, Menneskerettighetenes stilling i fransk rett fra 1789 til 1971, i TfR 1990 s. 60-71. En genomgång av rättighetsreglerna i de olika deklarationerna från 1791 till och med 1875 ges av Vedel, Abrégé de l'histoire des droits de l'homme...(I) s. 643 f.
2. Även skyddet för politiska partier i art. 4 kan nämnas i detta sammanhang.

gerliga rättigheter från 1789, som efter en snabb utveckling det senaste kvartsseklet fått allt större rättslig betydelse och numera tillerkänns konstitutionell rang. Deklarationens historia och innehåll förtjänar därför en närmare granskning.

Det måste då inledningsvis konstateras att dess ställning i den franska rättsordningen har skiftat under olika perioder i den franska historien. Egentligen är det först efter 1971 som läget klarnat och deklarationens tillämplighet samt rättsligt bindande innehåll allmänt erkänts, på grund av att den lagts till grund för olika utslag i C.C.

Deklarationen ingick alltså i preambeln till 1791 års författning, men blev aldrig uttryckligen en del av denna. Eftersom den sedan varken ingick eller nämndes i någon grundlag förrän 1946 var frågan huruvida den blev en del av den konstitutionella ordning som etablerades efter revolutionen livligt diskuterad bland franska jurister under 1800-talet.

I våra dagar är det en vanlig uppfattning att deklarationen verkligen gällde med konstitutionell status från 1791 på grund av det nära innehållsmässiga samband som fanns mellan deklarationen och 1791-författningens text, men däremot upphörde att vara en del av den gällande rätten när en helt ny deklaration tog dess plats i inledningen till grundlagen av den 24 juni 1793.[3]

I slutet av 1800-talet och början på 1900-talet fördes en intensiv debatt om deklarationens status mellan några statsrättsprofessorer. Maurice Hauriou och Léon Duguit försökte, med hänvisning till sedvana, principer osv hävda att deklarationen var en del av den gällande konstitutionella rätten, medan Carré de Malberg med kraft avvisade dessa och liknande tankar, eftersom deklarationen 1793 upphört att vara en del av den gällande rätten[4]; det rörde sig således om en strid mellan ett naturrättsligt och ett positivistiskt synsätt.[5] Även om det kanske inte går att avgöra vem som hade »rätt», råder det knappast någon tvekan om att Carré de Malbergs uppfattning var den dominerande.[6]

I och med att rättighetsdeklarationen inte omnämndes i 1793 års konstitution kom den de facto att försvinna från det franska rättssystemet bara några år efter det att den antagits, för att sedan inte återkomma förrän 1946. Ingen av de grundlagar som antogs från 1793 till 1946 gjorde nämligen, som framgått, någon hänvisning till deklarationen.[7] Även om deklarationen därför inte var rättsligt gällande fram till 1946, hindrade detta inte att de idéer och principer den gav uttryck för efterhand kom att sätta en viss prägel på det franska rättslivet.[8] Detta skedde främst genom utvecklingen av den högsta förvaltningsdomstolens, Conseil d'Etat, praxis. Conseil d'Etat förklarade nämligen i ett flertal avgöranden efter andra världskriget att det fanns vissa allmänna rättsgrundsatser (*prin-*

3. Se t.ex. Rivero, a.a. Jfr även Guillaume Bacot, La declaration de 1789 et la constitution de 1958, Rev.d.dr.publ. 1989 s. 685-737.
4. Se närmare bl.a. Rivero, a.a.s. 61 ff och Bacot, a.a.s. 690 ff.
5. Jfr Jacques Robert, Droit de l'homme et libertés fondamentales, 5 uppl, Paris 1994 s. 97 ff.
6. Ibid. – Som Rivero påpekar finns bakgrunden till Duguit's och Hauriou's åsikter sannolikt att söka i en genuin oro över den oinskränkta suveränitet som lagstiftaren förfogade över om deklarationen inte var gällande rätt (särskilt med beaktande av att 1875 års konstitution överhuvudtaget inte innehöll några rättighetsregler). Detta faktum hindrar dock inte att deras resonemang till stor del kan ha haft karaktären av rent önsketänkande.
7. Trots detta innehöll de samtliga, utom 1875 års författning, någon eller några bestämmelser om medborgerliga rättigheter, vilkas rättsliga status dock tycks ha varit något oklar. Se bl.a. Rivero s. 62 o. 64 ff.
8. Jfr Rivero, a.a.s. 64-65 samt beträffande den historiska utvecklingen densamme i Les libertés publiques, 4 uppl, Paris 1984 s. 172 ff.

cipes généraux du droit), vilka i huvudsak kunde härledas från 1789 års deklaration, som var bindande trots att de inte kommit till uttryck i några skrivna rättsregler; det gällde bland annat principerna om likhet inför lagen och religionsfriheten. Domstolen fann att det var dess skyldighet att upprätthålla dessa principer, vilket den kunde göra genom att åsidosätta de förvaltningsavgöranden som stod i strid med dem och ålägga de administrativa myndigheter som brutit mot dem ersättningsansvar.[9]

Denna metod för återupplivande av delar av deklarationens innehåll som vägledande rättsprinciper – och således inte bara som ett allmänt etiskt och moraliskt samhällsideal – kom emellertid att få begränsad praktisk betydelse, framförallt för att dessa principer inte kunde åberopas mot lagstiftaren utan endast mot myndigheterna.[10] Viktigare var därför deklarationens återkomst till själva statsrätten, som skedde i tre etapper.

Det första steget togs, som nämnts, i samband med införandet av 1946 års konstitution.

Den 5 maj detta år hade det franska folket i en folkomröstning avvisat ett utkast till en ny grundlag, vilken i sin inledning innehöll en ny deklaration om mänskliga rättigheter, vars innehåll delvis avvek från deklarationen från 1789. Grundlagstiftarna ansåg det nämligen, efter ockupationen och avslöjandena om Hitlerväldets fasor, nödvändigt att ånyo åberopa de klassiska rättigheterna från 1789, samtidigt som det ansågs önskvärt att till dessa foga vissa ekonomiska och sociala rättigheter. Det förkastade förslaget var ett försök att samla klassiska och »nya» rättigheter i ett och samma dokument.

I stället utarbetades då inledningen till konstitutionen av den 27 oktober 1946, vilken dels »högtidligt bekräftar» de fri- och rättigheter som slogs fast i 1789 års deklaration samt de grundläggande principer som erkänns i republikens lagar, dels proklamerar vissa politiska, ekonomiska och sociala principer som varande »särskilt nödvändiga i vår tid».

1946 omnämndes deklarationen för första gången sedan 1791 i en konstitution. Frågan huruvida deklarationen var att se som gällande rätt var emellertid inte löst härmed, eftersom det var tveksamt om inledningen var en del av själva grundlagen och om hänvisningen till deklarationen innebar mer än enbart en hyllning till vissa i och för sig eftersträvansvärda principer.

Inte heller vid införandet av 1958 års konstitution, som kan sägas utgöra etapp två på vägen mot erkännandet av deklarationen som gällande rätt, skingrades osäkerheten. Även denna grundlag inleds med en préambule, i vilken hänvisning görs både till deklarationen och inledningen till 1946 års konstitution. Det stod emellertid inte heller denna gång klart om avsikten verkligen var att tillerkänna deklarationen rättslig verkan, utan

9. Viktiga avgöranden som pekade i denna riktning var bl.a.Société du Journal »L'Aurore», C.E. 25 juni 1948 och Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils, C.E. 26 juni 1959. Se närmare om utvecklingen av normprövningen i Conseil d'Etat bl.a. Jean Roche, Libertés publiques, 11 uppl, Paris 1995 s. 38 f, Cappelletti, The »Mighty Problem»... s. 415 f, Cappelletti/Cohen, Comparative Constitutional Law, 1979 s. 33 ff o. 41 ff, Robert, a.a., och Gerard Soulier, Nos droits face à l'Etat, Paris 1981 s. 33. Förhållandet mellan Conseil d'Etat och C.C. analyseras av bl.a. Jacques Robert, Conseil d'Etat et Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1987 s. 1151-1180. En viktig skillnad mellan de bägge organen är att C.C. gått längre i sin normprövning och t.ex. funnit att vissa rättsprinciper, vars rättsliga status Conseil d'Etat inte preciserat, har konstitutionell status. Se härom Roche, a.a. m.h.t. praxis samt vidare i 8.5.

10. Conseil d'Etat utövar även viss preventiv normkontroll vad gäller förordningar och liknande föreskrifter. Se härom art. 37-39 i konstitutionen samt Robert, a.a.s. 1159 och Wolfgang Müller, Der Conseil d'Etat, AöR 1992 s. 356 ff.

debatten om huruvida dess regler var rättsligt bindande fortsatte.[11] Med konstitutionen av 1958 – som godkändes med bred majoritet vid en folkomröstning den 28 september 1958 – infördes emellertid en ny institution i det franska rättslivet vilken så småningom skulle komma att avgöra frågan, nämligen C.C. Den praxis kring deklarationens regler som C.C. utvecklat är etapp tre i den utveckling som inneburit att deklarationen blivit gällande rätt. Denna sista etapp kan, som framgår nedan i 8.4, i sin tur delas upp i tre skeden: Först slogs det fast, i början på 1970-talet, att deklarationen hörde till den positiva, gällande rätten, sedan fastslogs dess konstitutionella status och centrala plats i det konstitutionella normsystemet och slutligen fick deklarationen stor reell betydelse i författningsrådets praxis.

8.3 Närmare om 1958 års konstitution

Sedan 1875 kan det sägas ha utvecklats en tradition i fransk statsrätt enligt vilken själva grundlagstexterna enbart reglerar den statliga maktens organisation.[12] Konstitutionerna från 1875, 1946 och 1958 har så gott som enbart innehållit sådana regler (ehuru de bägge senare i inledningen hänvisat till 1789 års rättighetsdeklaration).

Som framgick i 8.1 rymmer den nuvarande konstitutionen få rättighetsregler. Däremot innehåller den mycket detaljerade regler om i vilken ordning regler som berör de medborgerliga rättigheterna skall införas. Dessa är dock inte helt lätta att tolka och måste i dag, i ljuset av de senaste årens utveckling, bedömas mot bakgrund av vissa av deklarationens regler för att bilden skall bli fullständig.

Lag stiftas enligt art.34 av parlamentet, vilket enligt art.24 består av två kamrar, senaten och nationalförsamlingen.[13] Enligt art.37 gäller så att alla frågor som inte jämlikt art.34 kräver lagform[14] i princip **skall** regleras genom föreskrifter och förordningar (s.k. *réglementaires*), vilka införs efter beslut av regeringen och andra verkställande organ. Därutöver kan regeringen enligt art.38 begära tillstånd av parlamentet att genom förordning (*ordonnance*) genomföra en åtgärd som normalt – enligt art.34 – måste vidtas genom lag. Utrymmet för regeringens förordningsmakt måste därför sägas vara relativt stort.[15]

Lagförslag kan läggas fram antingen av regeringen genom premiärministern eller av enskilda parlamentsledamöter, art.39. Om det under själva lagstiftningsproceduren framkommer att ett lagförslag rör ett ämne som inte enligt art.34 jämfört med art.37 kräver lagform eller inte ryms inom ramen för den delegation som regeringen jämlikt art.38 fått av parlamentet kan regeringen dra tillbaka förslaget och lägga fram det i ny

11. Se bl.a. Rivero, Menneskerettighetenes stilling...s. 69 och Louis Favoreu, Menneskerettighetserklæringen av 1789 og det franske forfatningsråd, TfR 1990 s. 73.
12. Se bl.a. Favoreu, L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles, Rapports Francais au XI Congres international de droit comparé à Caracas 1982, Paris 1982 s.2.
13. Även om lagar stiftas av kamrarna gemensamt så är nationalförsamlingen den politiskt vida viktigare kammaren. Endast ledamöterna i nationalförsamlingen väljs i allmänna val, se art.24.
14. Enligt art. 34 är lagform obligatorisk bl.a. för bestämmelser som reglerar de medborgerliga rättigheterna och medborgarskap, civil- och familjerättslig status, straffskalor, påföljder, straffprocesser, domstolarnas jurisdiktion, skatter, försvar, utbildning och arbetsrätt.
15. Se t.ex. Cappelletti/Cohen, a.a.s. 36 f.

form, art.41. Om regeringen och parlamentet – genom talmannen i någon av kamrarna – inte är överens om vilken form som erfordras avgör C.C. på begäran av någon av parterna detta, art.41 st.2. Både regering och parlament måste sedan respektera författningsrådets utslag, liksom domstolarna; varje domstol måste vägra att tillämpa en regel som införts i strid med vad C.C. i ett sådant fall fastslagit om normgivningsbehörigheten.[16]

Det anses vara en tradition i fransk rätt att de rättsregler som i något **väsentligt avseende** berör en rättighet måste vara av lagkaraktär.[17] Begränsningar av fri- och rättigheterna kan därför bara ske genom lag; om det exempelvis blir aktuellt att reglera mötesfrihetens omfång kräver detta att en ny lag införs (eller att en existerande lag ändras). Denna tradition kan härledas från rättighetsdeklarationen; enligt art.4 i denna kan gränserna för utövandet av en människas rättigheter endast bestämmas av en lag.[18] I 1958 års grundlag kodifieras traditionen i art.34, som anger i vilka fall rättsregler kräver lagform. Däribland nämns allra först de medborgerliga rättigheterna och de grundläggande garantierna för medborgarnas utövande av sina friheter (*libertés publiques*).

Kravet på lagform är emellertid inte undantagslöst. För det första framgår det av art.34 att lagstiftning endast är nödvändig när det är fråga om grundläggande garantier (*garanties fondamentales*) för utövandet av en rättighet; alla andra regleringar av fri- och rättigheter kan följaktligen ske genom förordningar. Vidare anses rena verkställighetsföreskrifter rörande tillämpningen av fri- och rättigheter alltid kunna utfärdas medelst en förordning.[19]

Samtidigt innebär naturligtvis författningsrådets tolkning av vilka lagar på detta område som är konstitutionellt godtagbara en betydande begränsning av lagstiftarens handlingsfrihet; användandet av lagform rättfärdigar inte i sig långtgående rättighetsbegränsningar. I dag, efter de senaste tjugofem årens utveckling, förefaller det osannolikt att lagar som **i väsentlig grad** inskränker någon av de rättigheter vilka ingår i det konstitutionella normsystemet skall träda i kraft.[20]

Proceduren för ändring (révision) av grundlagen är okomplicerad. Enligt art.89 i konstitutionen har dels presidenten, dels enskilda parlamentsledamöter rätt att föreslå grundlagsändringar, vilka för att antas först skall röstas igenom i likalydande versioner av parlamentets bägge kamrar, senaten och nationalförsamlingen, och sedan blir definitivt gällande när de godkänts i en folkomröstning. Omvägen via en folkomröstning är dock inte nödvändig om presidenten underställer det församlade parlamentet (kongressen) ett förslag till grundlagsändring, men i så fall krävs tre femtedels

16. Se närmare Favoreu, L'application directe...s. 10.
17. Se t.ex. Rivero, Les libertés publiques, s.181 f.
18. Enligt art.5 i rättighetsdeklarationen kan lagen f.ö. bara förbjuda handlingar som är skadliga för samhället.
19. Se bl.a. Rivero, Libertés publiques, s.184 f.
20. Detta under förutsättning att C.C. överhuvudtaget hörs om lagen; jfr nedan i 8.5.2 om förutsättningarna härför. Det nu sagda bör i övrigt ses mot bakgrund av förhållandet mellan rättighetsreglerna i deklarationen, med den utformning dessa givits, och normgivningsreglerna i konstitutionen. Ingenting i deklarationen hindrar nämligen att regler införs i konstitutionen om när och hur rättigheterna i deklarationen kan begränsas. Avsaknaden av sådana regler ger emellertid C.C. inte bara det sista ordet beträffande tillåtligheten i en rättighetsbegränsning som sådan utan också i fråga om **möjligheterna**, mer generellt, för lagstiftaren att jämlikt art. 34 begränsa rättigheterna. Jfr till det sagda Bacot, a.a.s. 725.

majoritet bland de röstande i parlamentet, art.89 st.3.[21] Det kan också noteras att en grundlagsändring jämlikt art.54 erfordras om C.C. finner att en av Frankrike ingången traktat eller internationell överenskommelse strider mot grundlagen. Fördraget träder nämligen i så fall inte i kraft förrän grundlagen ändrats, varför valet stå mellan att ändra grundlagen eller att inte ratificera traktaten.[22]

8.4 Ytterligare om rättighetsdeklarationens ställning i det konstitutionella normsystemet

Under perioden 1970-73 kom C.C. genom tre olika avgöranden fram till att rättighetsdeklarationens regler hade rättsligt bindande verkan.

I det första av dessa avgöranden, Budget des communautés européennes[23], gjorde C.C. för första gången en hänvisning till inledningen i 1958 års konstitution, dock utan att närmare klargöra vilken rättslig innebörd inledningen hade. Genom avgörandet Liberté d'association[24] 1971 skingrades emellertid oklarheten härvidlag. Här förklarade nämligen C.C., efter att inledningsvis ånyo ha hänvisat till »konstitutionen och särskilt dess inledning», att en lag var grundlagsstridig på grund av att den stred mot de principer som inledningen gav uttryck åt. Eftersom författningsrådets avgöranden enligt art.62 st.2 är bindande för alla dömande och administrativa myndigheter och C.C. därför i praktiken avgör vilka regler som har konstitutionell status, fick avgörandet till följd att inte bara själva konstitutionen från 1958, utan också deklarationen från 1789 och inledningen till 1946 års grundlag (vilken det ju hänvisas till i inledningen till konstitutionen från 1958) samt »de grundläggande principer som erkänts genom republikens lagar» (vilka det hänvisas till i inledningen till 1946 års konstitution) kom att tillhöra de gällande konstitutionella reglerna.[25] Första gången själva rättighetsdeklarationen togs i bruk av C.C. var så 1973 i avgörandet Taxation d'office[26], då en lag förklarades vara grundlagsstridig på grund av att den stred mot art.6 i deklarationen. Efter detta avgörande rådde det i princip inga tvivel om att deklarationen var en del av den konstitutionella normmassan.

Efter den snabba utvecklingen under de senaste tjugofem åren kan det således konstateras att rättighetsdeklarationen från 1789 är en del av den gällande franska statsrätten. Även sedan detta klarlagts kvarstår dock två frågor rörande deklarationens ställning. Den ena är om hela deklarationen, eller bara vissa artiklar – främst då de som åberopats av C.C. – i dag är gällande rätt. Den andra är om det råder någon normhierarki mellan deklarationen och 1958 års konstitution, på så sätt att den ena texten skall ha företräde framför den andra i händelse av konflikt dem emellan, eller om de är att se som likvärdiga lagar med samma konstitutionella status.

21. Det kan anmärkas att den grundlagsändring som krävdes vid Frankrikes ratificering av Maastrichtfördraget (se art.88) först godtogs av den erforderliga majoriteten i kongressen och sedan blev föremål för folkomröstning i september 1992 (varvid resultatet blev en knapp ja-seger).
22. Detta var således effekten av C.C.:s beslut av den 9 april 1992 (92-308, DC, Rec s. 55) enligt vilket Maastrichtfördraget på vissa punkter (se närmare 8.6) stred mot konstitutionen. Det var alltså detta beslut som nödvändiggjorde den grundlagsändring vilken sedan kom till stånd.
23. 19 juni 1970, 70-39 DC, Rec.15.
24. 16 juli 1971, 71-44 DC, Rec.29.
25. Vilka ofta med ett gemensamt namn kallas *le bloc de constitutionnalité*. Jfr till det sagda Favoreu, a.a.s. 4 ff.
26. 27 december 1973, 73-51 DC, Rec.25.

Den första frågan synes ha lösts med avgörandet i C.C. 1982 om den 1981 av socialistregeringen föreslagna nationaliseringslagstiftningen.[27]

C.C. slog här fast att deklarationen i **dess helhet** har en central plats i det konstitutionella normsystemet, vilket bekräftades av att det franska folket i två folkomröstningar 1946 och 1958 röstat för grundlagsförslag där hänvisningar till deklarationen gjorts i inledningarna till grundlagarna, men däremot 1946 röstade ner ett grundlagsförslag med ett förslag till ny rättighetsförklaring. Även de principer som kom till uttryck i deklarationen hade enligt C.C. konstitutionell status.[28]

Efter de klargörande uttalanden om deklarationens status som gjordes i detta avgörande tycks det numera råda allmän enighet i doktrinen om att hela deklarationen hör till de gällande konstitutionella reglerna.[29]

Den andra frågan är mer komplicerad. I inledningarna till 1946 respektive 1958 års grundlag sägs inget om deklarationens status. Att det sedan klarlagts att deklarationen är gällande rätt säger i sig inget om den eventuella rangordningen mellan deklarationen och konstitutionen (vilkas respektive regler ju någon gång kan tänkas stå i strid med varandra). Frågan är av viss betydelse; om deklarationen har samma rang som 1958 års konstitution borde det gå att ändra eller upphäva dess regler på samma sätt som vid grundlagsändringar.[30] I dag, mot bakgrund av den praxis som vuxit fram i C.C. och den centrala position deklarationen kommit att få i det franska rättslivet[31], är det troligen riktigt att anta att deklarationen och konstitutionen generellt befinner sig på samma rättsliga nivå men att deklarationens regler, till skillnad från konstitutionens, är rättsligt okränkbara såtillvida att (grund)lagstiftaren inte kan ändra eller upphäva dem.[32] Den diskussion om *le pouvoir constituant* som förts efter C.C.:s andra beslut om Maastrichtfördraget i september 1992[33] (se nedan i 8.5.3) får dock anses visa att grundlagstiftaren har möjlighet att ändra grundlagen från 1958, i vars préambule hänvisningen till rättighetsdeklarationen görs. Härigenom kan i så fall även deklarationens **status** ändras.

Vad innebär det sagda mer konkret för rättigheternas rättsliga ställning?

27. Loi de nationalisation, 81-132 DC, Rec.18.
28. Ibid: »...les principes mêmes énoncés par Declaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle...»
29. Se bl.a. Favoreu, a.a.s. 5 och Henri Oberdorff, A propos de l'actualité juridique de la declaration de 1789, Rev.d.dr.publ. 1989 s.665-684.
30. Jfr härom bl.a. Bacot, a.a.s.697.
31. Se härom bl.a. Favoreu,a.a.
32. Jfr t.ex. Bacot a.a.s. 700, Soulier, a.a.s. 103 f och Favoreu i Rev.d.dr.publ. 1982 s.402. Det kan givetvis även diskuteras om det råder någon hierarki mellan enskilda regler i deklarationen och konstitutionen. På senare tid har detta bl.a. diskuterats efter ett beslut i C.C. den 29 juli 1994 (94-345, Rec. s. 101, se även i Rev.d.dr.publ. 1994 s. 1673 ff) om en ny språklag, som bl.a. förbjöd bruket av utländska låneord i media. C.C. fann att en sådan lagstiftning såvitt gällde media stred mot yttrandefriheten i art. 11 i deklarationen, varför lagen underkändes på denna punkt. Detta skulle kunna uppfattas som att art. 11 här givits företräde framför art. 2 i konstitutionen, som i sin 1992 ändrade lydelse förklarar att »republikens språk är franska», men kan också motiveras med att språket är dynamiskt och hela tiden ändras, varför den föreslagna lagstiftningen var meningslös och omöjlig att tillämpa. Jfr Rousseau, Chronique...Rev.d.dr.publ. 1995 s. 101.
33. 92-312 DC, 2 september 1992, Rec. s. 76.

Deklarationen slår fast att gränserna för rättigheternas utövande endast kan bestämmas genom lag, art.4, men innehåller inga regler om att lagstiftaren endast kan begränsa rättigheterna i vissa speciella fall eller för att främja vissa bestämda syften.[34]

Hela deklarationen genomsyras f.ö. av en stark tilltro till lagen som uttryck för allmänviljan (la volonté générale; jfr art.6).[35] I flera artiklar – till exempel art.7-11) betonas just lagens vikt. Arvet från Rousseau är här tydligt.[36] Samtidigt kan själva existensen av en rättighetsförklaring ses som ett uttryck för misstro mot lagstiftaren eller i alla fall mot dennes oinskränkta makt, något som i viss mån också kommer till uttryck i deklarationens inledning.[37] Deklarationen måste således här sägas rymma en (rätts)ideologisk motsättning.

Som framgått i avsnitt 2.2.3.1 uttrycker deklarationen överhuvudtaget inte någon tilltro till oinskränkta rättigheter.[38] Redan av art.4 framgår att rättigheterna måste begränsas av hänsyn till andra människors rättigheter. Och preciseringen av lagstiftarens handlingsfrihet i art.5, där det anges att en lag bara får förbjuda samhällsskadliga handlingar, gäller lagens natur och innehåll men knappast lagarnas räckvidd såvitt gäller lagstiftarens möjlighet att begränsa en rättighet. Art.5 säger med andra ord ingenting om omfattningen av den enskilda rättighetens *skyddszon*.[39] Problemet i dag, när deklarationen är gällande rätt, blir då i Frankrike som i andra demokratier att undvika alltför långtgående begränsningar, samtidigt som ett rimligt mått av handlingsfrihet för lagstiftaren behålls.[40] Deklarationen hindrar inte att regler som preciserar vilka rättighetsbegränsningar som får göras införs i konstitutionen, men denna innehåller, förutom distinktionen mellan lag och förordning och kravet att rättigheter endast kan begränsas genom lag inga regler härom. Det var emellertid genom 1958 års konstitution som C.C., den institution som i praktiken avgör var gränserna för tillåtna rättighetsbegränsningar bör gå, instiftades.

34. Med reservation för regeln i art.5 om att lagstiftaren endast kan förbjuda handlingar som är skadliga för samhället.
35. Jfr ovan kap. 2.2.3.1. Se även Bernard Poullain, La pratique Française de la Justice Constitutionnelle, Paris 1990 s. 22.
36. Jfr ovan kap.2.2.3.1 samt Bacot, a.a.s. 720 och Michel Troper, Hva er Menneskerettighetserklæringen av 1789?, TfR 1990 s. 15-29, särskilt s. 20.
37. »...har representanterna för det franska folket, samlade till Nationalförsamling, beslutat att nedteckna människans naturliga, oförytterliga och heliga rättigheter...; för att den lagstiftande och den verkställande maktens handlingar, när de vid varje tillfälle kan jämföras med ändamålet för alla politiska institutioner, skall bli mer respekterade av samhällets medlemmar;». Ändamålet för de politiska institutionerna – ja, målet för alla politiska sammanslutningar, dvs alla stater – anges f.ö. i art.2 i deklarationen vara att bevara människans naturliga och oförytterliga rättigheter; här röjs uppenbarligen en viss tilltro till eller ett visst inflytande från naturrätten. Se närmare till det sagda bl.a. Oberdorff, a.a.s. 675.
38. Jfr Bacot, a.a.s. 713 ff: »La Déclaration de 1789 n'etablit pas une liste limitative de droits protégés contre les excès de la loi.»
39. Jfr med tysk doktrin härvidlag ovan kap. 7.2.2.
40. En jämförelse med USA är här intressant. Också i USA regleras rättigheterna i ett mycket gammalt dokument, som inte innehåller några närmare preciseringar av när de kan begränsas. Skillnaden mellan länderna är emellertid att begränsningsramarna i USA preciserats i en snart tvåhundraårig rättspraxis, som saknar motsvarighet i Frankrike.

8.5 Författningsrådet – Conseil Constitutionnel

8.5.1 Allmänt om Conseil Constitutionnel som institution

Enligt min mening är det, som framgått ovan i 1.3, av flera skäl felaktigt att överhuvudtaget betrakta C.C. som en domstol, varför en jämförelse mellan C.C. och författningsdomstolar i andra länder nödvändigtvis blir haltande.

Som framgick i 1.3 utövar C.C. lagprövning eller snarare -granskning utan att vara en domstol. Snarare än en domstol är C.C. ett juridiskt expertorgan med i författningen noggrant angivna uppgifter.[41] Skillnaderna jämfört med det svenska lagrådet är dock betydande; främst att C.C. till skillnad från lagrådet har vetorätt, men också att C.C. tar ställning till en av parlamentet antagen lag, inte bara ett preliminärt lagförslag, och att en grupp av vanliga parlamentsledamöter kan begära att C.C. skall pröva en lag medan lagrådet blott hörs på begäran av regeringen eller ett riksdagsutskott.[42] Dessutom har C.C. helt allmänt, bland annat beroende på nämnda skillnader, en helt annan, mer central ställning i det franska rättslivet än lagrådet har i Sverige.

C.C. består enligt art.56 av nio medlemmar, vilka väljs för nio år och sedan inte kan väljas om. Vart tredje år väljs tre nya ledamöter. Av de nio ledamöterna nomineras tre av presidenten, tre av talmannen i senaten och tre av nationalförsamlingens talman; dessa tre instanser nominerar därför var sin ledamot vart tredje år. Ordföranden i C.C. utses emellertid alltid av den franske presidenten, som därvidlag är helt fri att välja den han önskar. Även ordföranden väljs för nio år, men ingen kan vara ledamot av C.C. längre tid än så, vilket innebär att om en sittande ledamot väljs till ordförande kan denne inte vara ordförande i C.C. längre tid än nio år minus den tid han tjänstgjort som vanlig ledamot. Enligt art.56 st.2 har därutöver före detta franska presidenter rätt att ta säte som ledamöter i C.C., vilket dock ännu ingen efter 1958 vald expresident valt att göra.[43] Sittande ministrar och parlamentsledamöter kan däremot enligt art.57 inte komma i fråga som ledamöter i C.C.

Ledamöternas skyldigheter preciseras närmare i särskilda regler.[44] Dessa behöver inte genomgås i detalj, men det kan noteras att ledamöterna inte får ta ställning offentligt i någon fråga som är eller kan tänkas komma under behandling i C.C.[45], liksom att de får behålla de arbeten och poster de hade när de inträdde i C.C men däremot under sin tjänstgöringstid inte får nomineras till någon annan offentlig tjänst.[46]

Ordföranden har enligt art.56 st.3 utslagsröst vid lika röstsiffror. Detta faktum understryker tillsammans med vissa andra regler ordförandens starka ställning i rådet, vilket,

41. Jfr ovan avsnitt 1.3.
42. Se närmare nedan kap. 17.1.2.1 o. 19.4.
43. I oktober 1995 verkar det f.ö. osannolikt att den nyligen avgångne presidenten François Mitterrand kommer att ta plats i C.C.
44. Ordonnance 58-1067 av den 7 november 1958.
45. Se art. 7 i nämnda förordning.
46. Se art. 57 i konstitutionen samt art. 4-5 i nämnda förordning. Ledamöter och ordförande kan välja att avgå på eget initiativ, i vilket fall en ny ledamot – eller ordförande – utses. Frågan kan också uppkomma om någon ledamot överträtt sina befogenheter och därför måste avgå; denna fråga avgörs i så fall av C.C. i en sluten omröstning. Se vidare Joel Boudant, Le president du Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1987 s. 589-676 och Favoreu, Chronique, Rev.d.dr.publ. 1986 s. 401 f.

mot bakgrund av att presidenten utser ordföranden i C.C. och att denne sedan på begäran kan ge presidenten och regeringen råd i frågor om tolkning och tillämpning av grundlagen, lett till en stundtals intensiv diskussion om ordförandens oberoende gentemot statschef och regering. Frågan aktualiserades framförallt när den förre justitieministern Robert Badinter – en nära vän till president Mitterrand – 1986 utsågs till ny ordförade i C.C.[47] Badinters oväld ifrågasattes dock aldrig på allvar under hans ordförandetid.[48] I februari 1995, kort före sin avgång, utsåg så Mitterrand en annan nära vän och partikamrat, den förre advokaten och utrikesministern Roland Dumas, till Badinters efterträdare, vilket ledde till en viss debatt om vänskapskorruption osv. Dumas kommer dock åtminstone till en början inte att få verka under en socialistisk president eller regering.

Ett av skälen till att C.C. inte kan anses vara en (författnings)domstol är att den normkontroll rådet utövar uteslutande är av preventiv karaktär. Vad C.C. granskar är uteslutande – om vi bortser från vissa av dess mer speciella uppgifter i samband med valkontroll och dylikt, vilka saknar intresse i detta sammanhang – lagar vilka visserligen antagits av parlamentet **men ännu inte trätt i kraft.**[49] Någon prövning utgående från konkreta tvister där konstitutionella spörsmål ställts på sin spets förekommer inte, utan granskningen är helt inriktad på huruvida framlagda och av parlamentet antagna lagförslag är grundlagsenliga eller om de, helt eller delvis, strider mot någon del av den konstitutionella normmassan, »*le bloc de constitutionnalité*». Kontrollen utövas således innan en lag trätt i kraft[50] och kan i princip enbart få till följd att det granskade lagförslaget godkänns helt eller annulleras, helt eller delvis.[51] Detta är därför en lagprövning som med nödvändighet måste ske utan att C.C. kan ta hänsyn till hur en lag fungerar i praktiken. Handläggningen av ärendena är vidare helt skriftlig och några parter i vanlig, processrättslig mening förekommer aldrig.[52]

C.C. utövar alltså sin kontroll när ett lagförslag antagits av parlamentet men lagen ännu inte promulgerats av presidenten; när så väl skett är alla kontrollmöjligheter

47. Se bl.a. Boudant, a.a.s. 665 med vidare hänvisningar.
48. Dessutom kan det betonas att tillsättningsreglerna aldrig ger presidenten någon möjlighet att utse majoriteten i C.C. Utsedda ledamöter har f.ö., precis som ledamöterna av S.Ct. i USA, haft en tendens att utveckla ett stort mått av oberoende gentemot de politiska partier som de respektive nominerande personerna representerat; se Favoreu, La politique saisie par le droit, Paris 1988 s. 48 ff.
49. Förordningar, »ordonnances» och andra regeltyper som inte är av lagkaraktär granskas av de vanliga domstolarna. Se närmare Rivero, Les libertés publiques s. 251 ff.
50. I och med att dessa röstats igenom av parlamentet är de givetvis mer än rena förslag till lagar, men i och med att de inte trätt i kraft kan de samtidigt inte betraktas som färdiga lagar. Detta är den centrala skillnaden mellan judicial review och preview; jfr Feldman, a.a.s. 59.
51. Jfr dock beträffande s.k. conformité sous réserves nedan kap. 8.5.4.
52. Kelsen förklarade redan 1929 att detta inte var några lämpliga förhållanden för en författningsdomstol. Se La garantie juridictionnelle de la Constitution s. 130: »Pour la procédure devant le tribunal constitutionnel, il faut recommander d'une façon générale le principe de publicité et du caractère oral...»

avskurna.[53] De allmänna domstolarna saknar nämligen av hävd[54] lagprövningsrätt (men har enligt vad som framgått ovan rätt att pröva förordningars förenlighet med högre rätt[55]). Franska domstolar saknar också en motsvarighet till de tyska domstolarnas möjlighet att under en pågående rättegång hänskjuta frågan om en lags grundlagsenlighet till BVerfG för avgörande.[56] Ett lagförslag som C.C. funnit grundlagsstridigt får enligt art.62 st.1 varken promulgeras eller tillämpas. Gällande lagar kan dock varken C.C. eller domstolarna angripa.

En rättslig effekt av dessa förhållanden är att en äldre lag, antagen före 1958 – eller före 1971, då C.C. markant stramade upp sin praxis avseende lagförslagens förenlighet med de regler om mänskliga rättigheter som rådet tillerkände konstitutionell status – gäller, hur grundlagsstridig den än förefaller vara. Enda möjligheten för dem som eventuellt ogillar lagen att få den upphävd är att försöka påverka lagstiftande politiker att införa en ny lag.[57]

Denna modell för konstitutionell normprövning kan synas egendomlig, men bör rätteligen ses i ett historiskt perspektiv. Frankrike är precis som Storbritannien ett land där folksuveräniteten sedan länge varit utgångspunkten för statsskickets organisation. Frankrikes historia har förvisso varit mer dramatisk, blodig och omskakande än Storbritanniens och folksuveräniteten som dominerande princip härleds inte i Frankrike på samma sätt som i Storbritannien från något fredligt maktövertagande som banat väg för en långvarig, fredlig utveckling med stark konstitutionell kontinuitet, utan snarare från Rousseau och de till stor del av honom inspirerade idéer vilka dominerade tänkandet under franska revolutionen.[58] Som illustration till hur tilltron till lagen som uttryck för den suveräna allmänviljan historiskt dominerat i det franska statsskicket bör framhållas att C.C. är den första institutionen överhuvudtaget i fransk historia som givits en reell

53. Detta framgår indirekt av art.62 st.1, men slogs för säkerhets skull fast av C.C. i beslutet Monopole de la radio et de la télévision, 27 juli 1978, 78-96, Rec. 29.
54. Att domstolarna är bundna av författningsrådets bedömning av en lags grundlagsenlighet framgår av art.62 st.2 i konstitutionen. Principen att domstolarna saknar lagprövningsrätt går emellertid längre tillbaka i tiden än 1958. I 1791 års grundlag förbjöds domstolarna (titre III, chap.V, art.3) uttryckligen att vägra tillämpa lagar. Jfr bl.a. Castberg i StvT 1930 s. 323 o. 329 samt Stig Jägerskiöld, Om domstols lagprövningsrätt, StvT 1964 s. 4.
55. Framförallt Conseil d'Etat har härigenom utvecklat en omfattande rättspraxis till skydd för de medborgerliga rättigheterna. Här kan en direkt parallell dras till de brittiska domstolarna, vilka också kan åsidosätta förordningar (s.k.subordinate legislation) men helt saknar lagprövningsrätt. Jfr nedan kap. 9.3.2.2.
56. Jfr om konkret normkontroll i Tyskland ovan kap. 7.3.4.3.
57. En livlig debatt om den nuvarande ordningens bristande effektivitet såvitt gäller **det faktiska skyddet** för rättigheterna fördes 1989-90, då även ett antal reformförslag framfördes (bl.a. om att enskilda borde kunna vända sig till C.C. eller under pågående rättegångar kunna hävda att deras rättigheter kränkts av lagstiftaren). Se bl.a. Robert Badinter, Menneskerettigheter og rettsstat, TfR 1990 s. 184 f. och Oberdorff, a.a.s. 682 f. Åtskilliga reformförslag, bl.a. i form av en möjlighet för franska domstolar att hänskjuta frågan om en lags grundlagsenlighet till C.C., diskuteras av Pierre Bon och François Luchaire i antologin Le recours des particulier devant le juge Constitutionnel, Paris/Bryssel 1990, s. 101-152. Reformförslagen röstades emellertid ner av senaten, varefter debatten avstannade och den nuvarande ordningen tycks bestå. Från olika parlamentarikers sida anfördes främst mot förslagen att de alltför starkt skulle inkräkta på parlamentets suveränitet; här handlade det uppenbarligen om ett avsteg från franska traditioner som var alltför magstarkt för flertalet politiker.
58. Jfr ovan kap. 2.2.3.1 på s. 78 ff. Se även Cappelletti/Cohen s. 26, Cappelletti, Repudiating Montesquieu? s. 10 ff och Poullain, a.a.s. 19.

befogenhet att pröva lagars förenlighet med konstitutionens regler.[59] Även om det faktum att enbart C.C. och inga domstolar har rätt att åsidosätta grundlagsstridiga lagar kan ge ett märkligt intryck, kan det dock med fog hävdas att Frankrike genom författningsrådets tillkomst gått väsentligt längre än Storbritannien vad gäller att överge den oinskränkta folksuveräniteten som central statsrättslig utgångspunkt.[60]

8.5.2 Rådets behörighet att pröva lagars grundlagsenlighet

Enligt art.61 i konstitutionen **måste** förslag till s.k. organiska lagar respektive till reglementen för parlamentets bägge kamrar (vilka bägge regeltyper utgör en motsvarighet till den svenska riksdagsordningen[61]) underställas C.C. för bedömning av deras grundlagsenlighet. Vanliga lagar blir däremot enligt art.61 st.2 bara granskade av C.C. om någon i en viss utvald krets av politiker hänskjuter frågan om dess grundlagsenlighet till rådet. Denna möjlighet har presidenten, regeringen/premiärministern, talmännen i de bägge kamrarna samt sextio ledamöter i någon av kamrarna. Möjligheten för en liten minoritet av parlamentsledamöterna att begära att grundlagsenligheten av parlamentsmajoritetens lagförslag skall prövas av C.C. infördes genom en betydelsefull grundlagsreform 1974. Särskilt viktigt ur politisk synvinkel var att en så liten grupp som sextio deputerade i nationalförsamlingen gavs denna befogenhet; härigenom fick den politiska oppositionen i Frankrike en mer eller mindre permanent möjlighet[62] att kräva att C.C. skall pröva regeringens lagförslag (och därmed också en möjlighet att, om inte annat, fördröja lagarnas ikraftträdande). Denna reform har i hög grad bidragit till att öka författningsrådets rättsliga och politiska betydelse (liksom dess arbetsbelastning).[63]

Reformen 1974 till trots är uppenbarligen den personkrets som har möjlighet att hänskjuta ärenden till C.C. mycket begränsad, vilket är ytterligare en skillnad mellan C.C. och regelrätta författningsdomstolar. Det rör sig uteslutande om instanser och personer som själva befinner sig i statsmaktens absoluta centrum. En enskild individ, eller grupp av individer, som anser att något lagförslag kränker deras rättigheter kan således inte hänskjuta frågan om förslagets förenlighet med den konstitutionella normmassan till C.C. (och som framgått ovan inte heller senare, om lagen blivit gällande, hävda något

59. Jfr till det sagda Castberg, a.a.s. 329 f, Robert, a.a.s. 1156 och Favoreu, Menneskerettighetserklæringen av 1789...s. 72-73.
60. Det sagda gäller trots att det vid antagandet av 1958 års konstitution aldrig var meningen att C.C. skulle få den lagprövande roll som rådet sedan fått; jfr nedan i 8.5.3.
61. De har sålunda högre status än vanliga lagar men lägre än »le bloc de constitutionnalité», ehuru vissa bestämmelser av detta slag i praktiken, genom beslut av C.C., kommit att inkorporeras i den konstitutionella normmassan. Jfr härom J.-P. Lebreton, Les particularités de la juridiction constitutionnelle, Rev.d.dr.publ. 1983 s. 446 f. Se om antagandet av organiska lagar art.46 i grundlagen.
62. Beroende på att regeringen knappast någonsin – även om valreglerna ofta ändras – förfogar över en så kraftig majoritet i nationalförsamlingen att oppositionen inte kan mobilisera sextio röster.
63. Per den 1 augusti 1994 hade C.C. meddelat 2.217 avgöranden, varav 217 gällde vanliga lagars grundlagsenlighet. Av dessa 217 avgöranden meddelades 204 efter begäran från en grupp parlamentsledamöter, vilket visar betydelsen av 1974 års reform. I inte mindre än 115 fall har C.C. funnit att en lag helt eller delvis stridit mot »le bloc de constitutionnalité». Avril/Gicquel beskriver (a.a.s. 59) reformens resultat som en »(M)utation quantitative, mais aussi mutation dans la nature du contrôle».

sådant inför domstol). Med andra ord är det en förutsättning för att C.C. skall granska en lag att någon av dem som enligt art.61 st.2 har denna möjlighet hänskjuter förslaget till rådet för prövning. Visserligen torde det vara mycket sällsynt att politiska motståndare till ett i någon mening kontroversiellt lagförslag avstår från en sådan möjlighet, men om detta av någon anledning skulle bli fallet så innebär den franska konstitutionens regler att en promulgerad lags förenlighet med konstitutionen, rättighetsdeklarationen eller någon annan del av *le bloc de constitutionnalité* överhuvudtaget aldrig kommer att prövas.

8.5.3 Författningsrådets roll enligt konstitutionen

En lag – eller en enskild paragraf i en lag – som C.C. förklarat strida mot konstitutionen kan alltså varken varken promulgeras eller tillämpas, art.62 st.1. Författningsrådets beslut i frågan är bindande för alla franska myndigheter och domstolar och kan inte överklagas, art.62 st.2. C.C., som varken är en domstol eller en vald politisk församling, kan således fatta beslut av avgörande betydelse både för domstolar, myndigheter och politiska organ. Frågan kan ställas hur ett organ som C.C. kan ha fått en så stark ställning i rättslivet såväl som i statsskicket i Frankrike, ett land där tron på folk- och nationssuveräniteten och de lagstiftande församlingarnas oinskränkta makt historiskt sett alltid varit de konstitutionella utgångspunkterna.[64]

En del av förklaringen till att C.C. överhuvudtaget infördes och gavs en så stark konstitutionell ställning är helt enkelt att 1958 års konstitution, som tillkom i en speciell historisk situation, är mycket särpräglad. Införandet av C.C. var en ren nyhet i det franska statslivet, men inte det enda inslaget i 1958 års konstitution som bröt med gamla traditioner i franskt statsskick.

Den nuvarande franska konstitutionen torde i högre grad än någon annan grundlag i ett demokratiskt land vara ett enmansverk; till största delen är det nämligen ett »beställningsarbete», som några framstående franska statsvetare och politiker sommaren 1958 utarbetade enligt general de Gaulles önskemål. Bakgrunden härtill är välkänd: de Gaulle kom till makten våren 1958, när Frankrike till följd av krisen i Algeriet stod på gränsen till ett inbördeskrig. De Gaulle sågs vid denna tidpunkt allmänt som nationens räddare och som den ende som kunde ena landet. I full medvetenhet härom ställde han vissa krav för att fortsätta verka som president, främst att presidentmakten skulle stärkas väsentligt.[65] Den nuvarande konstitutionen ger därför presidenten utomordentligt stora maktbefogenheter, vilket faktiskt är något nytt i fransk historia.

Samtidigt bör det betonas att avsikten hos 1958 års grundlagstiftare, inklusive de Gaulle själv, troligen inte var att C.C. skulle ägna sig åt lagprövning[66] (den »verksamhetsgren» som i dag är den dominerande eller i vart fall den som tilldrar sig mest uppmärksamhet). Utgångspunkten vid utarbetandet av grundlagen var, precis som tidigare, att denna enbart borde innehålla rent statsorganisatoriska regler. Eftersom rättighetsdeklarationen

64. Jfr t.ex. Favoreu, La politique saisie par le droit, Paris 1988 s. 21.
65. Se bl.a Poullain, a.a.s. 23.
66. Jfr Bon, a.a.s 51 ff, Favoreu, a.a.s. 22, Rivero, Menneskerettighetenes stilling...s. 69 och Vedel, Abrégé...(I) s. 641 samt Robert, a.a.s. 1157: »Ce n'etait pas dans une intention liberale qu'a l'origine cette creation avait eté décidée, mais pour reduire la souveraineté parlementaire et éliminer avec elle l'hegemonie – jugée pernicieuse – de la loi.»

vid denna tidpunkt inte var erkänd som gällande rätt kan det knappast heller ha förutsetts att C.C. skulle komma att pröva lagförslags förenlighet med denna. Att författningsrådets verksamhet efterhand, med början 1970-71, allt mer kommit att präglas just av lagprövning är därför snarare en följd av att C.C. tillerkänt sig självt denna befogenhet än av att konstitutionen implicit ger C.C. en sådan rätt. Att rådets avgöranden i allmänhet tillmäts mycket stor betydelse är i sin tur en naturlig följd av att dess beslut enligt art.62 st.2 är bindande för samtliga myndigheter och domstolar. »Grundlagsfädernas» syfte med att ge C.C. denna starka ställning var dock inte att rådet skulle ta ställning till rättighetsfrågor, utan att C.C. med bindande verkan skulle avgöra de tvister om kompetensfördelning mellan olika statsorgan som den nya grundlagen kunde tänkas ge upphov till. Det är normprövning av detta slag som egentligen åsyftas i art.61[67] (vartill kommer att C.C. enligt andra artiklar i författningen har vissa andra funktioner – att övervaka val och folkomröstningar m.m. – där dess beslut också blir bindande).

En annan fråga är om rådets med tiden allt intensivare och vidlyftigare normprövning, som således både strider mot traditionellt franskt konstitutionellt tänkande och saknar direkt stöd i konstitutionen, verkligen kan accepteras från politiskt håll. Mycket i den franska historien talar för att så inte borde vara fallet, men faktum är att samtliga rådets avgöranden – även sådana kring vilka den politiska striden varit hård – fram till 1993 respekterats (och i huvudsak accepterats) både av politiker och berörda myndigheter.[68] Presidenten har t.ex., fullt i enlighet med art. 62 st. 2, aldrig promulgerat en lag som C.C. funnit vara grundlagsstridig.[69] Ingenting tyder heller på att C.C. så att säga skulle sakna legitimitet i befolkningens ögon; rådets avgöranden är ofta omdiskuterade, men dess rätt att meddela dem tycks sällan ifrågasättas, trots att rådets verksamhet i hög grad lett till en slags politikens »judikalisering».[70] Den punkt där C.C. enklast kan diskuteras från samma utgångspunkter som en författningsdomstol är väl annars just den demokratiska legitimiteten i dess rätt att åsidosätta beslut av valda politiska församlingar, men särskilt livlig har diskussionen om dess maktutövning åtminstone före 1992/93 aldrig

67. Jfr Cappelletti/Cohen s. 2, Poullain, a.a.s. 24, Avril/Gicquel, a.a.s. 13 samt Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel s. 29 ff. Det var också på detta sätt som C.C. länge uppfattades i doktrinen; se Bon, a.a.s. 55 ff.
68. Se närmare Oberdorff, a.a.s. 677 och Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel s. 143 ff. Förhållandet mellan C.C. och de politiska organen analyseras närmare av Favoreu i La politique saisie par le droit, Paris 1988. Som Favoreu nämner (se även i RIDC 1994 s. 563) var irritationen mot C.C. sannolikt som starkast från det då regerande socialistpartiet 1981-82, i samband med underkännandet av den föreslagna nationaliseringslagstiftningen, men denna oro blåste snabbt över. Jfr härom Avril/Gicquel, a.a.s. 63 f. Denna debatt tycks dock ha avstannat efter rådets andra beslut om nationaliseringarna av den 11 februari 1982 (82-139 DC). Se allmänt även Favoreu (utg.), Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques, Aix-en-Provence 1988. Till den respekt rådet åtnjuter bidrog sannolikt införandet 1974 av en rätt för minst sextio parlamentsledamöter att begära att C.C. skall granska ett lagförslag.
69. Jfr Favoreu, La politique saisie...s. 52 f o. 114. Presidenten har f.ö. aldrig utnyttjat sin rätt jämlikt art. 61 att be C.C. pröva grundlagsenligheten av ett lagförslag. Däremot var det presidenten som 1992 jämlikt art.54 uppmanade C.C. att pröva grundlagsenligheten av det nyligen ingångna Maastrichtfördraget. På samma sätt begärde presidenten 1985 att C.C. skulle pröva grundlagsenligheten av det sjätte tilläggsprotokollet till ECHR (22 maj 1985, 85-188, DC, Rec. 15).
70. Jfr härom Rousseau, a.a.s. 371 ff.

varit i Frankrike.[71] Möjligen sammanhänger detta i någon mån med den preventiva normkontrollens karaktär; ett underkännande från C.C. hindrar inte att regeringen återkommer med ett nytt, omarbetat lagförslag, vilket ibland kanske kan vara mer lättsmält för den politiska majoriteten än att en antagen lag åsidosätts eller ogiltigförklaras av en domstol.[72] Om en lag underkänns i grunden, så att hela dess politiska syfte omintetgörs, torde dock skillnaden i här berört avseende vara mindre.

Två avgöranden från 1992 och 1993 har emellertid bidragit till att intensifiera debatten om C.C.:s makt i förhållande till politikernas makt och de värden som den konstitutionella normmassan ger uttryck för. Det lite lustiga i sammanhanget är att C.C. i det ena av dessa fall närmast slog vakt om politikernas handlingsfrihet, medan det andra beslutet lyckades reta gallfeber på den borgerliga regeringen och till och med framtvingade en grundlagsändring som innebar att beslutet »kördes över».

Det första av besluten gällde Maastrichtfördraget. Sedan C.C. i ett beslut i april 1992 slagit fast att fördraget inte kunde ratificeras utan vissa grundlagsändringar[73] antogs dessa ändringar i juni 1992. En grupp EU-kritiska senatorer menade emellertid att fördraget även efter de vidtagna ändringarna stred mot konstitutionen, vilket C.C. efter en hastig prövning inte fann vara fallet.[74] Senatorerna önskade också att C.C. skulle uttala sig, rent generellt, om möjligheterna att genom grundlagsändring ändra konstitutionens karaktär. C.C. hade ingen särskild anledning att ta denna uppmaning ad notam, men fastslog mycket kategoriskt att den grundlagstiftande församlingen, *le pouvoir constituant* – dvs 3/5 av det samlade parlamentet eller folket genom folkomröstning[75] – **är helt suverän:**

> ...il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions constitutionnelles dans la forme qu'il estime appropriée; rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle...

Slutsatsen härav är att de organ – dvs le pouvoir constituant – som har möjlighet att ändra konstitutionen inte räknas till de statsorgan som enligt art. 62 st. 2 är bundna av rådets avgöranden. Samtidigt förbehöll sig dock C.C. rätten att **alltid** pröva vissa förslag till grundlagsändringar, nämligen sådana som vidtas när presidentämbetet inte är besatt (jfr art. 7 i konstitutionen) eller som i strid med art.89 st.5 i konstitutionen skulle ändra Frankrikes yttre gränser eller republikanska styrelseskick. Således finns det även i Frankrike vissa »suprakonstitutionella värden»[76], vilka kan sägas motsvara den tyska s.k. evighetsgarantin i art. 79 st. 3 GG.[77]

71. Såvitt gäller de politiska partiernas inställning visar Favoreu i La politique saisie par le droit, s. 23 ff, att bägge de politiska blocken föga förvånande haft en tendens att hylla C.C. när de varit i opposition men kritisera rådets avgöranden när de innehaft regeringsmakten. Rådets ställning och auktoritet har emellertid blott undantagsvis ifrågasatts från politiskt håll; se dock nedan om diskussionen 1993 efter avgörandet om polisens identitetskontroll.
72. Jfr Favoreu, a.a.s. 71 samt i RIDC 1994 s. 564.
73. Se närmare avsnitt 8.6.
74. 92-312 DC, 2 september 1992, Rec. s. 76.
75. Jfr ovan avsnitt 8.3.
76. Jfr Rousseau, Chronique, Rev.d.dr.publ. 1993 s. 16 ff.
77. Jfr kap. 7.1.4.

Det andra beslutet gällde ett förslag till ny invandringslag som den nyvalda borgerliga regeringen 1993 lanserade genom sin inrikesminister Charles Pasqua. C.C. underkände eller förhindrade genom en strikt tolkning varje tillämpning av stora delar av lagen, vilket skapade stor irritation inom regeringspartierna (vilka ensamma hade den för grundlagsändring erforderliga parlamentsmajoriteten).[78] Irritationen riktade sig främst mot det faktum att C.C. förklarade att även internationella konventioner om flyktingsamarbete vilka Frankrike anslutit sig till och vilka hänvisade till principen om prövning av flyktingstatus i första asylland (här avsågs främst det s.k. Schengenavtalet inom EU) måste tolkas mot bakgrund av preambeln till 1946 års konstitution, där det stadgas att **alla** flyktingar har rätt att få asyl i Frankrike. Lagen underkändes alltså inte av C.C. på denna punkt, men det av Pasqua önskade syftet kunde inte uppnås eftersom Frankrike enligt C.C. måste behålla sin i förhållande till andra länder sannolikt mer generösa **generella** asylrätt. Irritationen inom regeringspartierna ledde till att kongressen, det församlade parlamentet, den 19 november 1993 med nödvändig kvalificerad majoritet antog en ny art.53-1 i konstitutionen, där rätten för den franska staten att ingå avtal liknande Schengenfördraget slogs fast, varjämte det konstaterades att franska myndigheter alltid har **rätt** att bevilja alla flyktingar, inklusive de som först sökt asyl i något annat land, asyl. Någon generell sådan skyldighet finns däremot inte enligt den nya grundlagsbestämmelsen, som således strider mot st.4 i 1946 års preambel. Denna äldre bestämmelse hör dock ännu till le bloc de constitutionnalité, varför det nu finns två motstridiga bestämmelser med konstitutionell rang i detta ämne.

Detta var alltså första gången som franska politiker undanröjde ett beslut från C.C. Att le pouvoir constituant har denna möjlighet följer dock av Maastrichtavgörandet från 1992 (även om det finns en viss oenighet i doktrinen[79]). Vad som återstår att se är givetvis vilken av de motstridiga reglerna som C.C. i ett konkret fall kommer att ge företräde; grundlagsändringen är ju från de nuvarande regeringspartiernas sida meningslös om 1946 års preambel ändå ges företräde. Det troliga är väl att den nya grundlagsregeln måste ges företräde framför den gamla enligt sedvanliga regler om lex posterior, men här kan möjligen förutses nya debatter om legitimiteten i rådets maktinnehav.

Det kan inte uteslutas att det faktum att de politiska organen visat sin makt och beredvillighet att helt undanröja ett oförmånligt avgörande från C.C. bidragit till att öka rådets legitimitet i politikernas och allmänhetens ögon. De politiska organen har ju härigenom handgripligen illustrerat att de så att säga har det sista ordet beträffande lagarnas grundlagsenlighet, rådets allt mer utvidgade lagprövning till trots.[80] Tendenserna till judikalisering av politiken blir kanske på så sätt enklare att fördra.

78. 93-325 DC, 13 augusti 1993, Rec.224.
79. Främst mellan två av »giganterna» i fransk statsrätt, den förre ledamoten i C.C. Vedel, som hävdar att le pouvoir constituant alltid har full handlingsfrihet och att det inte finns någon möjlighet att hindra detta, samt Favoreu, som värnar om de suprakonstitutionella principernas helgd. Se Vedel, Souveraineté et supra-constitutionnalité, Pouvoirs 1993 s. 79-97 och Favoreu, d:o, Pouvoirs 1993 s. 71-78.
80. Jfr Favoreu i RIDC 1994 s. 578.

8.5.4 Metoder i rådets normprövning

Om man försöker analysera författningsrådets avgöranden för att granska utvecklingslinjerna i dess praxis, måste man som antytts skilja på tiden före och efter 1971. Beslutet Liberté d'association av den 16 juli 1971[81] är på många sätt en vattendelare i utvecklingen; därefter har granskningen mer och mer blivit inriktad på lagarnas förenlighet med reglerna i den konstitutionella normmassan. Det är också denna granskning som är av störst intresse i detta sammanhang.

C.C. gör i allmänhet en mycket detaljerad granskning av de lagar rådet fått sig förelagda, åtminstone av de mer kontroversiella bestämmelserna. Det faktum att en lags ändamål är godtagbart utgör aldrig en tillräcklig garanti för att dess regler är förenliga med le bloc de constitutionnalité.[82]

Vidare kan man urskilja åtminstone två av C.C. utvecklade huvudprinciper: Dels att friheten alltid är regeln och begränsningen (det ibland nödvändiga) undantaget[83], dels att ny lagstiftning inte får leda till att enskilda får ett sämre rättighetsskydd än de tidigare haft. Konkret innebär den senare principen att det visserligen är tillåtet för lagstiftaren att modifiera en äldre lag eller ersätta den med en ny, men den nya lagen får inte upphäva eller inskränka någon av de rättigheter som den äldre tillerkänt medborgarna.[84]

Samtidigt har C.C. självt satt upp vissa gränser för vad som är möjligt att pröva, vad som är »*juridicisable*»[85]; övriga frågor, som inte ryms inom dessa gränser, överlåts åt lagstiftaren, som därvidlag tillerkänns en viss bedömningsmarginal. I ett uppmärksammat avgörande rörande den dåvarande abortlagstiftningen slog C.C. 1975 fast att art.61 inte ger rådet någon allmän besluts- och bedömningsmakt – beträffande exempelvis tillåtligheten av rättighetsbegränsningar – likvärdig med parlamentets.[86] Denna formulering (»...l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil Constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de decision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen...») eller någon snarlik har återkommit i flera senare avgöranden[87]; med åberopande av denna princip har C.C. bland annat avhållit sig från att bedöma – emedan detta anses vara en fråga för lagstiftaren – vilka statliga verksamheter som utgör *necessités publiques*, dvs är så viktiga att deras utövande kan sägas ligga i det allmännas intresse.[88]

81. 71-44 DC, Rec. 29.
82. Som Bacot uttryckt det (a.a.s. 728) nöjer sig C.C. alltsedan det vägledande avgörandet den 16 juli 1971 inte med att granska »exteriören» på ett lagförslag, utan prövar alltid bestämmelsernas »*nature*», deras materiella karaktär.
83. Se närmare Benoit Jeanneau, »Juridicisation» et actualisation de la Declaration des droits de 1789, Rev.d.dr.publ. 1989 s. 642 m.h.t. CC-avgöranden där denna princip kommer tydligt till uttryck.
84. Se bl.a. Jeanneau, a.a.s. 643 f. I avgörandet Entreprises de presse av den 10-11 oktober 1984 (84-181 DC, Rec. 78) underkändes f.ö. en lag som i rättighetsavseende ansågs likvärdig med en äldre lag, vilken **i sin tur** ansågs strida mot art.11 i rättighetsdeklarationen.
85. Se Jeanneau, a.a.
86. Interruption volontaire de grossesse, 15 januari 1975, 74-54, Rec. 19. – Detta var f.ö. det första avgörande C.C. meddelade efter den grundlagsändring 1974 (av art.61 st.2), som gjorde det lättare för en minoritet i nationalförsamlingen att begära rådets prövning av ett lagförslag.
87. Se t.ex. Sécurité et liberté, 80-127 DC, 19-20 januari 1981, Rec.15.
88. 83-162 DC, 19-20 juli 1983, Rec. s. 63 samt 84-176 DC, 25 juli 1984, Rec. s. 56.

En annan tendens är att C.C. i svåra avvägningsfall ägnar sig åt en form av *Abwägung* genom att ställa olika konstitutionella principer mot varandra. 1979 förklarade C.C. sålunda att strejkrätten var en princip med konstitutionell giltighet, men att denna dock hade sina gränser och att lagstiftaren hade rätt att reglera dessa gränser eftersom även upprätthållandet av god offentlig service – i detta fall radio- och TV-sändningar – var en princip med konstitutionell giltighet.[89]

I två avgöranden 1991 upprätthöll C.C. på likartat sätt lagstiftning om förbud mot alkohol- och tobaksreklam respektive om enhetliga sjukvårdstaxor som även inkluderade privata sjukhus, trots att bägge lagarna i och för sig inkräktade på äganderätten (och näringsfriheten). C.C. fann i båda fallen att lagarna syftade till att värna folkhälsan, »la santé publique», som nämns i preambeln till 1946 års grundlag och därför tillhör le bloc de constitutionnalité.[90] C.C. gjorde i båda dessa fall en distinktion mellan den medborgerliga rättigheten som sådan, vars existens aldrig får hotas, och utövandet av rättigheten, som däremot får regleras av lagstiftaren.[91] Tydligt är att rättighetsbegränsningar är lättare att aceptera om de sker för att värna någon princip som i sig anses ha konstitutionell giltighet.

Samtidigt har C.C. klargjort att även om en viss self-restraint ibland kan vara på sin plats, får denna inte bli så drastisk att C.C. inte kan utföra sin uppgift, dvs att pröva lagars förenlighet med konstitutionen. I det andra avgörandet 1985 om lagstiftning rörande kolonin Nya Kaledonien förklarade C.C. just att laggranskningens syfte inte är att hindra eller försinka lagstiftarens legitima maktutövning utan endast att pröva de granskade lagarnas grundlagsenlighet. Denna granskning var enligt C.C. inte förenad med några demokratiska legitimitetsproblem, eftersom den av parlamentet antagna lagen endast ger uttryck för allmänviljan **i den mån den överensstämmer med konstitutionen**[92]; den konstitutionella normmassan var alltså i förhållande till lagen att se som det »högre» uttrycket för allmänviljan, inte som något mot den demokratiskt legitima lagen stridande.[93] Dessutom har C.C. på vissa områden förbehållit sig en rätt att ingripa, trots att lagstiftaren tillerkänts en betydande »margin of appreciation». Detta gäller dels när C.C. konstaterar att det föreligger ett **uppenbart** fel, ett *erreur mani-*

89. Droit de grève à la radio et à la télévision, 25 juni 1979, 79-105 DC, Rec. 33: »Considerant...que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le legislateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérets professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intéret général auquel la grève peut etre de nature à porter atteinte; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle; que ces limitations peuvent aller jusqu'a l'interdiction du droit de grève...» Det är svårt att ur ett avgörande som detta utläsa om det är Abwägung, eller balancing, av ad hoc- eller av mer principiell karaktär som avses. Jfr om Tyskland och USA kap. 7.5.2.2 resp. 10.14.3.2.
90. Se 90-283 DC, 8 januari 1991, Rec.11 respektive 90-287 DC, 16 januari 1991, Rec.21.
91. Jfr även ett beslut från 1982 om viss medialagstiftning (82-141 DC, 27 juli 1982, Rec.48) där C.C. om yttrandefriheten konstaterade att »...ces libertés qui ne sont ni générales ni absolues ne peuvent exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi et que les règles apportant des limitations au financement des activités de communication par la publicité commerciale ne sont, en elles-mêmes, contraires ni à la liberté de communiquer ni à la liberté d'entreprendre...».
92. 85-197 DC, 23 augusti 1985, Rec.70.
93. Jfr om Ackermans snarlika idéer ovan i 3.2.3.

feste i ett lagförslag[94], dels vid bedömningar av om rättighetsdeklarationens på flera ställen uttryckta krav på »egalité» – jämlikhet eller här närmast likhet inför lagen – iakttagits; C.C. gör normalt sett en självständig bedömning av om detta krav kommer att kunna upprätthållas vid lagens tillämpning.[95]

Prövningen av om någon »erreur manifeste» föreligger tycks dock sedan en tid ha allt mer ha ersatts av en prövning av den föreslagna lagens, eller snarare rättighetsbegränsningens *proportionnalité*, som har tydliga likheter med den tyska läran om *Verhältnismässigkeit*.[96] C.C. prövar således att den föreslagna rättighetsbegränsningen inte är »excessive», dvs att den är nödvändig för att uppnå sitt syfte, ägnad att uppnå detta samt inte går längre än vad som erfordras härför.[97]

Som ett tidigt exempel på resonemang av detta slag i författningsrådets praxis kan nämnas det s.k. Sécurité et liberté-avgörandet från den 19-20 januari 1981, som gällde ett större straffrättsförslag, inkluderande regler om identitetskontroll och frihetsberövanden. C.C. fann här beträffande de senare reglerna att de begränsade frihetsinskränkningarna för de berörda personerna till vad som var nödvändigt »pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle».[98]

Principen om proportionnalité åberopades vidare i flera uppmärksammade avgöranden 1993. Detta gällde bl.a. det kontroversiella förslaget till ny medborgarskapslag, C.C. fann där under den särskilda rubriken »En ce qui concerne le principe de proportionnalité» att det faktum att varje i Frankrike (eller »på fransk jord») född utlänning som blev dömd för allvarliga brott miste sin rätt att söka franskt medborgarskap inte stred mot art. 8 i rättighetsdeklarationen, men att detta däremot gällde när motsvarande effekt inträffade till följd av ett anhållande vid franska gränsen eller ett rent administrativt utvisningsbeslut. Sanktionen stod här inte i proportion till förseelsen.[99] I ett avgörande senare samma år om ett nytt förslag till lag om identitetskontroll talade C.C. uttryckligen om den jämvikt som konstitutionen implicerar mellan hänsynen till allmän ordning och skyddet av den individuella friheten[100]; i detta fallet ansågs den generella rätten för de franska myndigheterna att utföra identitetskontroller (inte bara av utlänningar) inom en zon om tjugo kilometer innanför de franska gränsstationerna inte rubba denna jämvikt, men däremot den i lagen föreslagna möjligheten att utvidga denna extrazon för gränskontroll till fyrtio kilometer. Slutligen kan här nämnas den stora utlännings- och invandringslagen, »loi Pasqua». C.C. slog här fast att lagens syfte förvisso

94. Kravet på »erreur manifeste» kan å andra sidan ses som ett uttryck för återhållsamhet. Med åberopande av detta kriterium – som etablerades i det s.k. Sécurité et liberté-avgörandet av den 19-20 januari 1981 (80-127 DC, Rec.15) och sedan återkom i avgörandet 1982 om nationaliseringslagstiftningen – har C.C. inte sällan, ofta med formuleringar som tycks inspirerade av det ovannämnda abortavgörandet från 1975, undvikit att göra en alltför ingående prövning av ett lagförslags grundlagsenlighet. Se för en utförlig genomgång av C.C.-avgöranden från 1981-1986 där kriteriet åberopats Laurent Habib, La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1986 s. 695-730 samt för kritik av rådets försiktighet på denna punkt Bacot, a.a.s. 723 f. Bacot finner dock en förklaring till denna försiktighet i att C.C. prövar lagförslagens förenlighet med en rättighetsdeklaration som i stor utsträckning lämnar rättigheterna i lagstiftarens händer. Jfr även Favoreu, La politique saisie...s. 67 f samt till det sagda i övrigt ovan kap. 2.2.3.1.
95. Se bl.a. Jeanneau, a.a.s. 652 och Favoreu, Menneskerettighetserklæringen... s. 78 ff m.h.t. avgöranden från C.C.
96. Jfr ovan kap. 7.4.2.2 samt om förhållandet mellan denna metod och den måhända inte längre så gångbara erreur manifeste-läran Rousseau, Chronique, Rev.d.dr.publ. 1993 s. 119 o. 121 samt i Droit du contentieux constitutionnel s. 132 ff.
97. Se om de allmänna principerna för denna prövning ibid samt Christophe Vimbert, Ordre public et Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1994 s. 731 f.
98. 80-127 DC, 19-20 januari 1981, Rec. 15.
99. 93-321 DC, 20 juli 1993, Rec.196 (pp.11-15).
100. »...l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle»; 93-323 DC, 5 augusti 1993, Rec.213.

var att främja den allmänna ordningen, *ordre public*, vilken sedan länge erkänts som en princip med konstitutionellt värde, men att lagen ändå stred mot konstitutionen om den inte respekterade rättigheterna hos alla som vistas i Frankrike (sålunda inte enbart franska medborgare). Därefter prövades grundlagsenligheten i en stor mängd av den föreslagna lagens paragrafer, på så sätt att det helt enkelt undersöktes i vilken utsträckning dessa inkräktade på de berörda personernas – dvs i princip alla utlänningars – rättigheter. Åtta paragrafer stred enligt C.C. helt eller delvis mot le bloc de constitutionnalité.[101]

Just det faktum att proportionalitetsprincipen använts i dessa uppmärksammade fall under 1993 antyder att metoden eller läran håller på att bli allt mer central i rådets praxis. En fördel jämfört med principen om erreur manifeste kan möjligen vara att C.C. här inte behöver antyda att lagstiftaren gjort ett allvarligt misstag eller en direkt felbedömning[102]; kravet på grundlagsstridighet ställs här något lägre. C.C. kan då på ett annat sätt än när andra metoder används ange var gränsen för en godtagbar rättighetsbegränsning går, liksom, när en lag upprätthålls, förklara att detta sker under förutsättning att den tillämpas på ett icke alltför rättighetsbegränsande sätt.

Det sagda leder över till den uppmärksammade tolkningsprincipen *conformité sous réserves*. Utgångspunkten för författningsrådets prövning är som sagt att en förelagd lag antingen helt eller delvis är grundlagsstridig, varvid endera hela lagen eller enskilda paragrafer inte kan promulgeras och följaktligen inte heller tillämpas[103], eller att den är godtagbar, varvid den godkänns och ingen domstol eller myndighet kan vägra att tillämpa den. I praktiken väljer emellertid C.C. ofta ett tredje alternativ, ett mellanting som ger upphov till särskilda frågeställningar. Detta alternativ, s.k. conforme sous réserve, innebär att C.C. godtar lagen **under förutsättning** att de lagtillämpande myndigheterna **godtar den tolkning som C.C. i sitt beslut gjort** av omtvistade paragrafer.

Denna teknik kom till användning i avgörandet den 21 januari 1981 rörande lagen om »Sécurité et liberté», där C.C. underkände vissa paragrafer men lät andra stå kvar under förutsättning att de kom att tolkas på det sätt rådet anvisat.[104] Lagförslaget gällde ordningsmaktens befogenheter avseende gripande, anhållande, identitetskontroller m.m. Av de etthundra paragraferna i lagen underkändes fyra, av vilka två gällde processuella frågor (talerätt och rätt att överklaga vissa beslut), en gällde (eventuellt) retroaktiv strafflagstiftning och en gällde möjligheten för en domare att utan vidare prövning beröva en advokat som uppträtt störande i rätten friheten i två dagar. »Godkännandet med förbehåll» omfattade ett antal olika bestämmelser som C.C. uttryckligen angav endast kunde tillämpas under förutsättning att domstolen tolkade dem på ett visst sätt. Sålunda ålades t.ex. den domare som enligt lagen gavs rätt att utan förhandling eller rättegång förlänga anhållande-

101. 93-325 DC, 13 augusti 1993, Rec.224.
102. Jfr Rousseau, a.a. samt närmare om sambandet mellan de bägge principerna Chronique...Rev.d.dr.publ. 1992 s. 58 f.
103. Ett partiellt underkännande av en lag, dvs blott av vissa paragrafer i den, kan få vitt skilda effekter. Regeringen kan givetvis välja att hänskjuta lagen till presidenten för promulgation i det sålunda rumphuggna skicket, eller också att lotsa en ny och modifierad lag genom parlamentet, vilken sedan eventuellt kan hänskjutas till C.C. för ny granskning. Detta senare alternativ valdes efter beslutet i januari 1982 om nationaliseringslagstiftningen, som delvis befanns strida mot den konstitutionella normmassan (81-132 DC, Rec.18, 16 januari 1982). Det nya, modifierade lagförslaget godkändes av C.C. med vissa reservationer (dvs s.k. conformité sous réserve). Se 82-139 DC, 11 februari 1982 (Rec.31).
104. 19-20 januari 1981, 80-127 DC, Rec. 15.

tiden för en misstänkt med ett dygn att alltid noga undersöka alla kända fakta om den misstänkte innan ett sådant beslut fattades.[105]

I det tidigare nämnda avgörandet 1993 om »loi Pasqua», där prövningen var sällsynt ingående och omfattande, åberopades regeln om conformité sous réserves vid inte mindre än tio tillfällen. Tio av de undersökta bestämmelserna i lagen var alltså enligt C.C. grundlagsenliga under förutsättning att de gavs den av C.C. rekommenderade tolkningen. Sålunda ansågs t.ex. en generell rätt för polisen att alltid begära att få se utlänningars identitetshandlingar endast vara förenlig med konstitutionen under förutsättning att den utövas på ett sätt som utesluter varje form av diskriminering mellan olika personer (vilket väl innebär att polisen t.ex. inte har rätt att särskilt koncentrera sig på araber eller mörkhyade personer). Vidare fastslog alltså C.C., vilket var den politiskt mest kontroversiella delen av avgörandet[106], att de nya, skärpta bestämmelserna om asylrätt måste tolkas mot bakgrund av den generella asylrätt för alla flyktingar som erkänns i preambeln till 1946 års konstitution; principen om prövning av flyktingens asylrätt i första asylland, som den nya lagen hänvisade till, var därför enligt C.C. bara förenlig med konstitutionen om Frankrike aldrig avsade sig rätten att pröva den enskilde flyktingens status.[107] Detta gällde även om regeln om prövning i första asylland följde av någon internationell konvention som Frankrike bands av; denna konvention var i så fall enligt C.C. bara grundlagsenlig om den tillät Frankrike att i enlighet med 1946 års preambel pröva även de flyktingars status vilka först uppehållit sig i något annat land.[108] På detta sätt åsidosattes i praktiken, om än inte formellt, den föreslagna skärpningen av asyllagstiftningen, vilket som nämnts var bakgrunden till den politiska irritationen.

Innebörden av sådana uttalanden är inte bara att C.C. ger anvisningar om hur lagen skall tolkas, utan också att rådet anger **under vilka förutsättningar lagen kan tillämpas.**[109] Onekligen innebär denna möjlighet för C.C. att så att säga styra myndigheters och domstolars agerande en betydande maktbefogenhet. Frågan är dock i vilken utsträckning uttalanden av detta slag är bindande för domstolar och myndigheter. Art.62 st.2 i konstitutionen kan tolkas som att även dessa uttalanden är rättsligt bindande.[110] Detta är också rådets egen uppfattning[111], men rättsläget är inte helt klart, eftersom det berörda lagrummet också kan tolkas så att endast själva besluten från C.C. binder alla franska myndigheter och statsorgan.[112] Dessutom kan ett beslut från C.C. som innebär att lagen blott kan tillämpas om den ges en viss tolkning vara praktiskt svårt för domstolarna att

105. Ännu tydligare var C.C. i ett avgörande om ny presslagstiftning 1984, där det fastslogs att alla bestämmelser i lagen utom en, som åsidosattes, var godtagbara under den bestämda förutsättningen att de tillämpades på det sätt som C.C. angav. Se 84-181 DC, 10-11 oktober 1984, Rec.78: »Sous les strictes réserves d'interprétation énoncées plus haut, les autres articles de la loi ne sont pas contraires à la Constitution.»
106. Jfr ovan avsnitt 8.5.3 in fine.
107. Utlänningar anses annars generellt inte vara omfattade av de franska reglerna om medborgerliga rättigheter, trots att deklarationen från 1789 avser både mänskliga och medborgerliga rättigheter. Jfr Eric Savoie, Frankreich, i Grundrechte in Europa und USA s. 228 ff.
108. 93-325 DC, 13 augusti 1993, Rec.224 pp. 16 o. 88.
109. Jfr bl.a. Favoreu, L'application directe... s. 12 och Loic Philip, Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1983 s. 412.
110. Så menar t.ex. Rousseau, Droit du Contentieux...s. 139.
111. Se 88-1127, 20 april 1989, Rec.32, där C.C. slog fast att de i art. 62 st. 2 nämnda effekterna av rådets beslut inte bara gällde »à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même.»
112. Jfr art. 62 st. 2: »Les décisions du Conseil Constitutionnel...s'imposent aux pouvoirs publiques et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.»

hantera. Det kan dock noteras att kritiska reaktioner från domstolar och andra rättstillämpande myndigheter, vars praxis genom denna typ av uttalanden binds mycket hårt till C.C.:s lagtolkning, hittills lyst med sin frånvaro.

8.6 Folkrättens ställning i fransk rätt

I Frankrike har sedan länge en monistisk syn rått på förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt.[113] Detta traditionella synsätt har kodifierats i art.55 i konstitutionen, som stadgar att de traktater eller överenskommelser vilka ratificerats eller godkänts på sedvanligt vis[114], sedan de kungjorts officiellt har högre rang än franska lagar. Det är således enligt huvudregeln inte nödvändigt att inkorporera eller transformera konventionen till nationell rätt genom en särskild lag, men enligt art. 53 krävs lagform för vissa speciella traktater, bl.a. sådana som automatiskt medför lagändringar (vilket konventioner om mänskliga rättigheter vanligtvis gör, eftersom rättighetsregleringar kräver lagform).[115]

Av art.54, där det framgår att C.C. på begäran av presidenten, premiärministern eller ordföranden eller sextio ledamöter i någon av parlamentets kamrar kan pröva om en internationell överenskommelse strider mot konstitutionen, följer dock att folkrätten inte har högre status än denna. Finner C.C. att en internationell överenskommelse strider mot konstitutionen eller någon del av den konstitutionella normmassan kan överenskommelsen inte godtas förrän konstitutionen ändrats, vilket senast var fallet då rådet prövade Maastrichtfördragets grundlagsenlighet och fann att detta inte kunde ratificeras om inte grundlagen ändrades på vissa punkter.[116]

När väl en traktat ratificerats och i vederbörlig ordning godkänts är den emellertid normalt en fullständig, integrerad del av fransk rätt, som är bindande för alla statsorgan och direkt tillämplig vid franska domstolar.[117] Det råder exempelvis ingen tvekan om att ECHR är direkt tillämplig i fransk rätt, varför lagars förenlighet med denna och andra ratificerade konventioner eller internationella övereskommelser kan prövas av en fransk domstol.[118] Detta får givetvis särskilt stor betydelse om ECHR eller någon annan kon-

113. Se t.ex. Louis Dubouis, Betydningen av den internasjonale beskyttelse av menneskerettighetene i fransk intern rätt, TfR 1990 s. 134-166. Jfr allmänt om monism och dualism ovan i 1.4.2.2.
114. Dvs av presidenten, art. 52.
115. Jfr Dubouis, a.a.s. 142 samt ovan i avsn. 8.3.
116. 92-308 DC, 9 april 1992, Rec. s. 55. Även beslutet om Schengenfördraget (93-325 DC, 13 augusti 1993, Rec. 224) kan nämnas här, eftersom C.C.:s tolkning av detta och av konstitutionens innebörd drev fram en grundlagsändring. Jfr ovan i 8.5.3.
117. Åtminstone under förutsättning att reglerna i konventionen är *self-executing*, dvs kapabla att ge upphov till konkreta rättigheter och skyldigheter för berörda rättssubjekt; se närmare Dubouis, a.a.s. 145 f o. 147-48.
118. Conseil d'Etat hade länge en oklar hållning härvidlag – även såvitt gällde EG-rättens företräde framför franska lagar – men prövade i ett plenumavgörande 1989 (Nicolo, C.E. Ass., 20 oktober 1989) huruvida lagen om val till EG-parlamentet var förenlig med art.227 st.1 i RomF. Senare har domstolen även i några fall uttryckligen givit EG-regler företräde framför nyare franska lagar, varför åtminstone EG-rättens företräde framför inhemsk rätt nu erkänns av franska domstolar; se Catherine Blaizot-Hazard, Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hierarchie des normes, Rev.d.dr.publ. 1992 s. 1313. ECHR ratificerades av Frankrike först den 20 maj 1974, vilket är ytterligare ett tecken på att de mänskliga

vention skyddar en rättighet som inte omfattas av deklarationen eller konstitutionen. Det bör dock noteras att de franska domstolarna, som inte är behöriga att pröva lagars grundlagsenlighet, inte heller kan pröva traktaters förenlighet med konstitutionen.[119] Domstolarna, främst Conseil d'Etat, har vanligtvis varit mycket försiktiga med att tillämpa rättighetsregler i ECHR och andra konventioner och endast använt dessa subsidiärt, när inga nationella regler stått till buds.[120]

C.C. har hittills aldrig velat utöva den indirekta, efterföljande kontroll av traktaters grundlagsenlighet som rådet får då redan införlivade traktater ger upphov till senare lagändringar vilka granskas av C.C.[121] C.C. förklarade också i beslutet den 15 januari 1975 om abortlagstiftning att dess behörighet att kontrollera lagförslags grundlagsenlighet inte innebär någon behörighet att granska om lagar strider mot folkrätten.[122] Konsekvensen härav är att en lag som inskränker en medborgerlig rättighet vilken garanteras i folkrätten, men inte i fransk rätt, likväl kan promulgeras (varefter den i princip kan

rättigheternas rättsliga ställning i Frankrike stärkts under den senaste tjugofemårsperioden. Den individuella klagorätten till ECtHR erkändes f.ö. inte förrän den 2 oktober 1981. Se närmare härom Alain Pellet i Rev.d.dr.publ. 1981 s. 69.

119. Däremot anses de alltid kunna pröva om traktaten verkligen är en del av fransk rätt, dvs om ratificeringen gått till på rätt sätt; se till det sagda Dubouis, a.a.s. 158-59. Möjligheten att pröva en lags förenlighet med traktaten kan ses som en form av kontroll av lagens grundlagsenlighet, eftersom den följer av art. 55 i grundlagen; jfr Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel s. 105. Detta är i så fall den enda lagprövningsrätt de franska domstolarna besitter.
120. Se närmare Dubouis s. 150 f m.h.t. praxis.
121. Se t.ex. 89-268 DC, 29 december 1989, Rec.110. Traktaters grundlagsenlighet kan prövas av C.C. om någon behörig sökande jämlikt art.61 st. 2 kräver att den lag som möjliggör ratificeringen skall prövas av rådet. Om denna ratificeringslag skulle befinnas vara grundlagsstridig kan den givetvis inte promulgeras (jfr art.62). Här märks dock att C.C. i sitt tredje beslut om Maastrichtfördraget av den 23 september 1992 (92-313) förklarade sig obehörigt att pröva lagar av detta slag vilka antagits **efter folkomröstning**. – En fråga som efter det andra Maastrichtbeslutet av den 2 september 1992 (92-312, DC, Rec. s. 76) ägnats visst intresse i fransk doktrin är om C.C. här modifierade sin tidigare praxis. Bakgrunden är följande: Enligt den nya grundlagstexten, art.88-3, gäller att de närmare bestämmelserna rörande icke-franska EU-medborgares rösträtt vid vissa val skall regleras i en organisk lag. C.C. yttrade sig här om Maastrichtfördragets grundlagsenlighet, **efter det** att de grundlagsändringar som C.C. krävt i sitt beslut den 9 april 1992 vidtagits och fann fördraget i dess helhet grundlagsenligt. Beträffande den nämnda organiska lagen, som C.C. jämlikt art.61 st.1 har att granska, framförde dock C.C. synpunkten att den måste respektera EU:s och Maastrichtfördragets bestämmelser i ämnet. Detta skulle kunna tolkas som att C.C. tog ställning till en lags förenlighet med en internationell konvention, men det måste då poängteras dels att det inte var denna organiska lag som prövades i målet, dels och framförallt att den synpunkt C.C. hade faktiskt följde av den nya art.88-3 i grundlagen. En annan sak är att C.C. i vissa fall möjligen kan ha hämtat viss inspiration i sin normprövning från ECtHR och ECJ; se t.ex. Rapport de la délégation francaise, nionde kongressen för europeiska författningsdomstolar 1993 i den av C.C. utgivna Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?, Vol. 1, Paris 1993 s. 342 och Dominique Rousseau, Chronique...Rev.d.dr.publ. 1992 s. 46.
122. Interruption volontaire de grossesse, 74-54 DC, Rec. 19; jfr om avgörandet ovan i avsn. 8.5.4. Senare har C.C. också vägrat att pröva det s.k. Schengenavtalets förenlighet **med övrig EG-rätt** på den grunden att det inte tillkommer rådet att pröva olika internationella åtagandens förenlighet med redan ingångna traktater; se beslutet 91-264, 25 juli 1991, DC, Rec.91. Jfr också ovan i föregående not.

åsidosättas av domstol).[123] Här finns således en viktig modifikation av huvudregeln beträffande domstolarnas lagprövningsrätt, vilken dock ännu inte fått någon större praktisk betydelse.

Oviljan i C.C. att pröva lagars förenlighet med internationella konventioner innebär att dessa konventioner ännu inte kan sägas höra till le bloc de constitutionnalité, medan domstolarnas försiktighet rent allmänt medfört att konventionernas praktiska betydelse inte ökat. Det är dock inte säkert att detta förhållande kommer att vara för evigt. Givetvis kan det tänkas att domstolarnas kontroll av lagars *conventionnalité* i framtiden kommer att bli lika viktig som författningsrådets kontroll av deras *constitutionnalité*[124], varvid de högsta instanserna kanske rentav skulle bli lika viktiga och prestigefyllda som C.C., men i så fall gäller det nog för domstolarna att börja utnyttja de möjligheter till normprövning som art. 55 faktiskt ger dem.

123. Se Dubouis s. 162. Jfr Robert, a.a.s. 1162. En mycket utförlig genomgång av vilka medborgerliga rättigheter som skyddas i fransk rätt respektive i internationella traktater ges i Rapport de la delegation francaise s. 329 ff.
124. Jfr Dominique Rousseau, Droit du contentieux...s. 196 ff.

9. Storbritannien

9.1 Inledning. Något om framställningen

Uppgiften att beskriva de medborgerliga fri- och rättigheternas ställning i den brittiska statsrätten är av flera olika skäl inte alldeles enkel. Storbritannien[1] uppvisar vid en jämförelse med samtliga andra här undersökta länder – ja, jämfört med de allra flesta länder i världen – flera utpräglade särdrag, vilka gör det nödvändigt att angripa ämnet på ett helt annorlunda, mer omfångsrikt och detaljerat sätt än beträffande övriga länder som behandlas i denna framställning.

Bland dessa särdrag märks först och främst avsaknaden av en skriven författning och, delvis som en följd härav, avsaknaden även av en rättighetskatalog eller rättsligt gällande deklaration om medborgerliga fri- och rättigheter.[2] Innebörden av att Storbritannien alltså saknar en grundlag i egentlig mening är dock inte att det överhuvudtaget inte finns några regler om fri- och rättigheter i brittisk rätt, utan att de regler som finns är utspridda på olika håll i den brittiska rättsordningen. Vissa återfinns inom en mängd olika lagar med skiftande innehåll, medan andra kan härledas från en mängd vägledande prejudikat från olika brittiska domstolar.[3] För att kunna beskriva fri- och rättigheternas faktiska rättsliga ställning blir det därför här, på ett helt annat sätt än beträffande övriga behandlade rättsordningar, nödvändigt att, inte minst genom en genomgång av rättspraxis på relevanta områden, försöka skildra rättsläget för de enskilda medborgerliga rättigheterna; i annat fall är det knappast möjligt att beskriva i vilken utsträckning de »erkänns» eller anses vara rättsligt gällande. En sådan undersökning är dock inte något »nödvändigt ont» i detta sammanhang; tvärtom har det ett värde i sig och ett stort principiellt intresse att undersöka vilket skydd som kan upprätthållas för fri- och rättigheterna i ett land där dessa inte vilar på några som helst skriftliga garantier.

Inte minst bör frågan ställas om avsaknaden av grundlag och rättighetsdeklaration, i

1. Inom det område som på svenska kallas Storbritannien och på engelska United Kingdom (det engelska uttrycket Great Britain inkluderar i rättsliga sammanhang inte Nordirland) finns tre skilda rättsordningar, med egna domstolar och delvis egna lagar, nämligen England och Wales, Skottland samt Nordirland. En gemensam och för rättsutvecklingen enande faktor är att House of Lords är högsta domstol för alla områdena (utom beträffande skotska brottmål). Parlamentet kan från fall till fall välja att lagstifta för hela United Kingdom, för England, Wales och Skottland eller bara för England och Wales. Här behandlas av praktiska skäl endast de lagar och regler som är gemensamma för hela riket eller som enbart gäller i England och Wales samt de domstolar som finns i England och Wales; att behandla detaljer i Skottlands eller Nordirlands rättsordningar förefaller mindre meningsfullt.
2. Beträffande 1688 års Bill of Rights se nedan kap. 9.3.4.1.
3. Se beträffande prejudikatens stora betydelse i common law-traditionen och därmed den brittiska rätten nedan i kap. 9.3.1.

kombination med andra brittiska statsrättskarakteristika som t.ex. parlamentets oinskränkta lagstiftningskompetens, innebär att fri- och rättigheterna i praktiken åtnjuter ett sämre eller svagare skydd än i övriga här behandlade rättssystem.[4] Detta ansågs åtminstone till för tio-femton år sedan knappast vara fallet; den allmänna uppfattningen bland brittiska jurister var att det speciella brittiska common law-systemet gav väl så effektiva garantier för den enskildes frihet, för fri- och rättigheternas bevarande och för den enskildes skydd gentemot statsmakten som någonsin skulle kunna uppnås genom bindande rättighetsdeklarationer eller rätt för domstolar att pröva lagars grundlagsenlighet.[5]

Sedan början av 1980-talet har emellertid frågan om det skydd som de urgamla rättsprinciperna härvidlag ger är tillräckligt kommit att ställas allt oftare och så småningom blivit en central fråga i den brittiska samhällsdebatten. En sammanfattning av den (rätts)politiska debatt som ägt rum kring dessa frågor i Storbritannien under den senaste tioårsperioden ges därför nedan i kap. 9.5.

9.2 Statsrättsliga grunddrag

9.2.1 Översikt

De centrala och viktigaste inslagen i den brittiska statsrätten, som mer än annat ger den dess särpräglade karaktär, är förutom avsaknaden av en skriven grundlag och rättighetskatalog parlamentets oinskränkta lagstiftningsbefogenheter. Härmed avses den folkvalda församlingens oinskränkta rätt att stifta vilka lagar som helst, på vilka områden och rörande vilka frågor som helst. Denna oinskränkta lagstiftningsmakt skall ses mot bakgrund av att de brittiska domstolarna anses sakna lagprövningsrätt.[6] Eftersom Storbritannien dessutom av hävd tillämpar den dualistiska läran vad gäller folkrättens ställning i den nationella rätten, och sålunda inte tillerkänner internationella konventioner om t.ex. mänskliga rättigheter giltighet i nationell rätt förrän de införlivats i denna, åtnjuter de medborgerliga rättigheterna i Storbritannien åtminstone på pappret ett tämligen svagt skydd.

Här skall inledningsvis de viktigaste statsrättsliga särdragen behandlas lite närmare. Vissa andra särdrag i den brittiska rättsordningen som är nödvändiga att känna till för

4. Motsvarande förhållande gäller i och för sig i viss mån i EG-rätten; jfr nedan kap. 11.
5. Den klassiska hållningen, präglad inte minst av 1800-talets ledande statsrättsideolog A.V. Dicey – som inspirerat generationer av brittiska jurister – är, med dennes egna ord, att de centrala delarna av rättssäkerheten (rule of law) är att: »...the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of constitution.» Se Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9 uppl, London 1950, s. 195 f.
6. Lagprövningsrätt innebär här en rätt att pröva om de av parlamentet stiftade lagarna på något sätt strider mot eller kränker de fri- och rättigheter som medborgarna i Storbritannien trots allt, på ett teoretiskt eller abstrakt plan – eller genom vanlig lagstiftning – tillerkänns.

att förstå fri- och rättighetsskyddets omfattning, främst förhållandet mellan skriven lag, det gamla common law-systemet och case-law (dvs läran om prejudikatens bindande verkan) kommer att behandlas nedan i avsnitt 9.3.

9.2.2 »Unwritten Constitution»

Tillsammans med Israel är Storbritannien i dag av allt att döma den enda demokratiska staten i världen utan en skriven grundlag. Förvisso är det inte bara mycket ovanligt utan även svårfattligt att ett modernt, industrialiserat, demokratiskt samhälle som Storbritannien saknar en egentlig grundlag och att de högsta statsorganen och den politiska processen i detta land således till stor del styrs av sedvana, gamla rättsliga och politiska traditioner samt statsrättslig praxis. Systemet som sådant tycks dock fungera tillfredsställande; förslag om att införa en skriven grundlag i Storbritannien har inte blivit tillnärmelsevis lika uppmärksammade och omdiskuterade som de olika förslagen om en ny rättighetskatalog.[7] En annan sak är dock att avsaknaden av en skriven grundlag förmodligen bidrar till att de medborgerliga rättigheterna åtnjuter ett svagt skydd.[8]

De regler vilka tillsammans ändå formar eller utgör den brittiska konstitutionen kan enligt en schematisk indelning sägas bestå av skrivna regler och lagar (»statutes»), common law-regler inklusive vägledande prejudikat samt sedvanerätt, främst då av typen parlamentarisk sedvana.[9] Till denna senare kategori kan också räknas s.k. *constitutional conventions*.[10]

Att bindande prejudikat rörande konstitutionella frågor och de common law-regler som går att härleda från dessa – eller från annat håll – utgör en del av den brittiska statsrätten är en följd av common law-traditionen och dess prejudikatslära. Även dessa rättskällor anses utgöra en del av den – oskrivna – engelska konstitutionen.

De viktigaste skrivna konstitutionella eller statsrättsliga reglerna är de s.k. Parliament

7. Möjligen kan här dock under 1990-talet iakttas en ändring eller ett perspektivskifte i debatten; se om ett förslag till skriven grundlag från Institute for Public Policy Research James Cornford, On Writing a Constitution, Parl.Aff. 1991 s. 558-571 samt Dawn Oliver, Written Constitutions: Principles and Problems, Parl.Aff. 1992 s. 138 f. Se om två andra förslag från 1990-talets början Oliver s. 136 ff samt nedan i kap. 9.5 om den i slutet på 1980-talet bildade rörelsen Charter 88 (liksom för en överblick över debatten).
8. Jfr E.C.S. Wade/A.W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, 10 uppl 1985 s. 90, Anthony Lester, Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?, P.L. 1984 s. 47: »The main safeguards against the abuse of power by the government in Parliament are... not legally enforceable. They are constitutional conventions and understandings whose observance depends upon the sense of fair play of Ministers and civil servants; the vigilance of the opposition and individual members of Parliament; the influence of a free press and of an informed public opinion; and the periodic opportunity of changing the Government through free and secret elections» samt O. Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, 6 uppl., London 1978 s. 40-41: »... the legislative supremacy of Parliament means that there is no legal limit to the extent to which Parliament can abridge or abolish rights that in other countries may be regarded as »fundamental». Även Paula Kingston/Colin Imrie uttrycker viss skepsis mot systemet i Der Grundrechtsschutz in England, i Grundrechte in Europa und USA s. 719. Jfr även Nino, The Ethics of Human Rights s. 25 f.
9. Jfr O. Hood Phillips, a.a.s. 22.
10. Se om dessa främst S.de Smith/R. Brazier, Constitutional & Administrative Law, 6 uppl., London 1989 s. 28 ff samt, för fördjupade studier, G. Marshall, Constitutional Conventions, Oxford 1984.

Acts från 1911 och 1949, vilka reglerar förhållandet mellan parlamentets bägge kamrar, House of Commons (Underhuset) och House of Lords (Överhuset). Även the Royal Assent Act från 1967, som behandlar i vilken form det obligatoriska kungliga samtycket till nya lagar – det slutgiltiga momentet i lagstiftningsproceduren utan vilket inga lagar kommer till stånd – skall ges bör nämnas i detta sammanhang.[11]

En viktig effekt av avsaknaden av en skriven grundlag – och en konsekvens av parlamentets »allsmäktighet» – är emellertid att dessa skrivna konstitutionella regler inte befinner sig på en högre nivå i den brittiska normhierarkin än andra skrivna brittiska lagar, utan kan ändras eller upphävas på samma sätt som vilka andra lagar som helst. Det görs alltså i den brittiska rättsordningen ingen distinktion mellan lagar som är av grundlagskaraktär och annan lagstiftning.[12] Det är därför följdriktigt att den oskrivna brittiska konstitutionen ibland beskrivs som »flexibel»; varje statsrättslig eller konstitutionell regel kan nämligen ändras när och hur som helst, på samma sätt som andra lagar.[13]

Följden av detta blir att den brittiska statsrätten, trots eller just på grund av avsaknaden av grundlagar i egentlig mening, består av en mängd svåröverskådliga regler av skiftande slag. Den viktigaste, mest centrala principen i den brittiska statsrätten, som på sitt sätt kan sägas mildra effekterna av systemets svåröverskådlighet, är dock utan tvekan parlamentets »allsmäktighet», dvs dess reellt oinskränkta lagstiftningsbefogenhet.[14]

9.2.3 *Parlamentets obegränsade lagstiftningsmöjlighet*

a. Allmänt om innebörden Regeln att det folkvalda brittiska parlamentet har absolut makt att lagstifta i precis vilket ämne som helst benämns i den brittiska statsrättsliga doktrinen i allmänhet »*parliamentary sovereignty*».[15] Stundom beskrivs också parlamentet som »*omnipotent*» eller »*omnicompetent*», dvs allsmäktigt.[16] Vilka termer som används för att beteckna rättsläget får dock sägas vara av underordnad betydelse. Det viktiga är att slå fast det faktum att det brittiska parlamentet, med några få begränsningar, besitter absolut oinskränkt lagstiftningsmakt. Parlamentets »allsmäktighet» bör definieras närmare.

En enkel definition är att regeln innebär att det inte finns några rättsliga eller lagliga

11. Se närmare om lagstiftningsprocedurendenna nedan i 9.3.2.1.
12. Se bl.a. O. Hood Phillips a.a.s. 26 och Lord Scarman, Bill of Rights and Law Reform, i R.Holme/M.Elliott, 1688-1988, Time for a New Constitution, London 1988 s. 105.
13. Jfr bl.a. O. Hood Phillips, a.a. och de Smith/Brazier, a.a.s. 12 o. 16.
14. Enligt Dicey, a.a.s. 145, var »the absolute legislative sovereignty or despotism of the King in Parliament...the one fundamental dogma of English constitutional law». Se även Wade/Bradley, a.a.s. 66 och O. Hood Phillips, a.a.s. 51: – Läran om parliamentary sovereignty kan rentav ses som en grundnorm, i kelseniansk bemärkelse, för hela det brittiska rättssystemet; så t.ex. George Winterton, The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined, L.Q.R. 1976 s. 591 o. 597.
15. Se t.ex. de Smith/Brazier, a.a.s. 64 ff och T.R.S. Allan, The limits of Parliamentary Sovereignty, P.L. 1985 s. 614-629. Ibland används istället den snarlika termen parliamentary *supremacy*, se bl.a. O. Hood Phillips, a.a.s. 42 ff och Wade/Bradley, a.a.s. 60 ff. O. Hood Phillips föredrar f.ö. denna term (se a.a.s. 64), eftersom parlamentet inte anses kunna binda sina efterföljare och följaktligen inte stifta lagar som inte kan ändras; se härom närmare nedan under *c.*
16. Bl.a. i S.H. Bailey/D.J. Harris/B.L. Jones, Civil Liberties, Cases and materials, 2 uppl London 1985 s. 1.

begränsningar för parlamentets lagstiftningskompetens[17], eller att parlamentet kan stifta vilka lagar som helst, i alla frågor och oavsett vilka personer som berörs.[18] Dicey beskrev på 1800-talet förhållandet som så att parlamentet i denna form hade »under the english constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament».[19]

Vad gäller den sista av Diceys punkter, dvs att inget organ får åsidosätta parlamentets lagar och att de brittiska domstolarna sålunda är skyldiga att tillämpa alla lagar stiftade av parlamentet, måste understrykas att detta endast gäller lagar, s.k. *Acts of Parliament*. Förordningar – som domstolarna anses ha rätt att åsidosätta[20] – eller en av parlamentet ratificerad men ännu inte inkorporerad internationell konvention tillerkänns inte samma status.[21] Men domstolarna kan inte åsidosätta en Act of Parliament av något enda skäl.[22]

b. Närmare om innebörden. Konsekvenser för domstolarnas ställning Den väsentligaste rättsliga konsekvensen av parlamentets allsmäktighet eller i vart fall överhöghet kan sägas vara en regel som styr förhållandet mellan domstolar och lagstiftare och som säger att de förra är skyldiga att tillämpa alla av parlamentet antagna lagar.[23] Denna doktrin har ifrågasatts så litet – och blivit så allmänt accepterad bland jurister och allmänhet – att domstolarna mycket sällan haft anledning att ta ställning till den.[24] Några belysande fall, som säger något om regelns omfattning och närmare innebörd, finns dock.

I Madzimbamuto v. Lardner-Burke[25], som gällde frågor om lagstiftningskompetens i förhållandet mellan Storbritannien och den forna kolonin Rhodesia, uttalade Privy Council, domstolen i målet, bl.a.: »It is often said that it would be unconstitutional for the UK Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them,

17. A.a.s. 64.
18. Jfr O. Hood Phillips, a.a.s. 50-51. Parlamentet innebär härvidlag inte någon av de båda kamrarna för sig utan vad som brukar kallas »the Queen in Parliament» och som innefattar hela den lagstiftningsprocess i vilken ett lagförslag antas av över- och underhus och sedan får det nödvändiga kungliga samtycket (s.k. Royal Assent). Se Wade/Bradley och O. Hood Phillips, a.a. samt närmare om de formella kraven på en Act of Parliament de Smith/Brazier, a.a.s. 83 ff.
19. A.a.s. 39-40.
20. Jfr nedan kap. 9.3.2.2.
21. Jfr Wade/Bradley, a.a.s. 65-66.
22. I målet om den s.k. Broadcasting Ban (se härom nedan kap. 9.4.1.3 under b.), R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind, (1991) 1 A.C. 696, avfärdade t.ex. House of Lords klagandenas invändningar om att den i målet ifrågavarande, av inrikesministern utfärdade föreskriften stred mot art.10 i ECHR med att konventionen inte var en del av den brittiska rätten. För hänvisningar till andra fall där denna grundsats iakktagits se Lester, a.a.s. 67 f, Joseph Jaconelli, Enacting a Bill of Rights, Oxford 1980 s. 251 och Jeffrey Jowell, Broadcasting and Terrorism, Human Rights and Proportionality, P.L. 1990 s. 150 not 4.
23. Jfr Wade/Bradley, a.a. Se även Wade i Constitutional Fundamentals, London 1980 s. 26.
24. Jfr O. Hood Phillips, a.a.s. 52.
25. (1969) 1 A.C. 645, s. 723. – Privy Council är den högsta instansen vid de mål som gäller förhållandena i de gamla brittiska kolonier och nuvarande medlemsländer i brittiska samväldet vilka underkastat sig domstolens jurisdiktion och därigenom bevarat banden med den brittiska rätten.

the courts could not hold the Act of Parliament invalid.» Uttalandet belyser såväl domstolarnas totala maktlöshet som parlamentets totala makt. Ytterligare ett illustrativt fall är R. v. Jordan, där en person som dömts till fängelse för uttalanden som stred mot Race Relations Act av 1965 ansökte om rättsligt biträde som skulle kunna hjälpa honom att utverka s.k. habeas corpus på den grunden att ifrågavarande lag innebar en alltför långtgående inskränkning av yttrandefriheten. The Divisional Court avslog ansökan på grund av att parlamentet var suveränt att stifta vilka lagar det ville, varför ingen domstol kunde ifrågasätta lagens giltighet.[26]

Som nämnts ovan måste ett lagförslag för att bli lag antas både av över- och underhus och dessutom få s.k. Royal Assent.[27] I ett fall 1974, Pickin v. British Railways Board[28], konfirmerade House of Lords en princip som gällt sedan 1842, nämligen att domstolarna inte har någon rätt att åsidosätta Acts of Parliament ens av formella skäl och inte äger rätt att undersöka vad som skett vid parlamentsförhandlingarna för att se om någon lag behandlats för få gånger i de bägge kamrarna eller antagits på felaktiga premisser eller dylikt. Domstolarna befattar sig inte med frågan huruvida rätt procedur iakttogs vid lagens antagande.[29] Även formell lagprövningsrätt saknas således.[30]

Att märka är dock att detta faktum, att de brittiska domstolarna har mycket små möjligheter att åsidosätta eller ens pröva giltigheten av en Act of Parliament, inte innebär att de är betydelselösa för eller inte kan bidra till skyddet av de individuella fri- och rättigheter som ändå givetvis existerar i Storbritannien. Tvärtom har de en viktig roll att spela härvidlag, t.ex. genom lagtolkning, normprövning såvitt gäller förordningar – kvantitativt här som i de flesta andra länder en viktigare rättskälla än själva lagarna – värnet av individuella rättigheter som erkänns i common law samt den fortlöpande utvecklingen, genom rättspraxis, av common law-systemet i »människorättsvänlig» riktning.[31] Som framgår nedan i avsnitt 9.3.1.2 tyder vissa tendenser under senare år på att denna praxis alltjämt kan ha stor rättslig betydelse.

c. Ytterligare om innebörden. Undantagen Huvudregeln att det brittiska parlamentet fritt kan anta eller ändra vilka lagar som helst, med vilket innehåll och på vilket sätt det önskar, har dock några undantag eller begränsningar. Exakt hur långt dessa

26. 1967 Crim.L.Rev. 483. Här kan också hänvisas till Burmah Oil Co v. Lord Advocate, (1965) A.C. 75, där House of Lords tilldömde kärandebolaget skadestånd för att dess anläggningar i Burma under andra världskriget förstörts av brittiska styrkor, i syfte att hindra att de föll i de japanska styrkornas händer. Sedan domen fallit gjorde regeringen allvar av sitt hot att stifta en retroaktivt verkande lag, 1965 års War Damage Act, som undanröjde grunden för bolagets skadeståndsanspråk. Se närmare om de fruktlösa protesterna mot lagen Bailey/Harris/Jones, a.a.s. 9.
27. Se ovan s. 292 samt nedan i kap. 9.3.2.
28. (1974) A.C. 765.
29. Enligt ett uttalande i 1842 års fall (Edinburgh & Dalkeith Railway v. Wauchope, (1842) 8 Cl. and F. 710) gäller nämligen att när ett lagförslag, en »bill», har antagits av över- och underhus och fått the Royal Assent, så kan ingen domstol undersöka vad som förevarit vid lagens behandling och antagande i parlamentet. Ett undantag gäller möjligen för det fall att det av själva protokollet från parlamentsförhandlingarna framgår att de formella kraven för antagande av en Act of Parliament inte iakttagits. Jfr O. Hood Phillips, a.a.s. 83.
30. Jfr de Smith/Brazier, a.a.s. 85: »The courts will apparently now take the view that they *lack jurisdicton* to pronounce an ostensibly authentic Act of Parliament to be a nullity even though in fact Parliament has not functioned according to existing law».
31. Jfr bl.a. Bailey/Harris/Jones, a.a.s. 3-4 samt Kingston/ Imrie, a.a.s. 734. Se närmare nedan avsnitt 9.3.1.2.

sträcker sig är omöjligt att fastslå[32], men de två viktigaste torde vara omöjligheten för parlamentet att binda efterföljande parlament genom att anta oföränderliga lagar samt EG-rättens principiella överhöghet över den brittiska nationella rätten (med åtföljande svårighet för parlamentet att anta lagar som strider mot EG-rättens regler på motsvarande område och framförallt, även om en sådan möjlighet finns, svårigheter för domstolarna att i så fall tillämpa de nationella lagarna).

För att bena ut frågeställningarna något märks först, vad gäller förhållandet mellan äldre och nyare lagar som reglerar samma fråga, att om den nya lagen inte uttryckligen i själva lagtexten förklaras träda i stället för, och därigenom avskaffa, den äldre – s.k. *express repeal* – så **skall** domstolarna, därest de bägge lagarna är oförenliga, ge den senare lagen företräde; den äldre lagen anses då vara upphävd genom s.k. *implied repeal.*[33]

Regeln att parlamentet så att säga kan göra allt utom att styra framtiden är allmänt omfattad i den statsrättsliga doktrinen.[34] Denna inskränkning av parlamentets eljest totala handlingsfrihet tillerkänns dock *parlamentet som institution* snarare än en vid ett visst tillfälle given sammansättning av detta parlament. Omöjligheten för ett visst parlament ett visst år, med viss sammansättning, att binda framtida parlament och på något sätt begränsa dessas handlingsfrihet, är en konsekvent följd av att makten finns i det suveräna parlamentet och ingen annanstans.[35]

En av de faktorer som möjligen kan undergräva huvudregeln om parlamentets suveränitet som statsrättslig utgångspunkt är Storbritanniens medlemskap i EU, som innebär en förpliktelse att ge EG-rätten företräde i de troligen alltmer frekventa fall då konflikt mellan de båda regelsystemen uppstår.

Storbritannien anslöt sig till EG 1973. I samband därmed antogs den s.k. European Communities Act av 1972, där EG-rättens ställning i förhållande till den nationella rätten regleras i sina huvuddrag. Enligt section 2(1) i European Communities Act tillerkänns EG-rättens regler direkt effekt i Storbritannien. Här har således EG-organen givits

32. Jfr Allan i P.L. 1985 s. 627.
33. Se t.ex. Wade/Bradley, a.a.s. 71 och Joseph Jaconelli, Enacting a Bill of Rights, Oxford 1980 s. 159.
34. Se t.ex. de Smith/Brazier, a.a.s. 74 och Allan i P.L. 1985 s. 614.
35. Se Wade/Bradley s. 72 resp. de Smith/Brazier s. 74. Enligt Wade/Bradley (a.a.s. 80) är det möjligt för parlamentet att inom ramen för den rådande ordningen anta en skriven grundlag, med regler om att lagar inte får ha visst innehåll och inte strida mot grundlagen eller dess eventuella fri- och rättighetsregler, vilken framtida lagstiftare är bundna av och skyldiga att respektera. Tesen kan sägas gå ut på att parlamentets handlingsfrihet enligt den rådande ordningen är total – med undantag för omöjligheten att styra framtiden – men att detta också i sin förlängning innebär att parlamentet kan avskaffa den rådande ordningen och ersätta den med något annat. Enligt denna teori skulle det också vara möjligt att ge domstolarna rätt att pröva om nya lagar stämmer överens med grundlagens regler. Resonemanget, som inte förts till sin spets på samma sätt av andra statsrättstänkare i Storbritannien, är dock något märkligt. Enligt min mening är tankegången svårförenlig med huvudregeln att parlamentet – dvs den vid varje givet tillfälle valda parlamentsförsamlingen – kan göra allt utom just att inskränka framtida parlamentsförsamlingars handlingsfrihet och lagstiftningsbefogenheter. Att det följer av huvudregeln om parlamentets helt oinskränkta lagstiftningsmakt att det även är möjligt att stifta nya grundlagar med i princip vilket innehåll som helst är en sak. Härav kan dock knappast följa att framtida parlament skulle vara mer bundna av dessa än de i dag anses vara av andra lagar. Så länge huvudregeln om parliamentary supremacy erkänns som det centrala kännetecknet och huvudregeln i den brittiska statsrätten är det svårt att se hur parlamentet skulle kunna ändra på detta (och därigenom så att säga avskaffa sin egen handlingsfrihet).

rätt att lagstifta för Storbritanniens – liksom för övriga medlemsstaters – del, vilket i sig innebär en inskränkning av parlamentets suveränitet.[36] Enligt section 2(4) gäller vidare att alla gällande och framtida brittiska lagar skall tolkas mot bakgrund av section 2(1), vilket tyder på att Acts of Parliaments är underordnade EG-rättens regler om normkonflikter skulle uppstå.[37] Men hur skall egentligen brittiska domstolar behandla situationer då nationell rätt uppenbarligen strider mot EG-rätt?

I doktrinen antas allmänt att nationell lagstiftning som strider mot senare antagna EG-regler inte går att tillämpa sedan EG-reglerna blivit gällande.[38] Frågan är dock hur domstolarna skall behandla fall då parlamentet **medvetet** väljer att stifta lagar som strider mot redan gällande EG-regler på samma område. Section 2(4) i European Communities Act ger domstolarna en klar vägledning: alla brittiska lagar skall tolkas i ljuset av EG-rättens motsvarande regler, vilket innebär att de sistnämnda i princip har företräde. I första hand skall konflikter tolkas bort.[39] Men vad händer om konflikten inte går att lösa tolkningsvägen? Enligt EG-rätten är det i så fall helt klart att denna har företräde, medan den sist antagna lagen skall ha företräde enligt traditionell brittisk doktrin.[40]

Här ställs de brittiska domstolarna inför svåra uppgifter.[41] Rättsläget har länge varit tämligen oklart. Enligt ett uttalande av den inflytelserike Lord Denning i fallet Macarthy's Ltd v. Smith[42], skall EG-rätten ha företräde framför den nationella rätten i händelse av konflikt dememellan. Kanske kan man av detta och andra fall dra slutsatsen att brittiska domstolar godtagit att EG-rätten normalt sett har företräde framför brittisk rätt när konflikter mellan de båda regelsystemen uppstår.[43] Riktigare är dock troligen att tolka rättsläget så att den direkt tillämpliga EG-rätten vid oförenlighet mellan regelsystemen har företräde framför den nationella rätten så länge inte parlamentet **uttryckligen anger** i en Act of Parliament att denna skall ha företräde framför EG-rätten i händelse av konflikt.[44]

I denna riktning pekar f.ö. Lord Dennings nämnda deklaration i Macarthys Ltd v. Smith: (»...if the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it or intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament») liksom ett uttalande av Lord Diplock i Garland v. British Rail Engineering Ltd: »The instant appeal does not present an appropriate occasion to consider whether..., *anything short of* (min kursivering) an express positive statement in an Act of Parliament passed after January 1, 1973, that a particular provision is intended to be made in breach of an obligation assumed by the United Kingdom under a community treaty would justify an English court in construing that provision in a manner inconsistent with a Community treaty obligation of the United Kingdom however

36. Jfr Wade/Bradley, a.a.s. 81.
37. Jfr härtill de Smith/Brazier, a.a.s. 80.
38. Ibid. Se även Wade/Bradley, a.a.s. 82.
39. Jfr de Smith/Brazier, a.a.s. 80.
40. Se t.ex. de Smith/Brazier s. 81.
41. Jfr Wade/Bradley, a.a.s. 82.
42. (1979) All E.R. 325, 329.
43. Se t.ex. de Smith/Brazier, a.a.s. 80 vid not 71 och Wade/Bradley, a.a.s. 168 med exempel.
44. Jfr Allan i P.L. 1985 s. 617-18.

wide a departure from the prima facie meaning of the language of the provision might be needed in order to achieve consistency.»[45]

Ett avgörande från ECJ 1991 klargör i viss mån vad som bör gälla, så länge parlamentet inte väljer att ställa problemet på sin spets genom att medvetet stifta lagar som strider mot EG-rätten.

Det gäller det s.k. Factortame-målet, där saken var den att Storbritannien 1988 antagit en s.k. Merchant Shipping Act med regler för den brittiska handelsflottan. Bland annat skulle bara fartyg vilka till minst 75 % ägdes av i Storbritannien bosatta brittiska medborgare och dessutom sköttes och kontrollerades från Storbritannien kunna registeras som brittiska (vilket enligt tidigare antagna bestämmelser, som befunnits vara förenliga med EG-rätten, var ett villkor för att fartyget skulle få rätt att fiska i brittiska vatten). Spanskägda brittiska fiskeföretag, bl.a. Factortame Ltd, väckte talan vid brittisk domstol och hävdade att lagen stred mot diskrimineringsförbudet, art.7 och reglerna om etableringsfrihet, art. 52-58 i RomF. Divisional Court begärde ett förhandsbesked härom från ECJ, men eftersom ett sådant inte skulle komma att lämnas förrän tiden för registrering av fartyg utgått och sökandena därför drabbades hårt av ovissheten beslöt Divisional Court genom en interimistisk s.k. *injunction* att de ifrågavarande delarna av Merchant Shipping Act inte fick tillämpas på sökandenas möjlighet att registrera fartyg förrän ECJ slutligt avgjort fallet.

Court of Appeal upphävde emellertid detta beslut med motiveringen att en lag måste antas vara förenlig med EG-rätten tills motsatsen fastslagits och att engelska domstolar inte har rätt att temporärt upphäva en Act of Parliament.[46] House of Lords instämde, men begärde samtidigt ett förhandsbesked från ECJ om huruvida avsaknaden av rättsliga medel att säkerställa ett effektivt interimistiskt skydd för rättigheter som baseras på EG-rätten var förenlig med denna.[47] ECJ fann att nationella domstolar, som skall bedöma en tvist om hur EG-rätt skall tillämpas och begärt förhandsbesked från domstolen, inte får tillämpa nationella regler vilka hindrar dem från att vidta de interimistiska åtgärder som i målet påstås vara nödvändiga för att säkerställa EG-rättens genomslagskraft.[48] (Förhandsbeskedets betydelse för prövningen av sakfrågan framgår av att sökandena, därest de hade rätt i att de brittiska bestämmelserna stred mot EG-rätten, skulle lida en avsevärd rättsförlust om de hindrades från att tillvarata sina »EG-rättigheter» p.g.a. att det vore för sent att ta dem i anspråk när ECJ:s besked i rättsfrågan – som ju ligger till grund för den brittiska domstolens avgörande i målet – kom.)

House of Lords rättade sig efter beslutet och beslöt i juli 1990[49] att ifrågavarande delar av 1988 års lag inte fick tillämpas, vilket var ett principiellt viktigt besked om att de brittiska domstolarna måste acceptera EG-rättens överhöghet. I sitt slutliga avgörande den 25 juli 1991 fann så ECJ att kraven i lagen på nationalitet och bosättning som förutsättning för registrering stred mot reglerna om etableringsfrihet i art. 52 RomF.[50]

ECJ:s förhandsbesked kan sägas innebära både ett förstärkt, mer effektivt skydd för EG-rätten gentemot nationell rätt och ett visst klargörande, ur brittisk synvinkel, av innebör-

45. (1983) 2 A.C. 751, 771 C-D. En utförlig redogörelse för tidig praxis där denna huvudregel följts ges av Lester i P.L. 1984 s. 70 not 20.
46. Se närmare om bakgrunden 1990 2 A.C. 85 samt jfr om injunctions i kap. 9.4.2.2 under ab.
47. Ibid s. 140-50. Se närmare om innebörden av ett dylikt förhandsbesked nedan kap. 11.2.2.
48. ECJ 213/89, 19 juni 1990, para. 21-22. Se även 1990 3 W.L.R. 818, 855.
49. Se 1990 3 W.L.R. 818, 856 ff.
50. ECJ 221/89, dom den 25 juli 1991, ECR I 1991 s. 3905.

den av EG-rättens överhöghet.[51] Härefter kvarstår knappast några tvivel om de brittiska domstolarnas skyldighet att ge EG-rätten företräde framför nationell rätt. Frågan är dock ändå vad som skulle hända om parlamentet verkligen stiftade en ny lag i full medvetenhet om att den stred mot EG-rättens regler. Här ger trots allt Factortame ingen vägledning; inget tyder på att parlamentet antog the Merchant Shipping Act i »ond tro», med avsikt att stifta en lag som stred mot EG-rätten. Parlamentet förmodas givetvis respektera EG-rätten och därför avstå från att anta lagar som strider mot denna[52], men ECJ kan i och för sig inte upphäva eller ogiltigförklara en nationell lag för att den strider mot EG-rätten.[53] Om parlamentet utnyttjar sin allsmäktighet till att anta lagar som uttryckligen strider mot EG-rätten, får det till följd av huvudregeln om parlamentets suveränitet antas att de brittiska domstolarna ännu är skyldiga att tillämpa sådana lagar.[54]

Slutligen bör påpekas att European Communities Act inte är överordnad andra brittiska lagar utan underkastad huvudregeln om parlamentets totala lagstiftningsfrihet; parlamentet kan således avskaffa eller ändra denna i samma utsträckning som andra lagar[55], även om det politiska priset för en sådan åtgärd givetvis skulle bli högt.[56]

9.2.4 *Avsaknaden av rättighetsdeklaration. Det brittiska rättighetsbegreppet*

Storbritannien saknar inte bara en skriven grundlag utan även en rättighetsförklaring, ett faktum som på senare år orsakat mycket diskussion. Bill of Rights från 1688 torde visserligen vara det första aktstycket i världen med detta namn, men behandlar i huvud-

51. Jfr t.ex. från House of Lords Lord Bridges' uttalande: »... whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the Act of 1972 it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law... Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply and to insist that, in the protection of rights under Community law, national courts must not be inhibited by rules of national law from granting interim relief in appropriate cases is no more than a logical recognition of that supremacy.» ((1990) 3 W.L.R. 818, 857-58.
52. Jfr O. Hood Phillips, a.a.s. 75.
53. Jfr kap. 11 samt de Smith/Brazier, a.a.s. 82.
54. Ibid. M.a.o. ställs på lagstiftaren ett krav på *express derogation*; jfr kap. 9.5.4.2-3. Se Lester, a.a.s. 70 not 20 m.h.t. tidigare praxis. I section 3(1) i European Communities Act fastslås att alla frågor om innebörden i EG-rättens regler som uppkommer vid brittiska domstolar antingen skall hänskjutas till ECJ för förhandsbesked jämlikt art. 177 RomF eller avgöras av den brittiska domstolen i enlighet med de principer som fastslagits i ECJ:s praxis. Enligt section 3(2) är brittiska domstolar vidare skyldiga att hålla sig underrättade om den fortgående EG-lagstiftningen samt om nya fall och utlåtanden från ECJ. Se för kritik mot domstolar i några fall för brister i iakttagandet av denna regel Nigel P. Gravells, European Community Law in the English Courts, P.L. 1993 s. 44-53.
55. Se Wade/Bradley, a.a.s. 82 och 137 samt de Smith/Brazier, a.a.s. 82, liksom Winterton, a.a.s. 615: »...there is nothing in the European Communities Act 1972 to prevent Parliament passing an Act to withdraw Britain from the Community.»
56. Kanske är det riktigast att som de Smith/Brazier, a.a., beskriva de konstitutionella konsekvenserna av EU-medlemskapet som att doktrinen om parlamentets överhöghet ändrats, men att den återfår sin ursprungliga innebörd om parlamentet skulle besluta att Storbritannien skall lämna EU. Se även Jaconelli, a.a.s. 171.

sak rent statsorganisatoriska frågor och är knappast en rättighetsdeklaration med nutida mått mätt.[57]

En redogörelse för diskussionen om det eventuella behovet av och möjligheterna att införa en rättighetsdeklaration i dag ges nedan i kap. 9.5. Här skall bara några korta anmärkningar göras, till belysning av själva fri- och rättighetsbegreppets, i jämförelse med flertalet andra länder, något annorlunda utformning.

Geoffrey Robertson har skrivit att »(L)iberty in Britain is a state of mind rather than a set of legal rules».[58] Denna formulering är träffande. Grundläggande för den brittiska rätten på detta område är nämligen att individens rättigheter är **vad som återstår** av individuell handlingsfrihet sedan räckvidden för de lagstiftande och exekutiva myndigheternas verksamhet definierats och klarlagts. Och hur stor denna återstod är kan endast fastslås genom en undersökning av vilka begränsningar i individens frihet som lagstiftningen – jämte regler i common law – medför.[59] Utgångspunkten är därför helt enkelt att det är fritt fram för lagstiftaren (eller domaren, såvitt gäller common law) att begränsa eller inskränka rättigheternas omfång på det sätt han finner lämpligt. Denna utgångspunkt för fri- och rättigheternas ställning är samtidigt förklaringen till varför rättsläget inte går att överblicka om inte de enskilda rättigheterna granskas var för sig.

Eftersom ett dualistiskt förhållande mellan folkrätt och nationell rätt anses gälla i Storbritannien är t.ex. inte ECHR, som aldrig inkorporerats i brittisk rätt, gällande rätt i landet.[60] Inget hindrar dock brittiska domstolar från att använda konventionen som tolkningsunderlag vid tillämpningen av Acts of Parliament[61], men denna möjlighet tycks ha fått mindre betydelse under senare år, då tendensen som vi skall se i avsnitt 9.3.1.2 i stället varit att domstolarna på nytt betonar värdet av rättigheterna i common law.

Frågan om vilka personer som kan åberopa fri- och rättigheterna är inte alldeles enkel. Huvudregeln kan dock enligt doktrinen sägas vara att de rättigheter som erkänns endast gäller fullt ut för brittiska medborgare men att flera andra personer, p.g.a. att de har

57. Se kap. 2.2.1 o. 9.3.3.1.
58. Freedom, the Individual and the Law, 6 uppl., London 1989 s. 7.
59. O. Hood Phillips har uttryckt saken på följande sätt: »A citizen's person or property may not be interfered with – unless it may. A person is not liable for what he speaks or writes – unless he is. No liability attaches to one who takes part in a public meeting – unless it does.» A.a.s. 41. För kritik på ett rent teoretiskt plan mot denna syn på rättigheter (»rights as the absence of prohibition») kan hänvisas till Nino, a.a.s. 25 f: »...in this sense, to have a right to do something does not imply any kind of protection of the exercise of the right.»
60. Följaktligen kan ECHR inte heller åberopas inför brittiska domstolar. Se R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind (1991) 1 A.C. 696 (som gällde den s.k. Broadcasting Ban, varom mera nedan i 9.4.2.3 under b.). Storbritannien ratificerade f.ö. ECHR redan 1951.
61. Som Lord Diplock uttryckt saken finns det en »prima facie presumption that Parliament does not intend to act in breach of international law, including therein specific treaty obligations». (Jfr Salomon v. Commissioners of Customs and Excise, (1967) 2 Q.B. 116. 143). Se vidare Jaconelli s. 270 f och Michael Zander, A Bill of Rights, London 1985 s. 33 f m.h.t. praxis. Lagar anses överhuvudtaget som huvudregel böra tolkas så att de om möjligt är förenliga med ECHR; se Geoffrey Robertson, Freedom, the Individual and the Law, 6 uppl., London 1989 s. 396. Domen i det i föregående not nämnda målet Brind måste dock tolkas som att denna möjlighet att tolka lagar så att de överensstämmer med ECHR bara finns när lagtexten är oklar och möjlig att tolka på olika sätt; betydelsen härav skall därför inte överskattas. Jfr Anthony Lester, Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?, P.L. 1984 s. 66: »At best the Convention is no more than an aid to the interpretation of legal ambiguities and uncertainties so as to ensure, where possible, that United Kingdom law is in conformity with the United Kingdom's treaty obligations. At worst it is so many worthless pieces of paper.»

olika former av semi-medborgarskap eller tillräcklig anknytning (genom familj, bosättning eller annat) till Storbritannien för att räknas som s.k. *patrials*, också kan åberopa dessa rättigheter gentemot brittiska myndigheter och i andra förekommande sammanhang.[62]

Ett för medborgarskapets betydelse belysande rättsfall är Ealing London Borough Council v. Race Relations Board[63], där klaganden vägrat föra upp en polsk medborgare på listan över bostadssökande till vissa fastigheter i vilka enligt föreskrifterna endast brittiska medborgare fick bo. House of Lords fann detta vara helt i sin ordning, eftersom särbehandlingen skedde på grund av medborgarskap och inte etniskt ursprung, hudfärg eller dylikt. Slutsatsen av fallet är därför att diskriminering eller i vart fall olikabehandling av utländska medborgare är fullt tillåten (medan däremot diskriminering på grund av hudfärg är förbjuden enligt den s.k. Race Relations Act).

9.3 Huvuddrag i den brittiska rättsordningen samt en historisk bakgrund

9.3.1 Rättskällorna – statute law och common law

Den specifika brittiska rättskälleläran torde vara nödvändig att känna till för att förstå vissa andra inslag i det brittiska rättslivet. En stor del av den brittiska rättsordningen, den s.k. *common law*, är nämligen helt okodifierad, vilket innebär att det i Storbritannien finns två parallella regelsystem: dels den skrivna lagen, *statute law*, dels den okodifierade, oskrivna common law. Dessa rättskällor kommer därför här att granskas något närmare.

9.3.1.1 NÄRMARE OM COMMON LAW OCH DESS FÖRHÅLLANDE TILL CASE-LAW

Enligt en traditionell brittisk uppfattning är lagar en sekundär rättskälla, som endast kan **korrigera** de juridiskt hävdvunna principer vilka etablerats inom common law.[64] Enligt detta synsätt är lagstiftning inte det normala sättet att låta rätten komma till uttryck, utan något av ett främmande element i den brittiska rättsordningen.[65]

Lagstiftningens enorma kvantitativa tillväxt under 1900-talet har emellertid gjort denna hållning en smula otidsenlig. Att i dag hävda att lagstiftning är en andra rangens rättskälla torde, om inte annat p.g.a. själva antalet lagar, vara omöjligt; dessutom medför parlamentets oinskränkta lagstiftningsbefogenhet även en rätt för parlamentet att anta lagar som står i strid med regler i common law. Också sådana lagar måste naturligtvis, till följd av principen om lagens absoluta överhöghet, respekteras av domstolarna.[66]

Common law är inte liktydigt med sedvanerätt – s.k. *custom* eller *customary rules* - i

62. Se för en genomgång av de komplicerade reglerna Kingston/Imrie, a.a.s. 745 ff och de Smith/-Brazier, a.a.s. 440 ff, liksom Wade/Bradley s. 438 ff. Se beträffande juridiska personer Kingston/Imrie s. 748 ff.
63. (1972) A.C. 342.
64. Se t.ex. René David/John E.C. Brierley, Major Legal Systems In The World Today, 3 uppl., London 1985 s. 361: »...in the eyes of an English jurist, law which is legislative in origin – statute law – has traditionally appeared as somewhat abnormal in character.»
65. Jfr David/Brierley, a.a.s. 383 ff.
66. Se t.ex. Kingston/Imrie, a.a.s. 723 och Dawn Oliver i Parl.Aff. 1992 s. 148 f.

traditionell bemärkelse. I den mån sådan sedvana kan sägas vara en rättskälla är den f.ö. av mycket underordnad karaktär.[67] Common law – som i sin tidigaste fas möjligen kan ha utvecklats ur eller lånat en del regler från lokal sedvanerätt[68] – kan snarare beskrivas som summan av den materiella rätt som under århundradenas lopp utvecklats ur, eller kunnat utläsas ur, de många bindande prejudikaten (*case-law*), jämte vissa rent processuella regler som anger vilka former av talan som kan väckas och hur detta skall gå till.

Common law har ibland beskrivits som *judge-made law*[69], vilket är träffande. Kännetecknande för common law-systemet är nämligen att de regler som fastslås i olika prejudikat måste följas för att det materiella innehållet i common law skall upprätthållas och bevara sin auktoritet. Common law-systemet har utvecklats genom att domstolarnas traditionella roll inte bara varit att tillämpa utan också att definiera, förklara och därigenom **skapa** innehållet i eller innebörden av de rättsliga reglerna (varför prejudikaten också kommit att tillmätas en helt annan betydelse och auktoritet än i flertalet andra europeiska länder).[70]

Denna auktoritet erhålls främst genom den s.k. *rule of precedent*, som i praktiken gör engelska domare bundna av de regler som deras företrädare utvecklat och slagit fast i tidigare prejudikat.[71] Denna skyldighet att respektera prejudikat – s.k. *stare decisis* – är en logisk följd av det domarskapade rättsliga systemet.

Den närmare innebörden av regeln är att avgöranden från den högsta domstolen, House of Lords, är bindande för alla domstolar utom House of Lords självt[72], att avgöranden från den näst högsta instansen Court of Appeal är bindande för alla lägre instanser och även för domstolen själv, utom i brottmål, samt att avgöranden från High Court måste följas av lägre instanser och i allmänhet också följs av High Court, ehuru detta egentligen inte är helt nödvändigt.[73]

Följaktligen kan the rule of precedent, regeln om prejudikatens bindande kraft, samtidigt ses som själva kärnan i case-law systemet, och som garantin för common law-systemets auktoritet. Common law består så av summan av all case-law.[74]

67. Se t.ex. David/Brierley, a.a.s. 386 f.
68. Ibid. Om sedvanerätten kan sägas spela någon reell roll på något område är det troligen just inom statsrätten, p.g.a. s.k. constitutional conventions (samt möjligen inom straffrätten, i form av jurysystemet och domarens skyldighet att i vissa slags mål enbart p.g.a. sedvana följa juryns utslag). Se om conventions ovan i avsnitt 9.2.2 samt i övrigt David/Brierley s. 388. Uttrycket common law markerar i sig en skillnad gentemot lokala sedvanor: Common law var de regler som var gemensamma (common) för hela England. Se allmänt beträffande den engelska rättens och common law-systemets framväxt David/Brierley s. 312 ff.
69. Se bl.a. David/Brierley s. 376.
70. Ibid.
71. Jfr J.A. Jolowicz, The Judicial Protection of Fundamental Rights under English Law, Cambridge 1979 s. 8: »When it is said that the English legal system is a case-law system, what is meant, primarily, is that the English system accords the formal status of sources of law to the decisions of the courts.»
72. Ända till 1966 ansåg sig även House of Lords bundet av egna, tidigare avgöranden, en doktrin som då upphävdes genom ett vägledande uttalande (Practice Statement); (1966) 1 W.L.R. 1234. Se närmare bl.a. Wade/Bradley, a.a.s. 328.
73. Se Wade/Bradley, a.a.
74. En viktig princip till skydd för domstolarnas oberoende från lagstiftande och verkställande myndigheter är regeln om *judicial independence*. Trots att den brittiska författningen knappast kan sägas vara baserad på någon maktdelningslära har vissa regler införts till skydd för domarnas oberoende och självständighet. Sålunda kan enligt regler i common law ingen domare avsättas eller behöva vidkännas löneavdrag för innehållet i något domslut; enligt ett avgörande i

9.3.1.2 FRI- OCH RÄTTIGHETERNAS STÄLLNING I COMMON LAW

I ett rättssystem som common law ligger det i sakens natur att det inte kan finnas några bindande deklarationer om medborgerliga rättigheter, utan de regler som eventuellt kan ha utvecklats till fri- och rättigheternas värn står helt och hållet att finna i olika prejudikat. Skyddet av fri- och rättigheter **inom common law** har historiskt sett varit ett av de områden där brittiska domare kunnat göra en insats för att stärka fri- och rättigheternas ställning.[75]

Mest känt av de fall, där domstolarna så att säga flyttat fram positionerna för fri- och rättigheterna, är kanske ett mål från 1765, Entick v. Carrington[76], där den s.k. Court of Common Pleas fann att det tillvägagångssätt som fyra kungliga ämbetsmän begagnat sig av då de åkt hem till Entick, genomfört en husrannsakan, mer eller mindre vänt upp och ner på Enticks hem och sedan släpat med sig denne och hans beslagtagna tillhörigheter till en högre tjänstemans kontor, innebar ett otillbörligt, skadeståndsgrundande intrång i privatlivet. Ämbetsmännens försvar – att de handlat i enlighet med en lagligt utfärdad husrannsakningsorder, s.k. warrant – avfärdades med motiveringen att en rätt för myndigheter att vidta åtgärder som skulle vara »subversive of all the comforts of society» knappast kunde finnas.

På grund av common law-rättens karaktär finns det naturligtvis även exempel på fall där fri- och rättigheternas omfattning begränsats.[77] Men av själva tanken på ett common law-system av brittiskt slag följer att fri- och rättigheternas ställning i systemet inte kan vara starkare än domarna vill göra den till – och domarnas benägenhet att värna om mänskliga rättigheter skiftar naturligtvis, både mellan enskilda domare och mellan olika tidsperioder. Detta kan givetvis ses som en svaghet i systemet, men många brittiska jurister ser det snarast som en fördel och en styrka att rättssystemet ger domarna denna suveräna rätt att avgöra vad som är en medborgerlig rättighet.[78] Frågan är dock, på grund av den ständigt ökade vikt som lagstiftningen under 1900-talet fått på bekostnad av common law, inte av lika stor praktisk betydelse som tidigare, när common law var den obestridligt viktigaste rättskällan. Lagens överhöghet över alla andra rättskällor har alltså

Court of Appeal 1974 kan överhuvudtaget ingen domare ställas till svars för åtgärder som han vidtagit i sin tjänsteutövning, så länge han varit i god tro om att åtgärden var korrekt (Sirros v. Moore, (1975) Q.B. 118). Denna vidsträckta ansvarsbefrielse för brittiska domare har med anledning av detta fall ifrågasatts av Wade/Bradley (a.a.s. 340). Det är emellertid regeringen, genom den s.k. Lord Chancellor – formellt ledamot av House of Lords men dessutom justitieminister och regeringsledamot – som utnämner domare, vilket onekligen begränsar domstolarnas oberoende gentemot de politiska organen.

75. Jfr Jolowicz, a.a.s. 42: »The power of the individual judge to give shape and direction to the law is not always great... but, at least in a common law system, the power of the judges as a whole to do so and to give substance to the aspirations of a society through their decisions is very great indeed.» Se även Bailey/Harris/Jones, a.a.s. 4.
76. (1765) 19 St.Tr. 1030. Detta anses allmänt vara ett klassiskt exempel på hur fri- och rättigheter kan skyddas även i Storbritannien, avsaknaden av rättighetsdeklaration till trots; se t.ex. Bailey/Harris/Jones s. 4. T.R.S. Allan har rentav hävdat (i Constitutional Rights and Common Law, Oxford Journal of Legal Studies 1991 s. 457) att detta mål visar att den brittiska synen på rättigheter, där rättigheterna är »*residual*» (jfr ovan i 9.2.4) i själva verket ger rättigheterna ett särskilt starkt skydd eftersom myndigheterna har bevisbördan för att ingreppet i en enskilds rättighet är berättigat. Detta argument väger dock inte särskilt tungt, eftersom **lagstiftaren** aldrig har någon sådan bevisbörda.
77. Se för ytterligare belysning av ämnet med vidare hänvisningar till praxis Jaconelli, a.a.s. 119.
78. Se för en allmän diskussion om denna fråga Jaconelli, a.a.s. 13 f.

under senare år fått betydligt större rättsliga konsekvenser än tidigare i den brittiska historien, vilket är en av anledningarna till den livliga konstitutionella debatt, med önskemål om ingripande förändringar, som blossade upp under 1980-talet.[79]

Vad som ändå givit frågan om rättighetsskyddet i common law ny aktualitet under 1990-talet är det nyväckta intresset härför både i doktrin och praxis. Detta hänger möjligen samman med att House of Lords definitivt slagit fast att ECHR inte är en del av brittisk rätt och att konventionens användningsområde därför är mycket begränsat.[80] Kort tid efter detta avgörande meddelade nämligen House of Lords en ny dom, som i hög grad ökar användbarheten av det traditionella rättighetsskyddet i common law.

Målet i fråga, Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd, gällde om en lokal politisk församling hade rätt att väcka talan för förtal, en fråga som inte är lagreglerad. Court of Appeal valde, mot bakgrund av det oklara rättsläget, att avgöra frågan med utgångspunkt från art. 10 ECHR (och fann att en sådan talerätt inte utgjorde en enligt detta stadgande godtagbar yttrandefrihetsbegränsning).[81] House of Lords kom till samma slut, men med en helt annan motivering: Lord Keith förklarade för domstolens räkning att utgången inte som i Court of Appeal berodde på vad som medgavs enligt ECHR, utan helt motiverades med det rättighetsskydd som common law erbjöd.[82] När någon rättighet kan skyddas genom common law finns det enligt House of Lords ingen anledning att pröva frågan i ljuset av ECHR. House of Lords fann att ett förbud för politiskt valda organ att väcka talan om förtal innefattades i det skydd för yttrandefriheten som finns i common law. Av särskilt intresse i sammanhanget är att det här alltså var fråga om ett fall där rättsläget i common law var oklart, men detta hindrar enligt House of Lords inte att en domstol genom kreativ rättstolkning kan utnyttja common law för att skydda vissa rättigheter. Det var därför fråga om något av en renässans för klassisk common law.

Domen har sedan applåderats i viss doktrin, där önskemål om att domstolarna skall gå vidare på den anträdda vägen framförts.[83] Detta önskemål tycks också i viss mån ha hörsammats: I R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech förklarade Court of Appeal 1993 att en intern på en kriminalvårdsanstalt alltid hade rätt till fri kommunikation med sin advokat, varför fängelseledningen saknade rätt att ta del av korrespondensen mellan fången och hans ombud. Regler till stöd härför fanns både i common law och i Europadomstolens praxis. Court of Appeal slog fast att den dom från ECtHR som var relevant i målet inte var bindande för brittiska domstolar men »reinforces a conclusion that we have arrived at in the light of the principles of our domestic jurisprudence».[84] Common law-reglerna var således avgörande för utgången, varjämte domen från ECtHR ytterligare underströk domens riktighet.

Den gemensamma nämnaren för de bägge fallen är som synes uppfattningen att när common law – genom gamla regler eller nytolkning – erbjuder ett lika bra rättighetsskydd som ECHR så finns det ingen anledning för domstolarna att låta konventionen påverka ställningstagandet i ett konkret avgörande. Bakgrunden till denna praxis är sannolikt den hårda kritik som främst under 1980-talet framfördes, från många olika håll, mot

79. Se närmare kap. 9.5.
80. R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind (1991) 1 A.C. 696.
81. (1992) Q.B. 770.
82. (1993) 2 W.L.R. 449, 456.
83. Se framförallt John Laws' bägge artiklar Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights? P.L. 1993 s. 59-79 resp. Judicial Remedies and the Constitution, M.L.R. 1994 på s. 227. Domen hade f.ö. också föregåtts av några artiklar där önskemål framförts om att domstolarna borde »hitta tillbaka» till de gamla rättsprinciperna i common law; se Allan i Oxford Journal... 1991 s. 453-480 och Lord Browne-Wilkinson, The Infiltration of a Bill of Rights, P.L. 1992 s. 409.
84. (1993) 4 All E.R. 539, 555.

det svaga brittiska rättighetsskyddet. När det i början av 1990-talet, inte minst efter torypartiets valseger 1992, framstod som osannolikt att några avgörande konstitutionella förändringar snabbt skulle komma till stånd (de många reformförslagen till trots) kan domstolarna ha känt ett växande behov av att förstärka rättighetsskyddet genom befintliga rättsliga medel, varvid deras blickar riktades mot den urgamla metoden att hänvisa till common law. De praktiska, rättsliga och politiska fördelarna med att i icke lagreglerade fall välja denna metod framför ständiga hänvisningar till ECHR har i doktrinen framhållits av John Laws, domare vid High Court, som menar att rättighetsskyddet bör bli minst lika starkt på detta sätt som genom inkorporering av ECHR. Konventionens uppgift blir då att för domstolarna tjänstgöra som **en av många** rättskällor, varifrån det går att utveckla rättsprinciper som ingår i common law.[85] Det återstår att se om denna tendens kommer att hålla i sig och rentav bli ett dominerande inslag i rättspraxis, eller om betydelsen av det rättighetsskydd som common law erbjuder om några år återigen kommer att uppfattas som relativt otidsenligt och betydelselöst. En särskild komplikation i sammanhanget är att stora delar av ECHR, som vi skall se i kap. 11, genom EG-domstolens praxis införlivats i EG-rätten, vilken ju har företräde framför brittisk rätt. Obenägenheten att lägga ECHR till grund för ett avgörande leder därför till en ökad risk för konflikt mellan brittisk rätt och EG-rätt; åtminstone på de områden där EG-rätten är tillämplig är ECHR, i den mån den innefattas i EG-rätten, tillämplig rätt i Storbritannien. Domstolarna måste därför vara försiktiga med att vägra avgöra olika frågor med utgångspunkt från ECHR, eftersom detta på flera olika områden kan leda till att EG-rätten träds för när.[86]

9.3.2 *Lagstiftningsproceduren*

9.3.2.1 ALLMÄNT

Den viktigaste skillnaden mellan House of Lords och House of Commons är givetvis att House of Commons består av av medborgarna i fria val valda ledamöter, medan samtliga medlemmar av House of Lords antingen ärvt sina poster eller adlats av monarken och därefter blivit överhusmedlemmar. House of Lords har en begränsad makt över själva lagstiftningen såtillvida att det enligt de bägge Parliament Acts från 1911 och 1949 endast kan uppskjuta antagandet av lagförslag som majoriteten i House of Commons stöder en viss tid, men däremot inte förhindra att lagen till slut antas; överhuset har så att säga ett temporärt veto.[87]

Det är i House of Commons som den politiska makten i Storbritannien vilar. Majoriteten i underhuset har den slutliga lagstiftningsmakten. Det parti som har majoritet i House of Commons bildar regering. Överhusets rent politiska makt är således mycket liten, vilket understryks av att det i händelse av konflikt om innehållet i ett lagförslag

85. A.a. Jfr ovan om House of Lords' »kreativa» hållning i Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.
86. Jfr bl.a. Nicholas Grief, The domestic impact of the European Convention of Human Rights as mediated through Community Law, P.L. 1991 s. 566 f, Lord Browne-Wilkinson, a.a.s. 397-410 och T.H. Bingham, The European Convention on Human Rights: Time to incorporate, L.Q.R. 1993 s. 400.
87. Jfr Wade/Bradley, a.a.s. 144.

inte kan hävda sig mot underhuset, den valda församlingen. Detta följer av Parliament Acts av 1911 och 1949, i vilka stadgas att ett lagförslag som rör en s.k. public bill kan få the Royal Assent och bli en Act of Parliament trots att det inte godtagits i House of Lords, om överhuset **två gånger** vägrar att godkänna ett lagförslag som antagits av underhuset.[88]

Den normala rutinen är att förslaget introduceras i House of Commons, där det genomgår tre behandlingar eller läsningar (och »slutbehandlas» i skedet mellan den första och tredje läsningen). Efter den sista läsningen skickas det sedan över till House of Lords, varvid frågan uppstår om parlamentets bägge kamrar kan enas eller inte.[89] Det finns emellertid normalt inget som hindrar att förslaget först läggs fram i House of Lords, men detta torde främst bli aktuellt av rent taktiska skäl i vissa fall eller då det är fråga om förslag som är politiskt okontroversiella, vilka kanske kan förmodas bli bättre och noggrannare behandlade i House of Lords. House of Commons kan f.ö. förhindra att ett förslag som väckts i House of Lords och antagits där slutligen blir lag helt enkelt genom att vägra anta det.

9.3.2.2 »SUBORDINATE LEGISLATION»

Det finns i den brittiska lagstiftningsproceduren inga särskilda spärrar till skydd för fri- och rättigheternas bevarande, i form av t.ex. ett organ som övervakar att lagförslag inte kränker de medborgerliga rättigheterna eller på annat sätt strider mot författningen. Den granskning av lagförslagens karaktär som kan bli aktuell sker dels inom ramen för den allmänna politiska debatt som möjligen blir följden av kontroversiella lagförslag, dels i de debatter som kan uppstå i själva parlamentet under behandlingen av förslaget.

Annorlunda förhåller det sig med den av parlamentet *delegerade* normgivningsmakten (*subordinate* eller *delegated legislation*).[90] Till skillnad från Acts of Parliaments kan giltigheten av all subordinate legislation prövas och i förekommande fall underkännas av de brittiska domstolarna. Denna normgivningsmassa skiljer sig också från lagstiftningen genom att det i parlamentet finns metoder att kontrollera att den inte överskrider givna materiella och formella gränser.

88. Enligt section 2 (3) i 1911 års lag anses överhuset ha underkänt förslaget om detta inte antas där utan tillägg (och dessa eventuella tillägg inte godtas av underhuset). Detta gäller dock endast för s.k. public bills; i brittisk rätt görs nämligen en distinktion mellan allmänt syftande lagar, dvs public bills, och lagar som behandlar bestämda lokala frågor eller rör bestämda individer eller grupper, s.k. private bills. Se härom bl.a. O. Hood Phillips, a.a.s. 211 f och Wade/-Bradley, a.a.s. 180 f. Private bills tas här inte upp till närmare behandling.
89. Se vidare om behandlingen av lagförslag och själva lagstiftningsproceduren bl.a. O. Hood Phillips, a.a.s. 211 ff, Wade/Bradley, a.a.s. 178 ff och de Smith/Brazier, a.a.s. 273 ff.
90. Härifrån måste naturligtvis den s.k. sekundära EG-rätten (direktiv, beslut osv) skiljas; denna har ju genom section 2(4) i European Communities Act jämställts med eller givits samma status som den vanliga brittiska lagstiftningen. Delegerad är den normgivning som emanerar från organ vilka av parlamentet utrustats med vissa begränsade befogenheter att utfärda bestämmelser i olika frågor, befogenheter som emellertid alltid kan återkallas eller ändras genom en Act of Parliament. Jfr de Smith/Brazier a.a.s. 334. Metoderna för delegerande av normgivningsmakt skiljer sig inte mycket från dem som används i andra länder; parlamentet delegerar helt enkelt befogenheter att införa nya bestämmelser i skilda frågor till olika organ (regeringen, centrala och lokala myndigheter osv). Det krävs dock, för att de senare utfärdade bestämmelserna skall vara giltiga, att delegationen uttryckligen regleras i en Act of Parliament (som också kan tillåta delegation i ytterligare led, s.k. sub-delegation). När sedan de sålunda utrustade myndigheterna utnyttjar sin normgivningskompetens uppstår delegated eller subordinate legislation. Se bl.a. D.C.M. Yardley, Introduction to British Constitutional Law, 7 uppl., London 1990 s. 127-28.

I parlamentet finns sedan 1973 en för de bägge kamrarna gemensam s.k. Joint Select Committee on Statutory Instruments, som granskar de förordningar, s.k. *statutory instruments*, vilka regeringen eller olika departement bemyndigats att utfärda och i förekommande fall fäster parlamentets uppmärksamhet på att dessa överskrider sina ramar.[91]

Den kontroll domstolarna utövar går i huvudsak ut på att undersöka att de myndigheter som utfärdat delegated legislation hållit sig inom de ramar som tilldelats dem i en Act of Parliament.[92] Så fort någon form av delegated eller subordinate legislation utformats på ett annat sätt än det som anvisas i den lag där delegationen medgivits (»*the enabling Act*») kan en domstol underkänna bestämmelsen på grund av att den är *ultra vires*, dvs går utanför de ramar som angetts i »the enabling Act». Delegerad normgivning kan därför när den träder i kraft sägas bli gällande som om den vore en del av den lag som den vilar på, men bara så länge den är *intra vires*, dvs utformad i enlighet med »moderlagens» anvisningar.[93] Därjämte kan delegerad normgivning ogiltigförklaras i domstol på grund av att den är behäftad med rent formella fel[94] samt om den, i förhållande till den lag som möjliggjort delegationen, rent materiellt framstår som horribel.[95]

9.3.3 *Något om den historiska bakgrunden till dagens statsrättsliga förhållanden*

9.3.3.1 ALLMÄN BAKGRUND

Att försöka göra en allmän rättshistorisk skildring av den brittiska rättsordningens framväxt sedan t.ex. 1066 är en övermäktig uppgift som faller utanför ramarna för detta arbete.[96] Avsikten här är snarare att något skildra bakgrunden till just vissa av de egenartade fenomen – t.ex. den obegränsade lagstiftningsmakten, avsaknaden av skriven grundlag och prejudikatens starka ställning – som redogjorts för ovan.

Till att börja med kan man då fråga sig om det finns någon särskild förklaring till att Storbritannien som stat har ett så egenartat rättssystem med så många ovanliga inslag. Den naturligaste förklaringen är den historiska och politiska utvecklingen i landet; medan konstitutioner i de flesta andra länder skrivits för att markera övergången till ett nytt skede – ofta efter nyvunnen självständighet, revolutioner, krig eller andra dramatiska politiska händelser – har Storbritannien alltsedan 1066 haft en lugn och obruten samhällsutveckling, utan invasioner och krigsnederlag. Magna Charta av år 1215 är kanske det äldsta dokumentet i världen som ger uttryck för vissa frihetliga grundprinciper, men det tillkom inte i någon revolutionär situation utan kan snarare, genom att det lade fast vissa principer för förhållandet mellan kungen och hans undersåtar, sägas ha bidragit

91. För att parlamentet skall kunna ha kännedom om den mängd regler som antas på detta sätt är det också vanligt att den delegerande lagen innehåller en bestämmelse om att alla regler som utfärdas på basis av lagen skall presenteras för parlamentet eller i alla fall en av dess kamrar. Ofta är detta förfarande en ren informationsåtgärd, men det förekommer också att regeln inte kan träda eller förbli i kraft förrän en resolution härom antagits i någon av parlamentets kamrar (eller i bägge). När regeringen utfärdar förordningar behandlas dessa i allmänhet av den s.k. Legislation Committee of the Cabinet, som tillser att de håller sig inom de ramar vilka givits i den delegerande lagen. Se Yardley, a.a.s. 131.
92. Jfr de Smith/Brazier, a.a.s. 344 f.
93. Jfr Yardley, a.a.s. 134.
94. de Smith/Brazier a.a.s. 350.
95. Så åtminstone enligt Yardley, a.a.s. 134. Se för ytterligare diskussion Kingston/Imrie s. 796 f samt vidare de Smith/Brazier a.a.s. 351 ff.
96. En allmän översiktlig framställning av denna utveckling ges av David/Brierley, a.a.s. 311 ff.

till den anmärkningsvärda kontinuiteten i samhällsutvecklingen.[97] De två revolutioner som ägde rum under 1600-talet bidrog mest till att stärka parlamentets auktoritet på kungens bekostnad, vilket inte behövde markeras genom en ny, skriven grundlag (men däremot kom till uttryck i vissa andra dokument). Den historiska kontinuiteten var ändå obruten och något behov av att överge den sedan århundraden härskande rättskälleläran ansågs inte finnas. Med tiden har sedan en allt starkare konservatism och vilja att slå vakt om det specifikt brittiska systemet vuxit fram bland jurister och politiker.

Mer naturrättsligt färgade idéer om en högre rätt, som lagstiftaren eller kungen inte fick bryta mot, förekom – delvis inspirerade av Magna Charta – i och för sig i äldre brittisk rätt och fick sitt kanske tydligaste uttryck i Chief Justice Cokes votum 1610 i Dr. Bonham's Case. Målet gällde en läkare, Bonham, som hade utövat sitt yrke utan legitimering från läkarsällskapet, Royal College of Physicians. Detta dömde i enlighet med de av parlamentet givna reglerna Bonham till fängelse. Bonham stämde då läkarsällskapet inför domstol för »false imprisonment», dvs närmast olaga frihetsberövande, varvid Coke vägrade tillämpa regeln p.g.a. att den stred mot centrala principer i common law: »when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void.»[98] Den exakta innebörden av denna formulering har alltsedan 1610 diskuterats livligt i brittisk och senare också i amerikansk doktrin; menade Coke att domstolarna borde ha lagprövningsrätt i reell bemärkelse eller bara att domstolarna måste tolka alla lagregler så att de inte stred mot fundamentala rättsprinciper?[99] Den största faktiska betydelsen av hans berömda uttalande var hursomhelst att det i hög grad kom att inspirera synen på förhållandet mellan lagstiftande och dömande makt i USA (och därmed sannolikt bidrog till utvecklingen av judicial review där).[100] I Storbritannien påverkade Coke utvecklingen i långt mindre grad, även om några domstolsuttalanden som pekade i samma riktning förekom under åren närmast efter 1610.[101] Efter revolutionen 1688-89 tog på 1700-talet Blackstone definitivt avstånd från Coke och gav i sina berömda Commentaries on the Laws of England uttryck för vad som snart blev den allmänna brittiska uppfattningen, nämligen att domstolarna aldrig kunde åsidosätta eller ogiltigförklara Acts of Parliament.[102]

Bakgrunden till och betydelsen av 1689 års Bill of Rights har berörts ovan i kap. 2.2.1. Det var genom detta aktstycke som parlamentets överhöghet som lagstiftare – framförallt gentemot kungen – slogs fast.[103] Det var också i och med revolutionen som naturrättsligt färgade synsätt av det slag som Coke gav uttryck för definitivt övergavs i brittisk rätt. Kanske kan man därför säga att de två viktigaste förklaringarna till avsaknaden av skriven grundlag och rättighetsförklaring är den jämna historiska utvecklingen, som till-

97. Se allmänt om Magna Charta, dess bakgrund, innehåll och betydelse, Schwartz, The great rights of Mankind, s. 2 ff samt ovan i kap. 2.1.
98. 77 Eng.Rep. 646, 652 (K.B. 1610).(English Reports)
99. Se närmare Schwartz, a.a.s. 55 och Thomas C.Grey, Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought, Stan.L.Rev. 1978 s. 855-56.
100. Se närmare kap. 2.2.2 på s. 70 f.
101. Se Gray, a.a.s. 854-55 m.h.t. praxis.
102. »...I know of no power that can control it; and the examples usually alleged in support of this sense of the rule do none of them prove, that where the main object of a statute is unreasonable the judges are at liberty to reject it; for that were to set the judicial power above that of the legislature, which would be subversive of all government.» Commentaries, Vol. 1, New York/London 1978 s. 91.
103. Se Wade/Bradley a.a.s. 63 samt om utvecklingen under och strax efter revolutionen ovan kap. 2.2.1. Se även O. Hood Phillips, a.a.s. 43 samt de Smith/Brazier s. 9: »...instead of laying the foundations of a written constitution, it formed a base for the concept of untramelled parliamentary sovereignty».

låtit de gamla traditionella egenheterna i rättsordningen att leva kvar, samt det faktum att revolutionen mot kungamakten på 1600-talet gav parlamentet dess ledande ställning – en triumf för folksuveräniteten således – men inte framhävde individernas rättigheter.

På det rent rättsideologiska planet förstärktes de nämnda tendenserna under 1800-talet, inte minst på grund av Bentham's och Dicey's stora inflytande.

Statsrättstänkaren Dicey behandlas närmare i nästa avsnitt, medan utilitaristen Bentham främst fick betydelse genom sin negativa inställning till alla former av rättighetskataloger. Hans skepsis mot själva rättighetsbegreppet hängde samman med hans utilitaristiska grundsyn, enligt vilken målen för all samhällelig verksamhet var att befrämja största möjliga lycka åt största möjliga antal människor. Denna extremt nyttoinriktade filosofi medförde ett avståndstagande från alla tankar på individuella rättigheter, eftersom lagstiftningsmakten enligt Bentham måste vara oinskränkt.[104] Denna utgångspunkt drev honom att i en mängd skrifter från 1790-talet och framåt kritisera främst de rättighetskataloger som den franska revolutionen frambragt; sådana oförytterliga rättigheter som proklamerades i dessa deklarationer var retoriskt nonsens, »nonsense upon stilts».[105] Att dylika uppfattningar senare blivit så vanliga bland brittiska jurister kan troligen till stor del tillskrivas Bentham.

Den fortsatta politiska utvecklingen präglas främst av en iögonenfallande kontinuitet. Demokratiseringen och fortsatta parlamentsreformer under 1800-talet bidrog givetvis till en viss statsrättslig utveckling; 1832 erkändes t.ex. att regeringen var ansvarig inför väljarna och måste vara sammansatt av ledamöter som representerade samma åsikter som majoriteten i parlamentet.[106] Konflikter mellan parlamentets bägge kamrar under 1909-1911 ledde fram till att House of Commons fick det dominerande inflytandet över lagstiftningsmakten, genom att det slogs fast att majoriteten i underhuset hade det avgörande inflytandet över lagarnas antagande och utformning[107] (vilket alltså sedan markerats i the Parliament Acts av 1911 och 1949). Det viktigaste inslaget i rättsordningens utveckling under 18- och 1900-talen har emellertid varit den skrivna lagens på bekostnad av common law-systemet ökade betydelse. Denna utveckling har givetvis också ökat betydelsen av parlamentets överhöghet och oinskränkta lagstiftningsbefogenhet. Ett betydelsefullt brott med traditionen utgjorde dock EG-anslutningen 1973.

9.3.3.2 DICEY'S INFLYTANDE

Att behandla 1800-talets ledande brittiske statsrättsteoretiker A.V. Dicey närmare är angeläget främst mot bakgrund av det oerhört starka inflytande hans idéer haft – och delvis

104. Dessutom trodde Bentham inte att rättighetskataloger hade någon praktisk verkan, eftersom de var avfattade i alltför allmänna ordalag för att kunna efterlevas. Om de medgav alltför många undantag och begränsningsmöjligheter skulle rättigheterna knappast respekteras av lagstiftaren, medan absoluta, icke begränsningsbara rättigheter skulle binda lagstiftaren alltför hårt; uppenbarligen fångade Bentham här något väsentligt i problematiken kring rättighetsskyddet (jfr kap. 1.2 o. 1.6). Se närmare om Bentham's filosofi från dessa och mer teoretiska utgångspunkter Waldron, Nonsense upon Stilts s. 29-45 och P.P. Craig, Bentham, Public Law and Democracy, P.L. 1989 s. 407 ff.
105. Uttalandet citerat i Waldron, a.a.s. 53.
106. Jfr Wade/Bradley a.a.s. 63.
107. A.a.s. 64.

ännu har – på efterföljande generationer av brittiska jurister.[108]

Diceys huvudverk och mest inflytelserika skrift är An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, vars första utgåva kom 1885.[109] Boken – baserad på en serie föreläsningar Dicey givit i Oxford – var ett försök att behandla den brittiska statsrätten på ett systematiskt sätt, varvid Dicey framförallt urskiljde tre karakteristiska egenskaper i den brittiska konstitutionen, nämligen »the legislative sovereignty of Parliament», »the Rule of Law» samt »the Conventions of the Constitution».[110] Här är framförallt de två första punkterna av intresse. Diceys uppfattningar om parlamentets suveränitet och överhöghet samt om rule of law – och därmed även om fri- och rättigheternas ställning – har ända in i våra dagar varit mycket inflytelserika, både i den rent rättsteoretiska debatten och i rättspraxis.

Diceys starka betonande av parlamentets överhöghet var knappast i sig något anmärkningsvärt eller egentligen nytt; som ovan nämnts etablerades denna doktrin redan efter »the Glorious Revolution» 1688. Diceys insats var att framhäva att suveräniteten och den obegränsade lagstiftningsmakten i Storbritannien fanns just hos parlamentet och inte hos folket; utgångspunkten i äldre rättsteori, t.ex. hos Jeremy Bentham, var att parlamentet var »allsmäktigt», *omnicompetent*, men bara i egenskap av företrädare för folket, den egentliga suveränen.[111] Dicey's betonande av **själva parlamentets** överhöghet torde starkt ha bidragit till principens starka genomslagskraft.

Hans teorier om innebörden i rule of law-begreppet stod i högre grad för något nytt i den statsrättsliga begreppsbildningen. Rule of law, som på svenska närmast betyder rättssäkerhet – även om en direktöversättning knappast låter sig göras – innebar för Dicey framförallt tre saker: För det första en absolut frånvaro av godtycke i rättskipningen; ingen står över lagen och ingen kan straffas för annat än uppenbara lagbrott. För det andra att alla, oberoende av samhällsställning, inkomst osv är lika inför lagen och för det tredje att de allmänna principerna i den brittiska konstitutionen – framförallt de individuella fri- och rättigheterna – är resultatet av domstolsavgöranden i enskilda mål.[112]

Kritiken mot Diceys teorier har framförallt riktats mot hans tanke att fri- och rättigheterna enbart kommer till uttryck genom domstolsavgöranden (varför författningen är

108. Se allmänt härom bl.a. Dicey and his influence on public law, Nevil Johnson och Patrick McAuslan, P.L. 1985 s. 717 och 721. Anthony Lester talar f.ö. i P.L. 1984 s. 47 rentav om »the constitution which we have inherited from Dicey» och Vernon Bogdanor beskriver i Constitutional Law and Politics, Oxford Journal of Legal Studies 1987 s. 455 Dicey som »Britain's substitute for a codified constitution».
109. Den främsta statsrättsliga tidskriften i Storbritannien, Public Law (P.L.) ägnade f.ö. vid hundraårsjubiléet av den första utgåvan större delen av sitt vinternummer 1985 åt ett seminarium om Dicey som hållits på All Souls College i Oxford, den 30 september 1985.
110. Se närmare a.a.s. 35 f.
111. Se härom O. Hood Phillips, a.a.s. 42 samt vidare Dicey's Law of the Constitution: A personal view, O. Hood Phillips i P.L. 1985 s. 589 f och särskilt om Benthams uppfattning härvidlag Craig, a.a.s. 410.
112. Detta kan ses som ett försök att ge de gamla common law-principerna konstitutionell rang. Jfr Introduction...s. 195 f: »We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution.»

»judge-made»). Denna sistnämnda kritik kan i sin tur skjuta in sig på olika områden: Viktigast är kanske den allmänna kritiken av vad detta synsätt lett och leder till samt kritiken mot det svaga skydd för de medborgerliga rättigheterna som blir konsekvensen om man följer Dicey och väljer att helt förlita sig på lagstiftarens respektive domarens förnuft och goda vilja.[113]

Åtminstone sedan början av 1970-talet har det blivit allt vanligare med rättighetsbegränsande lagstiftning, samtidigt som domstolarna inte kunnat utveckla common law på något sätt som inneburit att en motvikt tillskapats.[114] Rättigheternas ställning har sålunda försvagats och, som Ewing/Gearty uttrycker det, »(T)he Dicey approach has no answer to this».[115] Slutsatsen av det sagda är given; kritik mot Diceys synsätt är lika med kritik mot dagens brittiska statsrätt.

113. Delvis har denna kritik redan berörts; Diceys idéer utgör ju själva essensen i det för Storbritannien så karakteristiska fri- och rättighetsbegreppet. Som exempel på mer genomgripande kritik kan hänvisas till inledningen i K.D. Ewings/C.A. Geartys, Freedom under Thatcher, Oxford 1990. Ewing/Gearty bedömer det tredje ledet i Diceys rule of law-definition mot bakgrund av vissa av hans egna uttalanden om fri- och rättigheter, t.ex. om yttrandefrihet. »Any man may...say or write whatever he likes, subject to the risk of, it may be, severe punishment if he publishes any statement (either by word of mouth, in writing or in print) which he is not legally entitled to make». I samma riktning pekar Dicey's uttalanden om mötesfrihet: »(I)t can hardly be said that our constitution knows of such a thing as any specific right of public meeting...The right of assembling is nothing more than a result of the view taken by the courts as to individual liberty of person and individual liberty of speech. There is no special law allowing A, B, and C to meet together in the open air or elsewhere for a lawful purpose, but the right of A to go where he pleases so that he does not commit a trespass, and to say what he likes to B so that his talk is not libellous or seditious, the right of B to do the like, and the existence of the same rights of C, D, E, and F and so on ad infinitum, lead to the consequence that A, B, C, D and a thousand or ten thousand other persons, may (as a general rule) meet together in any place where otherwise they each have a right to be for a lawful purpose and in a lawful manner.» Se Introduction... s. 240 o. 271. Dessa uttalanden jämförs sedan med Diceys mer allmänna ståndpunkter, bl.a. konstaterandet att det i den brittiska konstiutionen finns »an abscense of those declarations or definitions of rights so dear to foreign constitutionalists», vilket var en styrka snarare än en brist eftersom »general rights guaranteed by the constitution may be, and in foreign countries, constantly are, suspended», medan det brittiska systemet innebar att »the suspension of the constitution, as far as such a thing can be conceived possible, would mean with us nothing less than a revolution». Se Introduction...s. 197 o. 201 ff.

    Det viktigaste i sammanhanget är dock vilket inflytande Diceys synsätt har i dag. Som Ewing/Gearty mycket riktigt konstaterar har hans uppfattningar om vad »political liberty» egentligen innebär påverkat traditionella brittiska attityder – sannolikt både bland jurister, politiker och allmänhet – ända sedan de först lanserades. Jfr Sir Norman Anderson, Liberty, law and justice, London 1978, s. 13: »Dicey...betrays a characteristically English dislike of a written constitution.» Trots detta är de synnerligen otillräckliga (»inadequate») som teoretisk grundval för skyddet eller försvaret av de medborgerliga rättigheterna, på grund av att de **inte kan hävdas gentemot lagstiftaren**, dvs den politiska makten, utan endast är »the residue of conduct permitted in the sense that no statute or common-law rule prohibits it.» Detta innebar kanske inget större problem på Diceys tid, då det fanns en »reservoir of unregulated behaviour», men problemet är att den outtalade förutsättningen för resonemangets fortsatta giltighet är att detta utrymme för friheten alltid kommer att finnas. Dicey såg parlamentet och domstolarna som frihetens väktare, varför det är logiskt att det i hans teori helt saknas värn eller skydd för fri- och rättigheterna gentemot lagstiftaren i fall denne skulle vilja begränsa dem (eller gentemot domstolarna i fall dessa skulle underlåta att fortlöpande utveckla rättigheterna eller »upptäcka» dem i enskilda fall). Han utgick helt enkelt från att denna utveckling aldrig kunde inträffa.

114. Jfr dock ovan i 9.3.1.2 om utvecklingen under de allra senaste åren.

115. A.a.s. 8 ff.

9.4 Den materiella rätten. Närmare om fri- och rättigheternas rättsliga ställning

Nedan görs en genomgång dels av vissa rättsområden som får sägas vara av praktisk vikt i detta sammanhang, dels av några fall som under senare år uppmärksammats mycket i den allmänna debatten (och därigenom också bidragit till att rikta uppmärksamheten mot de principiellt viktiga problemen). Någon fullständig genomgång av **samtliga** fri- och rättigheters rättsliga ställning låter sig naturligtvis inte göras; en sådan skulle helt spränga ramarna för framställningen och egentligen inte tillföra så mycket nytt beträffande själva frågan om vilket skydd rättigheterna faktiskt åtnjuter. Viktigast är att genom några exempel illustrera vad avsaknaden av rättighetsskydd kan få för effekter, varför det räcker att genomgå några enskilda rättigheters ställning.

9.4.1 Yttrandefrihetens ställning

9.4.1.1 ALLMÄNT OM YTTRANDEFRIHET I BRITTISK RÄTT

Enligt Dicey innebar yttrandefrihet i Storbritannien »little else than the right to write or say anything which a jury, consisting of twelve shopkeepers, think it expedient should be said or written».[116] På hans tid fanns ingen censur och ingen särskild lagreglering av yttrandefriheten ur olika aspekter.[117] Sedan dess har emellertid åtskilliga regler både om förhandsgranskning av olika media och om kriminalisering av olika former av yttranden införts, varför bilden i dag är något mer komplicerad. Det är inte så att yttrandefriheten i dag enbart är vad som återstår när alla restriktioner »räknats bort», eftersom domstolarna i många fall då de har att tolka lagar som i något avseende begränsar yttrandefriheten gör en avvägning mellan det allmänna intresset av yttrandefrihet och andra viktiga allmänna intressen, t.ex. statens säkerhet.

De ifrågavarande begränsningarna eller inskränkningarna av yttrandefriheten kan vara av två olika slag. Det kan vara fråga antingen om censur eller andra former av förhandsgranskning, eller om lagar som förbjuder eller kriminaliserar vissa typer av yttranden. Att det råder stora principiella och praktiska skillnader mellan dessa former av yttrandefrihetsbegränsningar är självklart; censur är i alla sammanhang en allvarlig, anmärkningsvärd inskränkning av det fria ordet, medan knappast någon hävdar att yttrandefriheten bör vara helt obegränsad och att alla lagar som förbjuder och straffbelägger vissa yttranden därför är av ondo.

Av det brittiska regelsystemet följer att det är fritt fram för lagstiftaren, dvs majoriteten i House of Commons, att inskränka yttrandefriheten på det sätt som befinns lämpligt. Frågan är då om denna frihet för lagstiftaren lett till anmärkningsvärda begränsningar eller inte. Här skall först de viktigaste inskränkningarna – både i form av

116. A.a.s. 246.
117. Jfr de Smith/Brazier, a.a.s. 483 not 9 med hänvisning.

förhandsgranskning[118] och lagar som kriminaliserar vissa uttalanden – genomgås, varefter några av de senaste årens uppmärksammade fall tas upp till närmare behandling. Även ett närbesläktat ämne som informationsfrihet kommer att beröras något.

9.4.1.2 BEGRÄNSNINGAR AV YTTRANDEFRIHETEN

a. Prior restraints – censur och annan förhandsgranskning
aa. Översikt över de vanligaste formerna

TV och radio Enligt en ny Broadcasting Act som antogs i november 1990 gäller att TV- och radioutsändningar – dvs *broadcasting* – kräver en statlig licens, vilket British Broadcasting Corporation (BBC) sedan länge har och oberoende TV- och radiostationer kan beviljas av the Independent Television Commission (ITC) respektive the Radio Authority.[119]

Inom dessa media finns enligt the Broadcasting Act respektive BBC:s s.k. Licence and Agreement Section dels ett särskilt sanktionssystem där vissa specialorgan givits vidsträckta befogenheter att övervaka och bötfälla TV- och radiostationer samt i förekommande fall beordra att beviljade sändningslicenser dras tillbaka[120], dels en möjlighet för regeringsmedlemmar att utfärda föreskrifter om att vissa typer av uttalanden eller information inte får göras respektive lämnas i radio och TV.

Det var denna möjlighet som den dåvarande inrikesministern Douglas Hurd utnyttjade när han i oktober 1988 utfärdade ett direktiv som på obestämd tid helt förbjöd uttalanden i radio och TV av representanter för IRA, de till IRA knutna politiska organisationerna Sinn Fein och Republican Sinn Fein, the Ulster Defence Association samt alla organisationer som var förbjudna enligt the Prevention of Terrorism Act av 1984.[121] Innebörden av direktivet var alltså att sådana uttalanden helt enkelt inte fick sändas. Alla TV- och radiostationer var skyldiga att följa direktivet, vilket fick till följd att vissa program överhuvudtaget inte kunde sändas medan innehållet i andra på olika sätt ändrades.[122] Dessa befogenheter att styra programmens innehåll, som regeringen alltså hade redan enligt då gällande lag (1981 års Broadcasting Act) har vidgats i 1990 års lag.[123]

Video Enligt the Video Recordings Act av 1984 måste videofilmer förhandsgranskas

118. Förhandsgranskning av yttranden och meddelanden förekommer i anmärkningsvärt stor utsträckning i Storbritannien, på många olika mediaområden (ehuru inte i lika långtgående former på samtliga områden). En översikt över de olika formerna av förhandsgranskning ges av Eric Barendt, Freedom of Speech, Oxford 1987 s. 115 ff. Se även David Feldman, Civil Liberties & Human Rights in England & Wales, Oxford 1993 s. 587 ff o. 596 ff för en översikt över olika former av myndighetskontroll och -reglering av innehållet i media.
119. Se Freedom of Expression and Information in the United Kingdom, rapport från Article 19, The International Centre Against Censorship, London 1991 s. 3-4.
120. Ibid s. 5-7.
121. Se vidare om denna händelse, »The Broadcasting Ban», nedan kap. 9.4.1.3 under b.
122. Se den anförda rapporten från Article 19, s. 5 o. 12-13 samt vidare om konsekvenserna och händelseförloppet nedan i kap. 9.4.1.3 under b.
123. Från denna förhandskontroll måste skiljas vad som i doktrinen understundom kallas self-censorship, dvs att TV- och radiobolag, efter politiska påtryckningar eller egna bedömningar, beslutar att inte sända planerade programinslag. Se härom No Comment – Censorship, Secrecy and the Irish Troubles (skrift utgiven av Article 19), London 1989, s. 54 ff samt I. on C. 8/88 s. 29 o. 31, bägge med exempel på fall där detta inträffat. Jfr även Brian Thompson, Broadcasting and Terrorism, P.L. 1989 s. 540 samt Ewing/Gearty s. 242 f.

innan de får säljas eller hyras ut till allmänheten. Granskningen – som gäller både äldre och nyare filmer – omhänderhas av The British Board of Film Classification (BBFC), en s.k. *non-statutory body* (dvs icke lagreglerad organisation) grundad och finansierad av film- och videobolagen, som klassificerar och godkänner – samt i förekommande fall underkänner – alla videofilmer som cirkulerar på marknaden. Kontrollen är således både omfattande och långtgående.[124] Att sälja eller hyra ut en film som inte granskats av BBFC är ett brott mot Video Recordings Act.[125]

BBFC utnyttjade sin rätt att vid förhandsgranskningen förbjuda en film i oktober 1989 då en videofilm vid namn Visions of Ecstasy, i vilken ett helgons Kristusvision skildrades på ett erotiskt sätt, förbjöds på grund av att dess blasfemiska innehåll ansågs vara ägnat att uppröra och såra troende kristna.[126]

Film Filmcensuren i Storbritannien regleras både i lagar och andra regler. Dels är det givetvis så att de lagar och common law-regler som förbjuder t.ex. obscena eller blasfemiska yttranden kan tillämpas på filmer (liksom f.ö. på videofilmer), dels är själva förhandsgranskningen – som har avgjort större betydelse för vad publiken får se – uppdelad på olika blott delvis lagreglerade instanser. Enligt the Cinemas Act av 1985 beviljar lokala myndigheter tillstånd till biografvisningar, varvid vissa villkor om tillträde för ungdomar, förbud för osedliga filmer osv kan föreskrivas. I praktiken är emellertid den icke lagreglerade kontroll som BBFC i ett tidigare skede utfört av större praktisk betydelse; en film som inte godkänts av BBFC torde mycket sällan få visningstillstånd, även om det inte är förbjudet för vederbörande lokala myndighet att tillåta visning i sådant fall (eller att vägra tillstånd till en film som BBFC godkänt).

BBFC, som alltså inte är något officiellt organ av myndighetsställning utan snarare ett film- och videobranschens eget renhållningsorgan – undersöker att filmerna inte bryter mot lagen och klassificerar sedan de godkända filmerna i olika grupper beroende på vilken åldersgräns som befinns lämplig för respektive film. (Lägsta åldersgräns är sedan 1989 12 år.) Förhandskontrollen inskränker sig dock normalt inte till en undersökning av om en film står i strid med någon uttrycklig lag, utan filmer – såväl hela filmer som enbart vissa sekvenser – kan t.ex. också underkännas på grund av att de innehåller alltför många eller starka våldsinslag eller kan upplevas som kvinnoförnedrande.[127]

124. Se för en kritisk granskning av lagen och fler detaljer om dess innehåll Neville March Hunnings, Video Censorship, P.L. 1985 s. 214 ff.
125. Jfr de Smith/Brazier a.a.s. 489 och Article 19 s. 10.
126. Rapport från Article 19 s. 10. I juni 1990 förbjöds så en video vid namn International Guerrillas, i vilken Salman Rushdie skildrades som galen och omoralisk, på den grunden att den var ärekränkande mot Rushdie. Den s.k. Appeals Committee of the BBFC ändrade emellertid sedan utslaget, bl.a. på grund av att Salman Rushdie själv motsatt sig beslutet. Jfr om blasphemy nedan s. 318 vid n. 157.
127. Se vidare Article 19 s. 9-10, Barendt, Freedom of Speech s. 127 och de Smith/Brazier, a.a.s. 488 f. – Vad gäller teaterföreställningar märks att när The Theatres Act infördes 1968 rådde sedan lång tid tillbaka en form av teatercensur, som hade varit lagreglerad sedan 1737 och enligt vilken det var brottsligt att göra eller arrangera ett scenframträdande utan tillstånd från the Lord Chamberlain, som innan han beviljade tillstånd även granskade föreställningarnas innehåll. Enligt 1968 års lag krävs det fortfarande tillstånd från lokala myndigheter för att framföra en teaterpjäs eller annat spektakel, men förhandsgranskning av föreställningens innehåll får numera endast göras vid hypnosshower. Dessutom kan givetvis de vanliga straffrättsliga reglerna om obscenity osv tillämpas även på teaterpjäser (liksom på filmer). Jfr Barendt och de Smith/Brazier, a.a.

D-Notice Committee I Storbritannien är pressen generellt sett betydligt friare och mindre reglerad än TV och radio[128], men pressen tillämpar tillsammans med etermedia ett system för vad som kan kallas frivillig självcensur[129] i frågor som berör statens säkerhet. Detta sker genom The Defence, Press and Broadcasting Committee, allmänt kallad D-Notice Committee, ännu ett icke lagreglerat specialorgan med stort inflytande, om än inte med lika vidsträckta befogenheter som BBFC. Dess ledamöter är dels ämbetsmän från departement och myndigheter med anknytning till försvaret, dels representanter för press, TV och radio. Kommittén sänder med jämna mellanrum ut listor – s.k. D-Notices – över ämnen som anses kunna skada nationens säkerhet och som regeringen därför inte vill att tidningar, TV och radio skall omnämna. Ansvariga utgivare för respektive tidningar och program förutsätts sedan respektera dessa önskemål, men är inte skyldiga att göra det. De förutsätts också konsultera kommittén när de är osäkra på om de kan publicera visst material, som bedöms vara känsligt. Ett godkännande av kommittén innebär dock ingen garanti mot efterföljande åtal för brott mot någon lag, t.ex. Official Secrets Act av 1989, med bestämmelser till skydd för statens säkerhet.[130]

ab. Injunctions Ett av de större praktiska och rättsliga problemen på yttrandefrihetsområdet är frågan om s.k. injunctions, dvs beslut meddelade av domstol att på begäran av en part, ofta företag eller myndigheter, helt enkelt *förbjuda* publiceringen av en bok eller en tidningsartikel som bedöms innefatta sekretessbrott (breach of confidence), contempt of court eller förtal/ärekränkning.[131] Detta förfarande är inte lagreglerat utan bygger helt på rättspraxis och, såvitt gäller breach of confidence, common law. (Det materiella innehållet i contempt of court, förtal m.m. är dock reglerat i olika lagar.[132]) Det har på senare år aktualiserats genom några uppmärksammade fall.

Principerna för domstolarnas ställningstaganden i dessa frågor förefaller vara ganska vaga. Allmänt kan sägas att domstolarna måste göra en avvägning eller *balancing*[133] mellan den tystnadsplikt som kan ha åvilat en enskild – en anställd eller privatperson – och det allmänna intresset både av bevarande av sekretess och av öppen debatt och informationsspridning i för samhället viktiga angelägenheter. Liksom i övriga fall där skriven lag saknas har de domare som dömer i enskilda mål stora friheter att avgöra omfånget

128. Presscensur har inte förekommit sedan 1695. Se de Smith/Brazier s. 485.
129. Jfr Ewing/Gearty, a.a.s. 165: »To this form of censorship the press not only submits but actively participates».
130. Se vidare Article 19 s. 11 och de Smith/Brazier s. 485 f samt Ewing/Gearty, a.a.s. 165.
131. Injunctions kan utfärdas även i andra situationer och gäller inte alltid begränsning just av yttrandefriheten; se t.ex. nedan avsnitt 9.4.2.3 om mötesfrihet.
132. Jfr vad gäller breach of confidence Wade/Bradley s. 507 vid not 34 med vidare hänvisning: »Breach of confidence is a rapidly developing branch of the law, and there is uncertainty as to its legal basis».
133. Den engelska doktrinen kring detta begrepp är inte lika omfattande och teoretiskt avancerad som den om begreppet Abwägung i tysk rätt (jfr kap 7.4.1.2 o. 7.5.2.2) och själva begreppet är inte heller lika omstritt, men de argument som används till stöd för att denna metod bör användas just i yttrandefrihetsrättsliga fall är påfallande lika dem som framförs i Tyskland. Det bör dock tilläggas att metoden i den brittiska doktrinen mera sällan rekommenderats som någon form av patentmedicin för lösning av frågor om rättighetsbegränsningar, utan diskussionen har främst gällt just avvägningen mellan yttrande- och informationsfrihet samt statens intressen i yttrandefrihetsmål. Se bl.a. Boyle, Freedom of Expression as a public interest in English Law, P.L. 1982 s. 593 ff, Barendt, a.a.s. 132 ff och Ewing/Gearty, a.a.s. 204.

av en medborgerlig rättighet, i detta fall yttrandefriheten.

En injunction är således en form av domstolsföreläggande som förbjuder publiceringen av visst material.[134] Att en injunction kan få långtgående konsekvenser visas inte minst av ett avgörande i den s.k. Spycatcheraffären, där det framgick att en injunction är bindande även för andra parter än den som den ursprungligen riktats mot; ett förbud för en tidning att publicera visst material omfattar även samtliga andra media i Storbritannien.[135] Injunction kan t.ex. begäras av ett företag som anser att publiceringen av någon artikel eller visningen av ett TV-program skadar dess affärsintressen, av en privatperson som är rädd för att bli skandaliserad efter publiceringen av en annan persons dagbok eller av regeringen, då den anser att nationella säkerhetsintressen är i fara. Domstolarna kan antingen efterkomma ansökan eller av rent processuella alternativt materiella skäl vägra att bevilja en begäran om injunction. Några vägledande principer för hur domstolarna skall besluta i enskilda fall finns inte[136], men eftersom publiceringsförbud i alla former givetvis är en mycket långtgående åtgärd har frågan ändå berörts i praxis. Ett uttalande av Lord Scarman i målet Attorney-General v. B.B.C. ger vissa antydningar om hur domstolarna kan resonera:

> ...the prior restraint of publication, though occasionally necessary in serious cases, is a drastic interference with freedom of speech and should only be ordered where there is *a substantial risk of grave injustice* (min kursivering).[137]

Ett av de första fallen där en injunction för breach of confidence åberopades mot publiceringen av material som kunde vara ärekränkande för en enskild var Argyll v. Argyll[138], där en söndagstidning genom en injunction förhindrades att publicera artiklar med avslöjanden om vad hertigens av Argyll förra fru sagt till honom i förtroende. Å andra sidan vägrade Court of Appeal 1975 att enbart av det skälet att den stred mot en enskilds önskemål hindra publiceringen av en bok; styvfadern till en 14-årig flicka ansåg att publiceringen skulle vara skadlig för henne, eftersom boken bl.a. beskrev hennes döde fars alkohol- och sexualvanor.[139]

Det första fallet där det framgick att en injunction kunde sökas för att hindra publicering av material som kunde skada allmänna intressen var Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd, där någon injunction visserligen aldrig utfärdades men en av domarna, Lord Widgery Chief Justice, i sitt votum slog fast att inget hindrade en domstol från att förbjuda publicering av sådant material som samhället har ett allmänt intresse av att hemlighålla.[140]

134. Det kan dock med Barendt hävdas att en injunction inte fungerar som en verklig sanktion om den inte kan följas upp av en efterföljande contempt of court-process därest domstolsbeslutet inte efterföljs; se Barendt s. 140.
135. Attorney-General v. Newspaper Publishing plc, (1987) 3 All E.R. 276.
136. Jfr Boyle, a.a.s. 581: »The injunction... is always discretionary» och Barendt, a.a.s. 132: »The British Courts seem relatively inconsistent in their practice.»
137. 1980 3 W.L.R. 109, 138. Jfr Boyle a.a.s. 580 f. Se även Barendt s. 140: »Such language and principles... show a welcome appreciation of the questions involved in this type of proceeding.»
138. 1967 Ch. 202.
139. 1975 Fam. 47.
140. 1976 QB 752. Se om fallet Ewing/Gearty s. 153-154 och Wade/Bradley s. 508.

En tendens i praxis är att injunction inte beviljas om det finns någon sannolikhet för att en brottmålsjury skulle acceptera svarandens argument om vikten av yttrandefrihet (eller om skäligheten i yttrandet som sådant).[141] I fallen Bonnard v. Perryman (som gällde ärekränkning)[142], Woodward v. Hutchins (breach of confidence)[143] och Attorney-General v. B.B.C. (contempt of court)[144] har det deklarerats att injunction inte bör ifrågakomma när det inte verkar osannolikt att uppgifterna i materialet är sanna eller det finns ett starkt allmänt intresse av att publicering sker[145]; å andra sidan talar avgörandet American Cyanamid v. Ethicon Ltd[146], där yttrandefriheten helt underordnades ena partens intressen, emot denna huvudregel. Följaktligen är det svårt att av praxis dra alltför bestämda slutsatser om rättsläget.

Ett viktigt fall är Schering Chemicals v. Falkman[147], där Court of Appeal på begäran av ett läkemedelsföretag utfärdade en injunction mot en film som Thames Television höll på att spela in. Bakgrunden var att läkemedelsbolaget anlitat en reklambyrå för att lära några anställda att försöka propagera för en produkt som fick mycket negativ publicitet, emedan den ansågs vara hälsovådlig. En anställd på reklamfirman tog kontakt med TV-bolaget och började förbereda en film om produkten och dess skadliga effekter. Majoriteten i Court of Appeal ansåg inte att beslutet om injunction inskränkte yttrandefriheten, eftersom filmen kunde ha gjorts och visats förutsatt att ingen anställd vid reklambyrån deltagit i inspelningen.[148]

Som exempel på hur domstolarna, i detta fall Court of Appeal, kan komma till olika resultat i snarlika fall kan slutligen nämnas fallen Francome v. Mirror Group Newspapers Ltd[149], där publiceringen av en artikel baserad på band med illegalt avlyssnade telefonsamtal förbjöds, och Lion Laboratories v. Evans[150], där publicering tilläts av en artikel som byggde på hemliga dokument om brister i en maskin (avsedd för kontroll av alkoholhalten vid utandning), vilka en tidigare anställd hos sökandeparten överlämnat till tidningen. Grunden var här att allmänhetens intresse av att få reda på att maskinen var osäker vägde tyngre än klagandens önskemål om att affärssekretessen respekterades, I det första fallet ansågs däremot sekretessen väga tyngre. Detta mål gällde anklagelser mot en jockey för att ha tagit emot mutor, vilket några avlyssnade och inspelade telefonsamtal sades bevisa.[151]

Som denna genomgång visar finns det föga av enhetlighet och konsistens i domstolarnas bedömningar av dessa frågor. Praxis visar att balancing-metoden används flitigt, men

141. Jfr Boyle s. 581 f.
142. 1981 2 Ch. 269.
143. 1977 2 All E.R. 751.
144. 1979 3 W.L.R. 312, 318. – I detta sammanhang kan något nämnas om the Attorney-General. Denne kan sägas vara Storbritanniens justitiekansler, ehuru han måhända i egenskap av regeringsledamot har en mer upphöjd position än sin svenske kollega; snarast är han kanske en kombination av JK och konsultativt statsråd. Hans huvudsakliga uppgift är att vara regeringens främste juridiske rådgivare, men han för också regeringens eller statens talan vid många olika typer av rättegångar. Hans åtgärder i tjänsten och bedömningar i rättsfrågor kan enligt ett avgörande i House of Lords 1978 endast prövas i parlamentet, i politisk ordning; någon överprövning av ett hans åtalsbeslut eller sanktion mot en felaktig åtgärd från hans sida kan således inte meddelas av domstol.
145. Se även Lion Laboratories Ltd. v. Evans, 1984 3 W.L.R. 539.
146. 1975 A.C. 396; se Boyle s. 583.
147. 1982 QB 1.
148. Lord Denning var emellertid skiljaktig och hävdade att information av allmänt intresse inte skulle förbjudas på grund av breach of confidence om det inte finns »a pressing social need» härför. Se vidare om fallet Barendt, a.a.s. 132-133.
149. 1984 1 W.L.R. 892.
150. 1984 3 W.L.R. 539.
151. Utgången kan tolkas som att det normala i ett sådant fall bör vara att den som skaffat bevisen lämnar de intressanta uppgifterna till polisen i stället för till publicering (jfr Lord Griffiths i Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2), 1988, 3 All E.R. s. 649 samt Feldman, a.a.s. 384, 617 o. 651).

från rättssäkerhetssynpunkt är det naturligtvis mindre tilltalande att det saknas riktlinjer och hållpunkter i lag och praxis för dessa viktiga avgöranden.[152] Tidningar, TV-bolag, bokförlag och enskilda som riskerar att drabbas av en injunction kan visserligen hänvisa till värdet av öppen debatt i viktiga samhällsfrågor, och därför kräva att yttrande- och informationsfriheten respekteras, men kan inte stödja sin talan på någon bindande lagtext. Bristen på klara regler och osäkerheten om vad som egentligen gäller gör det troligen också extra frestande för regeringen och andra myndigheter att försöka förhindra publiceringen av misshagliga alster genom att begära injunctions, vilket kanske visas allra tydligast av de mest uppmärksammade av alla injunctions-fall, den s.k. Spycatcher-affären.[153] På detta område är sålunda den enskilda rättighetens existens helt avhängig domarens bedömning.

Spycatcher-fallet visade att möjligheterna för myndigheterna att utverka en injunction för breach of confidence när någon anställd eller f.d. anställd vid säkerhetstjänsten valt att skriva memoarer är utomordentligt goda, även då själva materialet vid en normal bedömning knappast framstår som särskilt känsligt ur säkerhetssynpunkt. I ett annat fall, där omständigheterna f.ö. påminde om Spycatcher, vägrade dock House of Lords att gå med på regeringens begäran om injunction. I detta mål (Lord Advocate v. The Scotsman Publications Ltd[154]) förbjöds några brittiska tidningar vid årsskiftet 1987-88 av High Court, sedan talan väckts av regeringen, att publicera utdrag ur en tidigare underrättelseagents, Anthony Cavendish, memoarbok Inside Intelligence.[155] Målet gällde uppgifter om andra världskriget, vilka Cavendish var förbjuden att yppa på grund av livslång tystnadsplikt. En tidning, Granta, förbjöds till och med **att i sin USA-utgåva** publicera andra utdrag än de som the Attorney-General godkänt. Regeringen medgav inför House of Lords att tidningspublicering av materialet sannolikt inte skulle skada nationens säkerhet, men vidhöll att publicering borde förbjudas på grund av Cavendishs livslånga tystnadsplikt. House of Lords vägrade emellertid att godta detta, eftersom boken redan distribuerats bland bekanta till Cavendish, genom dennes egen försorg. Domstolens resonemang i målet tyder dock på att injunction normalt sett bör meddelas när regeringen hävdar att den nationella säkerheten verkligen kan hotas av publicering.[156]

152. Jfr bl.a. Boyle, a.a.s. 585.
153. Se härom nedan i 9.4.1.3 under a.
154. (1990) 1 A.C. 812.
155. Jfr Article 19 s. 21-22. Se även Neil Walker, Spycatcher's Scottish Sequel, P.L. 1990 s. 354-371 och Feldman, a.a.s. 647 f o. 655 f.
156. Jfr Feldman s. 655 f och Walker, a.a.s. 357 ff. Regeringen lyckades f.ö. också 1987 utverka en injunction mot ett TV-program kallat »My Country Right or Wrong», där ett antal anklagelser mot säkerhetstjänsten framfördes (bl.a. att vissa specialstyrkor ibland på uppdrag från regeringen sköt på misstänkta personer, t.ex. IRA-terrorister, för att döda; detta var då särskilt kontroversiellt eftersom tre irländare strax innan skjutits ner på öppen gata i Gibraltar). Först när regeringen några år senare medgav att inga vitala säkerhetsintressen hotades hävdes denna injunction; se Feldman, a.a.s. 604 f. – Att injunctions överhuvudtaget kan vara både långtgående och svårbegripliga när nationella säkerhetsintressen står på spel visas av den s.k. Zircon-affären, där the Attorney-General i januari 1987 först förgäves försökte utverka en injunction för att förbjuda visningen i parlamentet av en film om en ny brittisk spionsatellit, Zircon, och sedan – ehuru för sent för att kunna hindra publicering – utverkade en injunction mot journalisten som gjort filmen – Duncan Campbell – vilken förbjöd denne att tala eller skriva om dess innehåll. Se vidare om fallet främst Ewing/Gearty, a.a.s. 147 ff. Försöken att hindra visningen av en film i parlamentet väckte f.ö. våldsamma protester; detta torde ha varit det första tillfälle då försök gjorts att utverka en injunction mot parlamentet eller någon av dess ledamöter. Regeringen och kungahuset åtnjuter enligt section 21 i Crown Proceedings Act av 1947 immunitet mot injunctions (jfr Jolowicz a.a.s. 39) medan parlamentet, att döma av att frågan väcktes i Zircon-fallet, inte kan påräkna ett sådant privilegium. Se vidare härom A.W. Bradley, Parliamentary Privilege and the Zircon Affair, P.L. 1987 s. 1 f, Ewing/Gearty s. 148 f och I. on C. 8/88 s. 11.

b. Kriminaliserade yttranden Om den totala mängden bestämmelser rörande förhandsgranskning av olika former av yttranden i Storbritannien är anmärkningsvärt hög så kan detsamma knappast sägas om de olika lagar vilka begränsar yttrandefriheten genom att kriminalisera vissa typer av yttranden. Visserligen finns det även på detta område relativt många lagar, men även om de är ålderdomliga och stundtals omdiskuterade kan bestämmelserna knappast – med något undantag – sägas vara extrema eller långtgående.

Vad gäller de »allmänna fallen» märks att ett antal lagar och regler i common law kriminaliserar blasfemiska yttranden[157], ärekränkning och förtal, uppvigling, hets mot folkgrupp, förolämpningar osv. Någon anledning att här fördjupa sig i dessa regler finns dock inte.[158]

Viktigare är den kanske mest välkända brittiska regel som begränsar yttrandefriheten, nämligen den gamla bestämmelsen om domstolstrots, *contempt of court*. Denna kan i och för sig tillämpas i många fall, varav de flesta inte gäller just begränsningar av yttrandefriheten, men den får ofta påtagliga effekter för spridningen av det fria ordet och kan därför behandlas i detta sammanhang.

Regeln om contempt of court utvecklades i common law som ett medel att skydda domstolarna mot olämpligt beteende från parterna, ohörsamhet mot domstolsmakten eller rent rättegångsmissbruk. Sedan 1981 regleras företeelsen i Contempt of Court Act, som tillkom efter en fällande dom mot Storbritannien i ECtHR[159] och kan ses som ett försök att balansera rättsväsendets skyddsbehov mot det allmänna intresset av yttrandefrihet och öppen debatt, även i frågor som rör domstolarna.[160]

Det finns två olika former av contempt of court, dels *civil contempt*, dvs ohörsamhet mot domstolen t.ex. i form av en vägran att följa dess utslag, dels *criminal contempt*, som kan sägas vara en sammanfattande benämning på handlingar vilka är ägnade att störa rättvisans gilla gång.[161] Civil contempt kan således uppstå bland annat när en tidning vägrar att efterkomma ett beslut om injunction och beslutar att publicera material

157. Debatten om straffbarheten för blasfemi, som helt bygger på common law, blossade åter upp 1989 efter dödshotet mot Salman Rushdie och ett utslag i High Court den 9 april 1990 – sedan talan väckts mot Satansverserna för blasfemi – som fastslog att endast attacker mot kristendomen kan konstituera ett blasfemibrott (R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhory, (1991) 1 Q.B. 429). Jfr Article 19 s. 18-19 samt den av Article 19 och The International Committee for the Defence of Salman Rushdie and his Publishers utgivna skriften The Crime Of Blasphemy, London 1989. (Europakommissionen avvisade sedan i beslut den 5 mars 1991 en talan (Choudhory v. UK, ansökan 17439/90) om att det faktum att blasfemibrottet endast omfattade hädelse mot kristendomen skulle utgöra en kränkning av art. 9 i ECHR som uppenbart ogrundad; se HRLJ 1991 s. 172 f). Dessförinnan hade blasfemibrottet aktualiserats 1977, när utgivaren av Gay News, en tidning för homosexuella, dömdes till fängelse (R. v. Lemon 1979 (A.C.) 67) för att det i tidningen publicerats en illustrerad dikt som beskrev en homosexuell romares reaktion på Kristi korsfästelse; se härom I. on C. 8/88 s. 36. Före processen mot Gay News hade det inte ägt rum någon blasfemiprocess i Storbritannien sedan 1921.
158. För vidare läsning härom hänvisas till Wade/Bradley, a.a.s. 509 ff, de Smith/Brazier, a.a.s. 491 ff samt Article 19 s. 16-20.
159. Sunday Times v. U.K. (1), dom 26 April 1979, Series A No. 30.
160. Jfr Wade/Bradley s. 342, Robertson a.a.s. 289 och Boyle, a.a.s. 587 f.
161. Ibid.

som en domstol förbjudit publicering av[162], medan det finns tre huvudformer av criminal contempt: contempt inför sittande rätt, dvs störande beteende inför domstolen, contempt innan en rättegång har påbörjats – t.ex. i form av skriverier om fallet som kan tänkas påverka rättens ledamöter – samt contempt i form av »*scandalising the court*», dvs nedsättande eller ärekränkande omdömen om rättens ledamöter.[163] Åtal för criminal contempt of court får endast väckas av the Attorney-General.[164]

Det första fallet kräver knappast någon närmare kommentar. Även i Sverige utdöms ju böter för rättegångsförseelse vid olämpligt uppträdande i rättssalen.[165] Möjligen bör det noteras att inte bara parterna kan dömas för detta brott, utan även t.ex. demonstranter som stör ordningen i rättssalen och ett vittne som utan giltigt skäl vägrar att besvara frågor.[166] Domaren avgör själv om contempt of court föreligger.[167]

Contempt i form av scandalising the court är betydligt mer problematiskt, eftersom en strikt tillämpning av denna regel kan leda till vida inskränkningar av yttrandefriheten. Om inte såväl domstolarnas ledamöter som dessas göranden och låtanden får kritiseras är detta givetvis ett allvarligt intrång i den fria samhällsdebatten, som knappast främjar rättssäkerhet och demokrati. Regeln ger onekligen domstolarna goda möjligheter att förhindra både kritik av och debatt om deras handlande, men i praxis upprätthålls en relativt hög toleransnivå gentemot kritiska yttranden om domstolarnas verksamhet.[168]

Den principiellt och praktiskt viktigaste formen av contempt of court rör dock bedömningen av vad som kan kallas straffbara handlingar begångna före en rättegångs början vilka riskerar att påverka domstolens opartiskhet i målet och försvåra genomförandet

162. Som framgår av »Spycatcheravgörandet» Attorney-General v. Newspaper Publishing plc, (1987) 3 All E.R. 276 (se nedan under 9.4.1.3 på s. 323) gäller detta även andra tidningar än de vilka ursprungligen förbjudits att publicera visst material. – En annan variant av civil contempt uppstår då en domstol uppmanar en journalist att avslöja sin källa, vilket denne enligt sect. 10 i Contempt of Court Act är skyldig att göra om det är »necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime», men journalisten vägrar att efterfölja uppmaningen. House of Lords fann 1991 att en journalist var tvungen att lämna ut sin källa, trots att ingen artikel hunnit publiceras. Den information källan lämnat till journalisten avsåg rent kommersiella förhållanden inom ett företag och klagandens enda argument var att röjandet av identiteten var nödvändigt »in the interests of justice». Se X Ltd v. Morgan-Grampian Ltd and Others, (1991) 1 A.C. 1. Journalisten vägrade att efterkomma denna anmodan och dömdes senare till 5.000 pund i böter; se Ian Cram, When the 'Interests of Justice' Outweigh Freedom of Expression, M.L.R. 1992 s. 404 vid not 23. Efter detta avgörande framstår onekligen det journalistiska källskyddet i brittisk rätt som svagt (jfr Feldman s. 618 ff o. 626), vilket även visas av målet Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd, (1985) A.C. 339, det s.k. Sarah Tisdall case, anfört nedan i avsn. 9.4.2.2. Se även Director of Public Prosecutions v. Channel Four Television Co Ltd and another, (1993) 2 All E.R. 517, där TV-bolaget Channel Four ålades att röja källan bakom mycket allvarliga anklagelser mot de lokala polis- och ordningsstyrkorna på Nordirland. Channel Four och ett produktionsbolag fick f.ö. betala 75.000 pund i böter för att programmet stred mot Prevention of Terrorism Act (jfr om denna nedan i 9.4.2.5 under c).
163. Ibid, Feldman, a.a.s. 735 ff samt de Smith/Brazier s. 377 ff.
164. Se Robertson, a.a.s. 289.
165. Jfr RB 9 kap.
166. Jfr de Smith/Brazier s. 377.
167. Som Wade/Bradley konstaterar, a.a.s. 343, innebär detta att domaren vid denna form av contempt of court blir både åklagare, huvudvittne, domare och jury.
168. Jfr de Smith/Brazier s. 378. Det kan tilläggas att domare som blir utsatta för direkt personlig kritik har samma möjligheter som alla andra personer att stämma kritikern för förtal eller ärekränkning; jfr Anderson, a.a.s. 108.

av en fair trial. Detta brott kan se ut på många olika sätt: Det innefattar t.ex. TV-program eller tidningsartiklar som försöker visa att en ännu inte dömd person är skyldig, publicering av jurymedlemmars i förtid uttryckta uppfattningar om målet, försök att påverka vittnen m.m.[169]

Tanken bakom den vidsträckta kriminaliseringen av denna typ av handlingar – och anledningen till att hårda straff inte sällan dömts ut vid fällande domar – är att den jury som skall döma i ett mål absolut inte får ha bibringats några förutfattade meningar när rättegången tar sin början, eftersom det i så fall omöjligen kan bli fråga om en *fair trial*.[170] Vissa av regelns konsekvenser framstår i ljuset härav som naturliga (t.ex. att tidningar inte får publicera intervjuer med vittnen eller påstådda erkännanden under pågående rättegång eller fotografier på en tilltalad när ett vittnes utpekande kan bli avgörande för målets utgång). Samtidigt är det uppenbart att den vida kriminaliseringen av yttranden gjorda innan en rättegång avslutats drastiskt kan minska utrymmet för olika former av undersökande journalistik. Hur skall t.ex. artikelserier om att ett i en rättegång instämt företag släpper ut farliga produkter på marknaden eller använder bedrägliga säljmetoder bedömas?

Frågan ställdes åtminstone delvis på sin spets i det s.k. Sunday Times-fallet,[171] där situationen var den att nästan fyrahundra klagande väckt talan mot Distillers Ltd, tillverkare av ett medicinskt preparat för barn med skadliga biverkningar. I Sunday Times publicerades en artikel som kritiserade företaget och uppmanade det att betala skadestånd till de drabbade. Utgivaren av tidningen skickade därefter ett opublicerat utkast till ytterligare en artikel, i vilken det undersöktes vilka åtgärder företaget vidtagit för att kontrollera preparatets säkerhet innan det släpptes ut på marknaden, till the Attorney-General. Denne väckte talan vid Divisional Court, som utfärdade en injunction mot artikeln, ett beslut som ändrades i Court of Appeal. House of Lords fann dock att denna injunction skulle fortsätta att vara i kraft, eftersom det skulle vara contempt of court – som äventyrade utsikterna till en fair trial – att publicera artikeln innan rättegången påbörjats. Den injunction som slutligen utfärdades fick en så vid utformning att Sunday Times helt förbjöds att skriva om frågor som kunde påverka den kommande rättegången.[172] Det bör också noteras att ingen instans ifrågasatte att artiklarna i Sunday Times berörde en fråga av stort allmänintresse.[173]

Storbritannien fälldes sedan i ECtHR, som med elva röster mot nio fann att publiceringsförbudet inte varit nödvändigt för att bevara rättsväsendets oväld och opartiskhet.[174] Denna fällande dom var i sin tur, som ovan nämnts, den direkta orsaken till att Contempt of Court Act infördes 1981.

1981 års lag sågs allmänt som en liberalisering av de dittills gällande, mycket strikta reglerna.[175] Genom lagen skärptes kraven på att skada skulle ha uppkommit för att publiceringen skulle kunna bli straffbar. Före införandet av 1981 års lag räckte det nämligen med att det fanns en möjlighet att rätten – eller rättvisan – **påverkats** för att contempt of court skulle föreligga, men enligt Contempt of Court Act krävs att det föreligger »a substantial risk» att »rättvisan» (justice), antingen i ett enskilt fall eller sett på längre sikt, blir »seriously impeded or prejudiced». En ytterligare liberalisering skedde genom

169. Jfr de Smith/Brazier s. 378 och Wade/Bradley s. 344 ff med anförda fall.
170. Ibid.
171. Attorney-General v. Times Newspapers Ltd, 1974 A.C. 273.
172. Se om fallet Wade/Bradley s. 346 och Barendt, a.a.s. 140 med kritik mot House of Lords' oförmåga att beakta »censuraspekten» av det långtgående beslutet.
173. Jfr Boyle, a.a.s. 593.
174. Sunday Times v. U.K.(1), dom 26 April 1979, Series A No. 30.
175. Jfr t.ex. Robertson i Freedom, the Individual and the Law s. 286.

att sect. 5 i 1981 års lag stadgar att contempt inte föreligger när det finns ett allmänt intresse av att den öppna debatten i viktiga samhällsfrågor kan fortsätta, även om denna berör frågor som är anhängiggjorda vid domstol (s.k. *public interest defence*). Detta gäller dock bara när risken för att publicering skall påverka rättens ledamöter bedöms som liten; denna bestämmelse skyddar därför inte material som direkt berör pågående rättegångar och t.ex. kritiserar vittnen, smutskastar den tilltalade, publicerar nya bevis eller uppmanar rätten att döma på ett visst sätt.[176] Även med den nya lagen är det således möjligt att ingripa mot material som inte behöver vara särskilt långtgående i sitt ställningstagande eller sin kritik av domstolen.

En viss förändring jämfört med tidigare är också den tydliga distinktionen mellan *intentional contempt* och *strict liability contempt*. Intentional contempt föreligger när material publicerats i en tidning eller ett TV-program **i syfte att** påverka en rättegång, oavsett när materialet publiceras (brottet kan alltså begås långt innan rättegången påbörjats och till och med innan åtal väckts). Vid intentional contempt är f.ö. aldrig »the public interest defence» tillämpligt.[177] Strict liability contempt kan enligt lagen bara begås när förhandlingarna i målet är »active», vilket brottmål anses vara när de formella föranstaltningarna för förhandlingen (åtal, anhållande eller efterlysning) inletts och tvistemål när rättegången kan påbörjas.[178] Innebörden av lagen är därför att publicering av material om en rättegång vid andra tidpunkter än dessa endast kan utgöra contempt om **avsikten** varit att påverka en kommande rättegång, medan publicering inom den aktiva perioden utgör contempt när det föreligger »a substantial risk of serious prejudice».[179]

Har då även domstolarna blivit liberalare i sin praxis? Vissa avgöranden indikerar att så blivit fallet, däribland ett fall 1986 där Court of Appeal vägrade utfärda en injunction mot tidningen News of the World, som ämnade publicera anklagelser om att en person missbrukat droger under en cricketturné till Nya Zeeland. Denne hade redan väckt talan för förtal mot en tidning som publicerat anklagelserna och en juryrättegång skulle inledas cirka tio månader efter News of the Worlds tilltänkta publiceringsdatum. Court of Appeal fann att det förelåg en risk för påverkan, men att den i beaktande av de tio månadernas intervall inte kunde betraktas som »substantial».[180]

Att domstolarnas tillämpning av lagen ännu kan vara nog så strikt, visas emellertid av ett beslut 1987 i Court of Appeal att tills överklagandena i målet behandlats förbjuda TV-kanalen Channel 4 att sända en dramatiserad spelpjäs om den rättegång där överklagandet av livstidsdomarna för de s.k. Birmingham Six behandlades. Överklagandet eller snarare resningsansökan var då uppe till prövning, men av domare, utan jury, varför påverkansrisken borde varit liten. Court of Appeal fann att programmet utgjorde contempt, emedan det var ägnat att påverka allmänhetens förtroende för att rättsväsendet gjorde en objektiv prövning av omständigheterna i målet.[181]

9.4.1.3 TVÅ UPPMÄRKSAMMADE SPECIALFALL

Den gjorda genomgången ger vid handen att bristen på klara lagregler till värn för yttrandefriheten och förekomsten av diverse övervakningsorgan på medieområdet gör det tämligen enkelt för statsmakten att begränsa yttrandefriheten när så befinns lämpligt, men att dessa möjligheter trots allt kanske inte missbrukats så att situationen urartat och

176. Jfr Robertson a.a.s. 288 och Wade/Bradley s. 350.
177. Jfr Robertson s. 289.
178. Se Robertson s. 288, Feldman, a.a.s. 758 f och Wade/Bradley s. 349.
179. Se Robertson, a.a.
180. Attorney-General v. News Group Newspapers (1986), 2 All E.R. 833.
181. Attorney-General v. Channel 4 Television Co. Ltd., Crim.L.Rev. 1988 s. 237.

yttrandefriheten blivit helt kringskuren. Härtill kan givetvis även domstolarna bidra, genom att i sina avgöranden rörande injunctions, contempt of court och andra yttrandefrihetsrättsliga frågor städse försöka beakta det allmänna intresset av en öppen debatt.

Problemet är emellertid att skyddet för yttrandefriheten är villkorat av statsmakternas och domstolarnas allmänna inställning, av deras attityd till fri- och rättigheter. Så fort attityderna till medborgerliga rättigheter hos den sittande regeringen eller i de högre domstolarna blir mer negativa försvagas rättigheternas rättsliga ställning. Frågan är då hur dessa attityder ändrats under de senaste åren.

En ganska allmän uppfattning bland brittiska jurister är att skyddet för fri- och rättigheter på skilda områden försvagades kraftigt under 1980-talet, till följd av olika prejudikat, regeringsaktioner och ny lagstiftning. Vissa av dessa områden har redan berörts och fler tas upp nedan.[182] Här skall något sägas om de två fall av rättighetsbegränsningar som kanske uppmärksammades mest under 1980-talet. Det rör sig om det s.k. Spycatcher-fallet respektive »the Broadcasting Ban», dvs regeringens beslut i oktober 1988 att förbjuda alla TV- och radioåtergivningar av uttalanden gjorda av representanter för diverse politiska organisationer och terrorgrupper.

Dessa två fall skiljer sig åt såtillvida att regeringen i det ena fallet med stöd av en lag utfärdade ett sändningsförbud för vissa förgripliga uttalanden och i det andra fallet enträget uppvaktade olika domstolar, inte bara i Storbritannien utan också i Australien, Nya Zeeland och Hong Kong, för att försöka förhindra publiceringen av en bok (respektive tidningsartiklar med utdrag ur boken).[183] En skillnad, som givetvis beror på de olika rättsliga förutsättningarna, är också att regeringen i Spycatcher-fallet i slutändan misslyckades i sina föresatser. Samtidigt finns det dock stora likheter mellan skeendena. I bägge fallen har regeringen gått ytterligt långt i fråga om att inskränka – respektive försöka inskränka – yttrandefriheten och i bägge fallen har syftet varit att hindra yttranden som bedömts kunna vara skadliga för den nationella säkerheten, i ena fallet mot bakgrund av situationen på Nordirland och i det andra fallet vad gäller avslöjanden om den brittiska underrättelsetjänstens metoder.

För att presentera frågorna i kronologisk ordning behandlas här Spycatcher-fallet först, varefter the Broadcasting Ban diskuteras och allmänna slutsatser om vad de två händelserna säger om rättsläget dras.

a. Spycatcher Spycatcher-fallet handlar i grunden om domstolarnas avvägning mellan yttrandefriheten och statens säkerhet.[184]

Bakgrunden till de uppmärksammade rättegångarna, som kom att leda till flera års processande i domstolar i tre länder, var att den förre brittiske underrättelseagenten Peter Wright bestämt sig för

182. En allmän framställning om denna utveckling ges i avsnitt 9.5.3.3.
183. I förhållande till det ovan i kap. 1.3 in fine angivna huvudsyftet att främst behandla motsättningen mellan individen och **lagstiftaren** uppfyller sålunda blott affären the Broadcasting Ban detta krav. Spycatcher har emellertid medtagits här dels för att det var ett viktigt och uppmärksammat fall, dels för att händelseförloppet visar avsaknaden av rättighetsskydd, helt allmänt, i Storbritannien, och de rättsliga konsekvenser som kan följa härav. Av affären framgår t.ex. att det rättighetsskydd som sedan länge funnits i common law ofta är otillräckligt inte bara mot den lagstiftande utan även mot den verkställande makten.
184. Jfr Ian Leigh, The Security Service, the Press and the Courts, P.L. 1987 s. 18 och Barendt, Spycatcher and Freedom of Speech, P.L. 1989 s. 207.

att skriva sina memoarer. Wright – som senare medgivit att han som före detta anställd i underrättelsetjänsten hade tystnadsplikt enligt 1911 års Official Secrets Act – intervjuades i februari 1984 av TV-bolaget Granada. Ett TV-program innehållande intervjun – i vilket flera av de »sensationella» avslöjandena från den ännu inte publicerade boken Spycatcher ingick – kallat »The Spy Who Never Was» sändes i juli 1984, utan att ge upphov till några större kontroverser. När Wright, som var bosatt i Australien, 1985 överlämnade sitt bokmanus till sin (australiske) förläggare började däremot den brittiska regeringen reagera. I korthet hände därefter följande: Eftersom Wright vistades i Australien gick det inte att åtala honom för brott mot the Official Secrets Act av 1911. I september 1985 sökte emellertid den brittiska regeringen genom the Attorney-General i en domstol i New South Wales i Australien en injunction för breach of confidence mot Wright och hans förlag, innebärande att de inte fick yppa något om bokens innehåll förrän en rättegång, där det skulle avgöras om boken kunde publiceras eller inte, hållits. I juli 1986 avslöjade två engelska tidningar, The Guardian och The Observer, delar av innehållet i Spycatcher, vilket inom några dagar ledde till utfärdandet av en injunction för breach of confidence, som förbjöd tidningarna att avslöja ytterligare material ur boken. Tidningarna överklagade beslutet, som dock upprätthölls av Court of Appeal.[185]

I mars 1987 fann första instans i Australien att det inte förelåg några hinder för publicering av boken i Australien, ett avgörande som genast överklagades av den brittiska regeringen. I april samma år publicerade Londontidningarna The Independent, London Evening Standard och London Daily News material från Spycatcher, vilket ledde till att Court of Appeal fann tidningarna skyldiga till contempt of court på den grunden att de publicerat material som andra tidningar – dvs Guardian och Observer – tidigare förbjudits att publicera.[186] Det tidigare beslutet om förbud för två speciella tidningar att publicera material ur boken ansågs sålunda kunna binda även andra parter; innebörden härav var att en injunction riktad mot en bestämd adressat ansågs vara bindande för alla i hela Storbritannien, vilket var en nyhet i brittisk rätt och en av affärens centrala rättsfrågor.[187] En vecka senare beslöt High Court, mot bakgrund av att Spycatcher såldes fritt i USA, att tills vidare häva det ursprungliga beslutet om injunction mot The Guardian och The Observer samt frikänna Sunday Times, som publicerat utdrag ur boken, från ansvar för contempt of court, ett beslut som dock upphävdes då House of Lords ytterligare några dagar senare med tre röster mot två beslöt att tills vidare förbjuda all rapportering om bokens innehåll i avvaktan på slutlig prövning av det första beslutet om injunction mot Observer och Guardian.[188]

Under tiden fortsatte processandet i en annan del av världen. I september 1987 avslog Court of Appeal i New South Wales den brittiska regeringens begäran om en ny injunction, varefter Spycatcher publicerades i Australien.[189] I november 1987 försökte regeringen hindra att utdrag ur boken publicerades i den nyzeeländska tidningen Dominion, vilket dock inte Nya Zeelands High Court gick med på.[190] Därmed fick den brittiska regeringen ge slaget förlorat både i Australien och Nya Zeeland, samtidigt som boken även publicerats i USA. Läget kunde därför te sig hopplöst för regeringen, men den vidhöll genom the Attorney-General sin talan i de brittiska domstolarna.

I december 1987 beslöt så High Court[191], efter en längre rättegång där regeringen yrkade på varaktigt publiceringsförbud – s.k. *permanent injunction*, till skillnad från de tillfälliga, *temporary*, injunctions som dittills gällt – att mot bakgrund av att innehållet i Spycatcher i huvudsak var känt i

185. Attorney-General v. Observer Newspapers Ltd 1986 136 NLJ 799.
186. Attorney-General v. Newspaper Publishing plc, (1987) 3 All E.R. 276. Se vidare om detta fall och om förhållandet mellan contempt of court och breach of confidence Robertson, a.a.s. 290 f.
187. Ibid samt Ewing/Gearty s. 156 f. Se även Art. 19 s. 15.
188. Attorney-General v. Guardian Newspaper Ltd 1987 1 W.L.R. 1248. Se om beslutet, som var mycket omdiskuterat och innebar inte bara att utdrag ur boken förbjöds utan också att all rapportering i massmedia om de pågående processerna och all debatt om rimligheten i regeringens agerande försvårades avsevärt, Ewing/Gearty s. 157 ff.
189. Attorney-General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty Ltd, (1987) 75 ALR 353. Beslutet upprätthölls senare av Australiens High Court, se (1988) 165 CLR 30, HC.
190. Däremot utverkade regeringen en injunction i Hong Kong; se närmare redogörelsen av Judge Scott i Attorney-General v. Guardian (No 2),(1988) 3 All ER 545, 552-66.
191. Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd (No. 2) 1988 3 All ER 545.

hela världen, häva den injunction mot Observer och Guardian som gällt till dess (och som genom domen i Court of Appeal i juli 1987 mot Independent m.fl. för contempt of court utsträckts till att gälla alla media). Detta beslut upprätthölls sedan av Court of Appeal i februari 1988[192] och av House of Lords senare samma år[193], varefter regeringen inte längre framhärdade i att försöka hindra publicering av boken, eller avslöjanden om dess innehåll, i Storbritannien. ECtHR fann i november 1991 att de injunctions som 1986 utfärdades mot Sunday Times, Guardian och Observer stred mot art. 10 i ECHR såvitt avsåg tiden från det att Spycatcher publicerats i USA (då ju materialet i boken var lättillgängligt för flertalet engelsmän).[194]

Den slutsats om fri- och rättigheternas ställning i Storbritannien som kan dras av denna långvariga affär är givetvis att domstolarnas, eller mer konkret de enskilda domarnas, inställning till fri- och rättigheter i en rättsordning av brittisk typ blir väldigt avgörande för rättigheternas omfång. Detta är visserligen inget unikt för Storbritannien, utan gäller i lika hög grad i ett land där domstolarna har och flitigt använder sig av sin lagprövningsrätt, som t.ex. USA, där varje domare har rätt att göra sin egen tolkning av den i det enskilda fallet tillämpliga lagens grundlagsenlighet. I Storbritannien har domstolarna stor makt att efter eget gottfinnande avgöra frågor som inte är lagreglerade utan bygger på common law, som t.ex. breach of confidence; denna makt är givetvis extra stor på ett område där praxis inte ger någon vägledning. Här blir de enskilda domarnas egen inställning till förhållandet mellan å ena sidan liberala ideal som individuell frihet och medborgerliga rättigheter och å andra sidan värden av typen statsmaktens intressen och värnet av statens säkerhet nästan helt avgörande. Detta visas i Spycatcher-fallet framförallt av House of Lords' avgörande den 30 juli 1987. House of Lords kom ju fram till att den injunction som utfärdats mot Guardian och Observer skulle kvarstå och att Sunday Times därmed skulle fällas för contempt of court. Detta innebar i sin tur att alla media som ville skildra eller närmare granska händelseförloppet riskerade att begå samma brott, eftersom en sådan granskning knappast var möjlig utan någon form av redogörelse för innehållet i Wrights bok. Domen fungerade därför som en nästan total bromskloss för debatt om myndigheternas agerande i Spycatcher-affären och om det rimliga, både i att försöka hindra utgivningen av en bok och i att hindra olika tidningar från att beskriva vad det är för sorts bok som regeringen försöker förbjuda.

Denna dom, som gavs med tre röster mot två, fick därför mycket långtgående konsekvenser för yttrandefriheten. De domare som utgjorde majoriteten i House of Lords fann tydligen att yttrandefriheten var av underordnad betydelse jämfört med statens säkerhetsbehov.[195] Som kontrast kan framhållas den dom från High Court i december 1987 vari begäran om permanent injunction avslogs och de ursprungliga besluten om injunction mot Guardian och Observer upphävdes (vilket även gjorde det möjligt för andra media att bevaka affären). Där utsades att det absoluta skydd för säkerhetstjänsten mot avslöjanden om dess verksamhet som regeringen eftersträvade endast var möjlig bakom järnridån och att, vad gällde de ursprungliga artiklarna i de två tidningarna, det

192. Se Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd No 2, 1988 2 W.L.R. 805.
193. Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd No 2, 1988 3 W.L.R. 776. Se även (1990) 1 A.C., s. 290.
194. Sunday Times v. U.K. (No.2), Series A, No. 217, 26 november 1991. The Observer and the Guardian v. U.K., Series A. No. 216, 26 november 1991.
195. Jfr bl.a. Ewing/Gearty s. 158 ff.

allmänna intresset av pressfrihet[196] övervägde det allmänna intresset av att uppgifterna i boken förblev hemliga.

En annan iakttagelse gäller regeringens inställning till medborgerliga rättigheter. Under 1980-talet tycks dessa på regeringshåll ofta ha betraktats som något obekvämt, något störande, som absolut inte skulle få hindra de politiska organen från att vidta de åtgärder de fann lämpligast. Denna inställning är med visshet inte unik för den dåvarande brittiska regeringen men underlättas, och leder med nödvändighet till större problem, i en stat utan rättighetsdeklaration och grundlag.

Därmed är vi inne på den tredje givna iakttagelsen, nämligen att Spycatcheraffären knappast kunde ha inträffat, eller i alla fall inte utvecklats på samma sätt, i något annat land än Storbritannien. Barendt menar i en kritisk artikel 1989 att slutresultatet av alla rättegångarna – dvs att medierna fritt kunde rapportera om utvecklingen i rättegångarna och om innehållet i boken – hade varit given i både USA:s Supreme Court och ECtHR. De många turerna i målet framstår därför, om man betänker hur målet hade utvecklats i ett land med starkare garantier för yttrandefriheten, som helt absurda.[197]

b. The Broadcasting Ban Det andra under 1980-talet mycket uppmärksammade fallet av regeringsansträngningar i syfte att begränsa yttrandefriheten var den s.k. Broadcasting Ban från 1988. Denna affär klargjorde omfattningen av regeringens kontroll över innehållet i TV och radio.[198]

Som nämnts utfärdade den dåvarande inrikesministern Douglas Hurd den 19 oktober 1988 en föreskrift riktad till BBC och IBA[199], enligt vilken dessa skulle vägra representanter för vissa namngivna organisationer tillträde till etern. Enligt föreskriften, som stödde sig på sect. 29(3) i den då gällande Broadcasting Act[200], förbjöds BBC och IBA att sända material som **a.** helt eller delvis bestod av yttranden från personer vilka framträdde eller hördes i programmet och representerade eller sade sig representera en organisation som var förbjuden enligt the Prevention of Terrorism Act eller någon av Sinn Fein, Republican Sinn Fein eller Ulster Defence Association[201] eller **b.** yttranden till

196. High Court fann också att artiklarna inte innebar något brott, t.ex. röjande av tystnadsplikt, utan endast – med återgivande av några av de anklagelser och avslöjanden som saken gällde – gav en rättvisande bild av den rättegång som snart skulle börja i Australien.
197. Jfr Barendt, Spycatcher and Freedom of Speech, P.L. 1989 s. 212: »Since in Britain freedom of speech and of the press have only the status of residuary common law principles, lacking the rank of constitutional rights, it was virtually inevitable that the courts would for the most part treat the litigation as if it were a breach of confidence case...If Britain had a proper Bill of Rights...it would almost certainly have been decided in favour of the newspapers much earlier, by the summer of 1987 at the latest.» Se även Nino, a.a.s. 25 f.
198. Jfr härtill No Comment – Censorship, Secrecy and the Irish Troubles (utgiven av Art. 19) London 1989 s. 24.
199. Jämlikt clause 13 (4) i BBC:s Licence and Agreement section respektive section 29 (3) i dåvarande Broadcasting Act av 1981, enligt vilka bestämmelser inrikesministern hade rätt att beordra BBC och IBA att inte behandla vissa ämnen i sina utsändningar (vilket i sig är tämligen anmärkningsvärt). 1981 års lag har sedan ersatts av 1990 års Broadcasting Act och IBA av the Independent Television Commission respektive the Radio Authority (jfr ovan s. 312) men reglerna är i sak oförändrade.
200. Enligt detta stadgande gällde att »the Secretary of State may at any time by notice in writing require the Authority (IBA, min anm.) to refrain from broadcasting any matter or classes of matter specified in the notice».
201. Sinn Fein är ett irländskt politiskt parti som är representerat i parlamentet både i Nordirland och republiken Irland. Det brukar beskrivas som IRA:s politiska gren. Ulster Defence Association är en laglig nordirländsk protestantisk, paramilitär organisation.

stöd eller försvar för en sådan organisation. Åtgärden möttes av starka protester från pressen och olika medborgarrättsorganisationer, men fick å andra sidan stöd från flera olika politiska håll.[202]

Det rörde sig inte om någon tillfällig åtgärd och dess bestånd var inte heller kopplat till våldsnivån i Nordirland; även om IRA skulle upphöra med sin verksamhet fanns det inget som sade att sändningsförbudet skulle upphöra att gälla.[203] (Att det sedermera upphävdes i september 1994, just i samband med att IRA proklamerade en ensidig vapenvila, berodde inte på rättsliga utan på politiska skäl.) Föreskriften måste ses som en form av förhandscensur, ett direktiv till BBC och IBA om att en viss typ av material inte fick förekomma i »deras» sändningar.[204] Eftersom ett antal irländska organisationer – varav den mest kända är IRA – är förbjudna enligt Prevention of Terrorism Act (PTA) fick denna bannlysning av dem i etermedia en betydande effekt. Att direktivet direkt tog sikte på att hindra organisationer verksamma på Nordirland att nå ut med sitt budskap har aldrig ifrågasatts; mer anmärkningsvärt är att bannlysningen inte enbart drabbade organisationer med officiell terroriststämpel utan även ett politiskt parti som Sinn Fein.

Frågan är då vilken omfattning detta ganska långtgående ingrepp i radio- och TV-bolagens programverksamhet hade. Vilka undantag medgavs?

För det första omfattades bara TV- och radiobolag som löd under BBC och IBA. Således berördes exempelvis inga satellit- eller utländska kanaler av reglerna. Enligt paragraf 3 i direktivet gjordes ett generellt undantag för yttranden som fällts vid förhandlingar i det brittiska parlamentet respektive vid valrörelser inför parlamentsval, val till EG-parlamentet eller lokala val. Sålunda upphävdes t.ex. bannlysningen under april-juni 1989, då valkampanjer på Irland och till EG-parlamentet ägde rum. Sinn Fein kunde därigenom nå ut med sitt program under själva valrörelsen (vilket inte hindrar att partiet kan ha tagit skada av den censur som rådde mellan valperioderna).[205]

Andra undantag följde av direktivets formuleringar: vad betyder det t.ex. att någon "representerar" en förbjuden organisation? Här förklarade regeringen, när föreskriften varit i kraft en tid och frågor uppstod om dess tillämpning, att Sinn Fein-medlemmar som representerade partiet i parlamentet fick visas i radio och TV så länge de bara representerade sig själva eller sin valkrets och endast yttrade sig om frågor med direkt anknytning till valkretsen, ett undantag som BBC på Nordirland i februari 1989 t.ex. utnyttjade till att låta parlamentsledamoten Gerry Adams uttala sig om investeringsbehovet i västra Belfast. Dessutom medgav regeringen att **återgivande** av vad en representant för någon förbjuden organisation sagt inte omfattades av direktivet; en stillbild, eller rentav rörliga bilder av »förbjudna personer» gick sålunda att visa, antingen med en bildtext om vad de sagt eller en ljudremsa där någon annan – t.ex. en person anställd vid en TV-station eller en skådespelare – återgav yttrandet. Teaterpjäser, filmer baserade på böcker och andra fiktiva verk som kan anses hylla irländsk nationalism omfattades inte heller, eftersom de eventuellt pro-irländska yttranden som fälldes av skådespelarna i dessa pjäser inte var deras egna utan upphovsmannens.[206]

Å andra sidan innebar direktivets utformning också att visst material förbjöds, som typiskt sett

202. I en omröstning i House of Commons den 22 november 1988, som i och för sig saknade betydelse för föreskriftens giltighet, godtogs åtgärden med 242 röster mot 179. Även House of Lords godtog den något senare. Jfr om reaktionerna Art. 19 s. 12 samt No Comment...s. 25 ff.
203. Jfr Ewing/Gearty s. 243-244.
204. Inrikesministern förklarade f.ö. i samband med dess utfärdande, att om föreskriften inte åtlöds så skulle detta leda till att han vidtog åtgärder mot de berörda bolagen, vilket tolkades som att det felande bolaget skulle bötfällas eller på annat sätt bestraffas. Se No Comment... s. 24. Jfr även Thompson i P.L. 1989 s. 540: »Perhaps the most important point is what one might call the intimidation of the journalists and their superiors at the BBC and IBA.»
205. Jfr Ewing/Gearty s. 245: »Gagging Sinn Fein in this fashion has serious consequences for any society whose politics are structured around fair elections and the free exchange of ideas. It is a truism that television and radio are immensely powerful media, and that access to them is crucial to any group that wants to communicate a political message. Denial of such a platform is a clear act of political censorship...»
206. Jfr No comment... s. 61, Thompson a.a.s. 530 och Ewing/Gearty s. 246-247.

måste anses vara harmlöst även vid en hård tolkning av vad som kan anses utgöra stöd för en förbjuden organisation. Arkivbilder på f.d., nu avlidna IRA-medlemmar – t.ex. Irlands förre president Eamond de Valera – vilka hördes berätta om sina aktiviteter var förbjudna[207], liksom dokumentärfilmer om före detta irländska politiker som handlade om deras insatser under Irlands självständighetskamp. Då det inte krävdes att den drabbade individen skulle vara medlem av någon bestämd organisation för att omfattas av bannlysningen, utan bara att vederbörandes yttranden uttryckte stöd för någon av de berörda organisationerna, omfattades t.ex. vissa ramsor och sånger som sjungs vid fotbollsmatcher eller politiska möten. Det krävdes inte att de yttranden som fälldes i sig var provocerande eller ägnade att väcka anstöt. Uttalanden av utländska politiker till stöd för exempelvis Sinn Fein omfattades av förbudet, liksom uttalanden som gjorts på andra håll i världen än på de brittiska öarna.

Hur påverkade då denna drastiska begränsning av BBC:s och IBA:s yttrandefrihet programutbudet i de respektive medierna? Vilka effekter hade åtgärden?

Ett flertal äldre program måste redigeras innan de kunde sändas på nytt och andra röster än de som tillhörde personerna vilka visades i bild måste användas vid en mängd tillfällen, liksom helt ljudlösa bilder från demonstrationer, politiska möten osv.[208] Intervjuer med släktingar till de s.k. Guildford Four och Birmingham Six[209] som varit planerade för sändning har ställts in[210] och en sång, »Streets of Sorrow/Birmingham Six» med den kända rockgruppen The Pogues, som handlade om dessa fall och uttryckte stöd för de dömda, bannlystes i november 1988 av IBA[211]; i dessa fall har lagen stimulerat till ytterligare självcensur.[212] Att effekterna blivit betydande, om än inte dramatiska, för varje enskild TV-tittare och radiolyssnare är uppenbart.

I december 1988 väckte sex brittiska journalister och en anställd vid det brittiska journalistförbundet talan vid High Court mot direktivet, som de hävdade var för långtgående, inte stod i proportion till de problem som det var avsett att råda bot på samt dessutom stred mot artikel 10 i ECHR. High Court ogillade emellertid talan[213], liksom sedan Court of Appeal[214] och även House of Lords.[215]

Vilka slutsatser kan då dras av denna affär? Att direktivet innebar en klar inskränkning av yttrandefriheten är ställt utom allt tvivel, även om omfånget av inskränkningen

207. Thompson s. 530 och Ewing/Gearty s. 246.
208. Jfr No Comment... s. 32.
209. Detta är de gängse benämningarna på två grupper av irländare vilka på 1970-talet dömts till långvariga fängelsestraff för sprängning av pubar i London och Birmingham, men senare, efter att ha suttit i fängelse i cirka femton år, befanns vara oskyldiga; de hade dömts främst till följd av att polisen fabricerat bevisning mot dem.
210. Se Ewing/Gearty s. 248.
211. Ibid samt No Comment... s. 65 och Art. 19 s. 13.
212. Ibid.
213. R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind, (1989) 139 NLJ 1229. Se om avgörandet Thompson i P.L. 1989 s. 531 ff.
214. R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind (1990) 1 All E.R. 469. Se om bedömningen av fallet i Court of Appeal Jeffrey Jowell, Broadcasting and Terrorism, Human Rights and Proportionality, P.L. 1990 s. 149-156.
215. R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind, (1991) 1 A.C. 696. Se härom även Art. 19 s. 13. Europakommissionen fann dock en ansökan mot Storbritannien för påstådd kränkning av art. 10 »manifestly ill-founded», eftersom den yttrandefrihetsbegränsning som skett rymdes inom staternas *margin of appreciation* (jfr kap. 12.3). Avgörande för denna bedömning var att endast yttranden direkt från terroristmisstänkta personer förbjöds, men inte återgivande av vad sådana personer sagt. Brind and others v. U.K., 18714/91, D & R 77 A s. 42.

är avhängigt antal program där denna typ av förgripliga yttranden skulle ha förekommit förbudet förutan. Viktigare är kanske att ett direktiv av denna typ inkräktar på mediernas rätt att rapportera fritt om aktuella händelser och därmed är ett övergrepp mot själva yttrandefrihetens princip. Direktivets utformning – en uppmaning till BBC och IBA att tillse att vissa yttranden inte förekom i deras sändningar – ökar också med stor sannolikhet risken för självcensur; i tveksamma fall är det sannolikt att ansvariga chefer på TV- och radiobolag hellre väljer att lyfta ut ett inslag än riskerar en bestraffning vars konsekvenser för bolagets framtid kan vara svåröverblickbara.[216] Bannlysningen av en sång som uttrycker en uppfattning – vilken sedermera visat sig vara riktig – om felaktigheten i några fällande livstidsdomar indikerar att även den konstnärliga friheten hotas av denna typ av generella förbud mot vissa typer av yttranden, varjämte givetvis möjligheterna att bedriva kritiskt granskande, undersökande journalistik försämras när exempelvis anhöriga till personer som möjligen är oskyldigt dömda inte får ge sin uppfattning tillkänna.

Vad det faktum att föreskriften överhuvudtaget utfärdades visar är att regeringens kontroll över TV och radio är utomordentligt hård. I detta fallet utnyttjades kontrollen till att vidta åtgärder som inte bara minskade yttrandefriheten i dessa media och för vissa lagliga politiska partier utan även inskränkte alla britters informationsfrihet, deras rätt att bli informerade om händelserna på Nordirland **av deltagarna i händelserna**.[217] Följaktligen var det fråga om en både principiellt och praktiskt mycket långtgående begränsning av yttrande- och informationsfriheten.

9.4.2 Några andra rättsområden

9.4.2.1 INLEDNING

Även om de rättsaffärer som under 1980-talet främst bidrog till att fästa uppmärksamheten på det i mångas ögon bristfälliga rättighetsskyddet i Storbritannien gällt yttrandefrihetsrättsliga frågor[218], råder ingen tvekan om att lagregleringen även på många andra områden givit upphov till vissa frågetecken beträffande de medborgerliga rättigheternas rättsställning. Det faktum att avsaknaden av rättighetsskydd i egentlig mening gör det möjligt för lagstiftaren att inskränka rättigheterna när så bedöms vara lämpligt har tidigare inte betraktats som något egentligt problem, eftersom de allra flesta britter, inklusive de flesta jurister, utgått från att rättigheterna helt enkelt inte kommer att inskränkas i någon överdriven eller för den genomsnittlige medborgaren besvärande utsträckning. Sedan 1980-talet har dock lagstiftaren (och andra myndigheter) inskränkt inte bara yttrandefriheten utan även flera andra rättigheter, samtidigt som ett antal uppmärksammade rättsfall visat att den som t.ex. brutit mot någon lag om skydd för statens säkerhet haft mycket svårt att inför en domstol hävda att lagen kränker någon av hans medborgerliga rättigheter. Allt detta har lett till livlig debatt i den brittiska juristvärlden om det rimliga i den rådande ordningen, en debatt som i någon mån intensifierats av den fort-

216. Jfr Thompson i P.L. 1989 s. 540.
217. Jfr Thompson, a.a.s. 539.
218. Här bortses då från vissa andra, mycket uppmärksammade rättsfall som t.ex. frigivandet av »The Guildford Four» och »The Birmingham Six»; dessa fall må ha avslöjat skriande brister i det brittiska rättsväsendet, men berör trots allt inte rättighetsskyddet som sådant.

gående europeiska integrationen och det allt mer uppenbara faktum att den brittiska konstitutionen på avgörande punkter skiljer sig från de flesta andra länders. Kraven på att en skriven rättighetskatalog bör införas i Storbritannien har också blivit allt fler.[219]

Som en bakgrund till denna debatt skall här rättsläget för några av de rättigheter som striden rört under det senaste decenniet genomgås närmare.

9.4.2.2 OFFICIAL SECRETS ACT OCH AVSAKNADEN AV INFORMATIONSFRIHET

a. Official Secrets Acts av 1911 och 1989 1911 infördes i Storbritannien en lag som i stort sett reglerade vilka av de dokument och handlingar som förvarades hos myndigheter som allmänheten inte ägde befatta sig med. Denna lag, the Official Secrets Act av 1911, var mycket långtgående både såvitt avsåg möjligheterna att hemlighålla handlingar och vad gällde straff för dem som bröt mot reglerna, varför den under årens lopp kom att utsättas för omfattande kritik från politiskt och juridiskt håll. 1989 ersattes lagen av en ny, något moderniserad lag med samma namn. Även denna har dock, på delvis liknande grunder, hunnit bli föremål för viss kritik.[220]

Kritiken mot 1911 års lag gällde främst den mycket vida kriminaliseringen av spridning av information, som i princip innebar att spridande av uppgifter som aktiva eller före detta statstjänstemän inhämtat i tjänsten var brottsligt.[221] Dessa tjänstemän var så att säga belagda med munkavle.

Det var framförallt två rättsfall vid 1980-talets mitt som kom att fästa uppmärksamheten på de mycket stränga, måhända föråldrade bestämmelserna i section 2 i 1911 års lag. I det första, »the Sarah Tisdall case», hade tidningen the Guardian i oktober 1983 från en anonym avsändare mottagit en kopia av en skrivelse från försvarsministern till premiärministern, i vilken tidpunkten då ett antal amerikanska kryssningsmissiler skulle placeras ut avslöjades. Vidare framgick av skrivelsen att regeringen inte tänkte meddela allmänheten när de vid denna tidpunkt mycket omdiskuterade missilerna skulle placeras ut förrän detta ägt rum. Guardian publicerade en artikel med fakta om missilernas utplaceringsdatum, varvid tidningen – efter en resultatlös internundersökning inom regeringskansliet Whitehall – omedelbart ombads att överlämna skrivelsen till regeringen. Tidningen vägrade, men förelades (på talan av regeringen) av Court of Appeal att göra detta.[222] Efter undersökning av dokumentet riktades misstankarna mot Sarah Tisdall, en ung assistent i utrikesdepartementet, som vid förhör erkände att det var hon som skickat dokumentet till Guardian. Anledningen var att hon ansåg att det var av stort intresse för den brittiska allmänheten att få kännedom om utplaceringen. Miss Tisdall dömdes sedan jämlikt section 2 i 1911 års lag till sex månaders fängelse.

I ett annat uppmärksammat fall, »the Clive Ponting case», läckte huvudpersonen Ponting, tjänsteman vid försvarsdepartementet, till en parlamentsledamot uppgifter om sänkningen under Falklandskriget 1982 av den argentinska kryssaren General Belgrano. Bakgrunden var att Ponting deltagit i möten inom departementet där möjligheterna att hindra att alla fakta om hur sänkningen gick till blev offentliga, eller delgavs underhuset, diskuterades. Ponting blev ombedd att skriva två PM om saken, ett innehållande den sanna berättelsen om sänkningen och ett med förslag om vilka uppgifter som kunde offentliggöras. Ponting sände då minnesanteckningar från mötena till labourledamoten Dalyell, som vid flera tillfällen i parlamentet ställt frågor till regeringen om händelsen. Da-

219. Se närmare nedan kap. 9.5.4.
220. Se bl.a. Ewing/Gearty, a.a.s. 205 ff med redogörelse (not 19) för de parlamentsdebatter som hållits i frågan, liksom Stephanie Palmer, Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Act 1989, P.L. 1990 s. 247-48.
221. Se närmare Ewing/Gearty, a.a.s. 137 ff.
222. Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd. (1985) A.C. 339.

lyell publicerade anteckningarna och överlämnade dem sedan till underhusets försvarskommitté, som återlämnade dem till försvarsdepartementet. Ponting blev senare – sedan det framkommit att han var den ansvarige – åtalad för brott mot section 2 i den dåvarande Official Secrets Act. Han förnekade dock brott på den grunden att regeringen försökt vilseleda parlamentet och allmänheten, vilket han inte ville medverka till, inte ansåg sig kunna acceptera och därför spred information om – vilket han menade låg i statens intresse, eftersom hans ansvar mot staten vägde tyngre än hans lojalitet mot den för tillfället härskande regeringen. Juryn gillade detta argument och frikände Ponting.[223]

I 1989 års lag anges vissa särskilda områden – främst försvaret, utrikespolitiken, säkerhets- och underrättelsetjänsterna – som i princip »hemliga», vilket innebär att det förutom i vissa undantagsfall är brottsligt att föra vidare information härrörande från myndigheterna i dessa frågor. Detta gäller oavsett vem förövaren är, vilket motiv han har och hur han fått tillgång till informationen samt oberoende av om informationen redan tidigare offentliggjorts. I samtliga fall – utom för anställda vid säkerhetstjänsten, vilka enligt sect. 1 har en ovillkorlig tystnadsplikt om vad de erfarit i tjänsten – ställs som krav för straffbarhet att röjandet eller spridandet av uppgiften skall ha varit **skadligt** (»damaging») för staten. Samtidigt är dock kraven för att ett röjande av en uppgift skall vara skadligt så lågt ställda, åtminstone vad gäller säkerhets- och underrättelsetjänsten, att det i praktiken är svårt att tänka sig offentliggöranden som skulle kunna vara tillåtna.[224] Vidare måste, på begäran av staten, tidningar och andra media vilka fått tillgång till handlingar som rör dessa ämnen lämna ifrån sig handlingarna.

En effekt av regeln – i section 5 i 1989 års lag – att **all** spridning av enligt lagen skyddad information är brottslig, är att en tidning som publicerar t.ex. utdrag ur någon bok med sådan information eller ur någon annan tidning som innehåller sådan information, begår ett brott. På den punkten kan rättsläget sägas ha klarnat sedan den nya lagen infördes; när Spycatcher-affären prövades i brittiska domstolar väcktes aldrig åtal mot tidningarna the Guardian och the Observer för att de publicerat utdrag **ur den redan publicerade** boken Spycatcher. Enligt 1911 års lag var det nämligen oklart om sådant åtal kunnat väckas. I 1989 års lag är det dock klarlagt att information av den typ som fanns i boken Spycatcher är skyddad och därmed förbjuden att publicera, förutsatt att publiceringen, i enlighet med vad som angivits ovan, kan vålla skada.[225]

En annan effekt av reglernas utformning är att en tidning som publicerar uppgifter om att exempelvis ett statsråd vilselett parlamentet i något avseende som berör något av de skyddade områdena begår ett brott. Om tidningens källa är en statstjänsteman kan även denne ställas till svars för uppgiftsutlämnandet.[226] I och för sig är det knappast anmärkningsvärt att tidningar är straffrättsligt ansvariga för vad de publicerar och kan ställas till svars för exempelvis röjande av försvarshemligheter; liknande bestämmelser

223. R. v. Ponting, (1985), Crim.L.Rev. 318. – Se vidare om händelsen bl.a. Ewing/Gearty s. 143 ff.
224. Se sect. 1 subsect. 4: »...a disclosure is damaging if- a. it causes damage to the work of, or of any part of, the security and intelligence services; or b. it is of information or a document or other article which is such that its unauthorised disclosure would be likely to cause such damage or which falls within a class or description of information, documents or articles the unauthorised disclosure of which would be likely to have that effect.» Jfr även Ewing/Gearty s. 191 ff.
225. Jfr Ewing/Gearty s. 200 ff.
226. Se närmare Ewing/Gearty s. 204-05. Jfr allmänt om källskydd ovan under 9.4.1.2 i not 162.

finns t.ex. i TF 7 kap. Det uppseendeväckande är straffbarhetens omfattning; i praktiken måste risken för åtal och fällande dom vara så stor att flertalet tidningsredaktörer/ansvariga utgivare lär tveka inför publicering av uppgifter som rör de nämnda frågorna.

En tidning – eller en uppgiftslämnare – som åtalats för brott mot Official Secrets Act saknar till yttermera visso möjlighet att till sitt försvar åberopa det allmänna intresset av att uppgifterna offentliggjorts och blivit kända. För spridning av den typ av uppgifter som åtnjuter lagens skydd råder med andra ord en form av strikt straffrättsligt ansvar, något som är betänkligt vid avslöjanden av allvarliga missförhållanden inom exempelvis underrättelsetjänsten. (En sådan möjlighet att till sitt försvar åberopa allmänintresset finns, som ovan nämnts, vid prövning av om en injunction bör utfärdas eller inte, ehuru detta till skillnad från mål om ansvar för brott mot Official Secrets Act är en tvistemålsrättegång.[227])

I praktiken fanns också ett visst utrymme för att åberopa allmänintresset till försvar för röjande av hemliga uppgifter (breach of confidence) enligt 1911 års lag, något som i praxis visades inte bara av den frikännande domen mot Clive Ponting utan även av House of Lords' resonemang i Spycatcher-fallet. Överhuset utgick där från att anställda vid säkerhets- och underrättelsetjänsterna hade en livslång tystnadsplikt om vad de erfarit under sin yrkesutövning, men fann att denna tystnadsplikt kunde ge vika så att röjande av uppgifter blev försvarligt under vissa exceptionella omständigheter (exempelvis om en tjänsteman upptäckt olagligheter men inte kunde förmå sina överordnade att ingripa). Den ovillkorliga tystnadsplikten för anställda och före detta anställda vid underrättelsetjänsten kan därför ses som en reaktion från regeringens sida på de misslyckade försöken att stoppa publiceringen av Spycatcher och ett försök att täppa till de luckor som den häftigt kritiserade section 2 i 1911 års lag trots allt hade.[228]

b. Principiella aspekter Official Secrets Act av 1989 kan sägas utgå från en presumtion att all information i de skyddade ämnena som härrör från brittiska myndigheter är hemlig. Detta är huvudregeln, från vilken undantag endast medges i mycket särskilda fall. I många andra länder – t.ex. i Sverige[229] – är huvudregeln den motsatta, nämligen att handlingar som förvaras hos myndigheter är tillgängliga för allmänheten och endast under särskilda omständigheter omfattas av sekretess.[230] I Storbritannien finns emellertid ingen allmän informationsfrihet[231], varför 1989 års lag inte kan sägas strida mot någon annan, högre princip inom den brittiska rätten. Däremot kan den sägas strida mot – eller i vart fall vara svårförenlig med – regler om yttrande- och informationsfrihet i ett antal andra rättighetskataloger, t.ex. art. 10 i ECHR och art. 19 i 1966 års FN-konven-

227. Ibid. – Möjligen hänger avsaknaden i lagen av ett »public interest defence» samman med den frikännande domen mot Clive Ponting (se ovan s. 329 f). Detta hävdas åtminstone av Stephanie Palmer, a.a.s. 246 o. s. 251.
228. Jfr Palmer, a.a.s. 243 och Edward Heath, A State of Secrecy, New Statesman & Society 10 mars 1989 s. 10-11: »Finally, one has to conclude that the ghost of Peter Wright has haunted this bill from conception to conclusion.»
229. Jfr TF 2 kap.
230. Denna aspekt på den brittiska lagstiftningen behandlas förutom av Palmer, a.a.s. 244 av Rodney Austin, Freedom of Information: The Constitutional Impact, i J. Jowell/D. Oliver, The Changing Constitution, 2 uppl, Oxford 1989, framförallt s. 445 ff.
231. Se t.ex. Art. 19 s. 22. Detta gällde även före införandet av 1989 års lag, se Boyle, a.a.s. 578.

tion om medborgerliga och politiska rättigheter. Framförallt är det tveksamt om lagen möjliggör den öppna debatt om försvar, underrättelsetjänst och utrikespolitik som är önskvärd i en demokrati.

I förhållande till 1911 års lag innebär Official Secrets Act av 1989 en begränsning och precisering av de områden inom vilka röjande av uppgifter är förbjudna, vilket kan ses som en av de väsentliga förbättringarna av den hårt kritiserade äldre lagen.[232] Totalt sett kan dock 1989 års lag inte sägas öka tillgången till myndighetsbaserad och -kontrollerad information. I avsaknad av både lagstiftning om och konstitutionellt skydd för informationsfriheten är det därför korrekt att med Stephanie Palmer konstatera att »the United Kingdom remains an excessively secret state».[233]

En speciell aspekt på detta faktum, inte minst i ljuset av dess betydelse för opinionsbildningen och, ytterst, demokratin är den specifika brittiska konstitutionella traditionen med ministerstyre, innebärande att regeringsledamöterna har det praktiska, politiska och rättsliga ansvaret för de åtgärder som tjänstemän vid de myndigheter vilka hör till ministrarnas respektive departement vidtar (och även förutsätts styra och leda arbetet vid myndigheterna på ett helt annat sätt än i t.ex. Sverige). Bristen på informationsfrihet försvårar den kritiska granskningen av regeringsmaktens göranden och låtanden, vilket accentueras av det faktum att eftersom den ansvarige ministern i sista hand beslutar för myndighetens räkning är det också regeringen, genom denne, som beslutar om viss information skall kunna lämnas ut. Varken en domstol eller parlamentet kan kräva att regeringen skall lämna ut särskilda handlingar[234], varför man kan fråga sig både vilka möjligheter parlamentet och oppositionen egentligen har att kontrollera regeringens arbete och i vilken utsträckning regeringsledamöterna egentligen är ansvariga **inför parlamentet.**[235]

Ytterligare en aspekt av detta problem är givetvis rent principiellt betänklig från demokratisk synpunkt, nämligen svårigheten att avslöja politiska skandaler och bringa dem till allmänhetens kännedom. Den förre brittiske – konservative – premiärministern Edward Heath förklarade i en uppmärksammad tidningsartikel 1989, skriven inför antagandet av den nya lagen[236] att han var övertygad om att en skandal liknande den s.k. Irangate-affär som avslöjades i USA 1986-87[237] omöjligen skulle kunnat uppdagas i Storbritannien och att den avsaknad av ett public interest defence som finns i 1989 års lag, därest den existerat femtio år tidigare, skulle ha inneburit att de tjänstemän i försvarsdepartementet som »läckte» hemliga uppgifter om Storbritanniens svaga militära beredskap till bl.a. Winston Churchill hade gjort sig skyldiga till brott. Även ur rent demokratisk synvinkel kan det av uppenbara skäl vara mycket betänkligt om väljarna inför ett val inte får tillgång till all information som kan vara relevant för deras ställningstaganden. Ett konkret exempel på viktiga uppgifter rörande det brittiska kärnvapenförsvaret som aldrig redovisades för väljarna inför valet 1983 har anförts av Austin: Regeringen hävdade att en ny missil, Trident, måste utvecklas eftersom

232. Se t.ex. Heath, a.a.
233. A.a.s. 243. Jfr även Rodney Austin, a.a.s. 410 och Heath, a.a.: »We are the most secretive western democracy in the world».
234. Se närmare Austin, a.a.s. 410 ff.
235. Ibid (»(M)inisterial responsibility cannot logically mean its very antithesis, absolute and exklusive power») och Palmer s. 243-44.
236. A.a.
237. Där det som bekant avslöjades att USA i strid med gällande vapenembargo sålt vapen till Iran under kriget mot Irak, varefter inkomsterna delvis hade använts för att finansiera contrasgerillan i Nicaragua.

den gamla, Polaris, var föråldrad, varefter det efter valet visade sig att över en miljard pund använts för att modernisera Polarismissilen.[238] Enligt 1989 års lag är publicering av denna typ av uppgifter brottslig.

9.4.2.3 MÖTESFRIHETEN

Som redan Dicey konstaterade finns det i avsaknad av lagstiftning härom ingen allmän mötesfrihet i Storbritannien. En s.k. Public Order Act, som reglerar allmänna möten och sammankomster i Storbritannien, antogs 1986. Bakgrunden till denna lag är främst vissa uppmärksammade händelser i Storbritannien under 1980-talet, såsom gatukravaller i vissa större städer, det ökade läktarvåldet vid fotbollsmatcher och konfrontationerna mellan polis och strejkande arbetare under den stora gruvarbetarstrejken 1984-85. Vissa av bestämmelserna i lagen skärptes sedan ytterligare genom antagandet 1994 av en ny Criminal Justice and Public Order Act.[239] Frågan är hur starkt skydd dessa lagar egentligen ger mötes-, församlings- och demonstrationsfriheten.

1986 års lag har blivit häftigt omdiskuterad och kritiserad i brittisk rättslig doktrin.[240] Lagen innehåller, förutom vissa regler som kanske inte ter sig så anmärkningsvärda (t.ex. en skyldighet för alla som anordnar politiska demonstrationer att underrätta polisen sex dagar i förväg och en möjlighet för polisen att av hänsyn till den allmänna ordningen besluta att en demonstration skall äga rum på ett annat ställe än demonstranterna önskat[241]) också bestämmelser som ger polisen långtgående möjligheter att utfärda så snäva bestämmelser att mötet eller demonstrationen inte alls kan genomföras eller, om den genomförs, blir helt verkningslös.[242]

Om polismyndigheten finner att de nämnda möjligheterna att bestämma villkoren för demonstrationens genomförande inte är tillräckliga för att bevara ordningen i ett område kan den gå ännu längre: den lokala polismyndigheten kan be den regionala myndigheten att utfärda ett förbud mot *alla* demonstrationer och andra processioner i området under högst tre månader (ett förbud som dock måste godkännas av inrikesministern). Ett eventuellt förbud gäller då alla gatumarscher, oavsett hur harmlösa de må vara.[243] Ett exempel på hur dessa bestämmelser kan tillämpas i praktiken erbjuder de omtalade konfrontationer mellan ordningsmakten och s.k. »hippies» som sedan mitten av 1980-

238. A.a.s. 415.
239. Se vidare om denna lag nedan i 9.4.2.5 under d.
240. Se bl.a. C.Douzinas/S.Homewood/R.Warrington, The shrinking scope for public protest, I. on C. 8/88 s. 13-15, Ewing/Gearty, a.a.s. 113 ff och Robertson, a.a.s. 67-94. Det bör dock noteras att vissa av de restriktioner för mötesfriheten som av hävd gäller i Storbritannien – som t.ex. polisens traditionella rätt att i princip vidta de åtgärder som är nödvändiga för att upprätthålla ordningen på allmän plats – har sitt ursprung i gamla common law-regler och alltså inte beror på eller berörs av den nya lagen. Jfr härom de Smith/Brazier, a.a.s. 514.
241. Jfr RF 2:1 st. 1 p. 4 och 2:12 st. 1 angående demonstrationsfrihet.
242. Lagen är i dessa avseenden tillämplig på utomhussammankomster med minst tjugo deltagare, se sect. 16. Enligt sect.12 och 14 i lagen kan polisen meddela villkor för var och när en demonstration får äga rum om man har skäl att tro att allvarliga skador på egendom, hot mot enskilda eller »serious disruption to the life of the community» kan bli resultatet av denna, därest den skulle genomföras i enlighet med arrangörernas önskemål. Ett uppmärksammat exempel på hur regeln kan tillämpas inträffade 1987, när polisen i London med stöd av lagen beordrade en demonstration mot apartheidregimen i Sydafrika att flytta från det s.k. Sydafrikahuset vid Trafalgar Square i London till en mindre gata i närheten, vilket givetvis minskade opinionseffekterna av demonstrationen. Se närmare härom Ewing/Gearty s. 119 f.
243. Se närmare om regelns bakgrund, ursprung och omfång Robertson, a.a.s. 72 ff.

talet regelbundet ägt rum vid det berömda Stonehenge-monumentet.

Från 1974-1984 kom varje sommar ett efter hand allt större antal hippies till Stonehenge för att delta i en »sommarfestival», som varade mellan en vecka och en månad och alltid kulminerade vid midsommar. Även vissa mer religiöst präglade grupper deltog. 1984 deltog så många som 30.000 personer i festligheterna. Eftersom myndigheterna då började befara att de berömda stenarna kunde komma till skada försökte man på olika sätt försvåra tillträdet till monumentet; injunctions som förbjöd vissa personer att närma sig området utfärdades och vissa vägar blockerades. Efter en stor polisinsats greps drygt 500 medlemmar av det sällskap som sökt sig till Stonehenge för att fira midsommar och det sedvanliga firandet kom av sig. Efter 1986 har polisen med stöd av Public Order Act gått än hårdare fram mot potentiella deltagare i sommarfestivalen vid Stonehenge och kulmen nåddes 1989, då monumentet var helt stängt kring midsommarhelgen. Den lokala polisen hade nämligen bett om – och utverkat – ett förbud mot alla församlingar och processioner att under en viss tid, som sammanföll med den period då soldyrkarna brukade samlas, vistas inom en radie av fyra miles från Stonehenge.[244] Ett förbud av detta slag (som kom att vålla myndigheter, trafikanter och turister åtskilliga praktiska problem), innebär givetvis en tämligen drastisk begränsning av såväl mötes- som rörelsefriheten för dem som berörs av det. I 1994 års lag har införts bestämmelser om att folksamlingar på historiskt eller arkeologiskt intressanta platser kan förbjudas, liksom att polisen inom en radie av fem miles kan stoppa personer som den tror är på väg till en sådan folksamling. Polisen kan sedan i fyra dygn hindra dessa personer från att vistas i detta område.[245]

En annan omdiskuterad regel i lagen, som även har betydelse från yttrandefrihetsrättslig synpunkt, är kriminaliseringen av vissa handlingar. I sect.5 kriminaliseras allt hotfullt, kränkande eller förolämpande språkbruk samt varje offentligt uppvisande av en skrift eller bild – exempelvis en affisch – som kan vara hotfull, kränkande eller förolämpande för den som hör eller ser den. Det krävs dock inte att någon person verkligen blivit störd av bilden eller texten, utan det räcker med att denna är ägnad (»likely») att skapa »harassment, alarm or distress» hos åskådaren.[246] Denna definition är tämligen vag och kan tolkas som att allt offentligt språkbruk och varje offentligt förevisande av bilder som **kan tänkas** störa någon känslig person är straffbart. Bestämmelsen lämnar ett stort utrymme för personliga bedömningar av de domare som skall avgöra om något brott verkligen begåtts.[247]

Denna bestämmelse kom tidigt att bli föremål för livlig diskussion, då tre ungdomar 1987 blev åtalade för att under valkampanjen inför parlamentsvalet i april samma år ha satt upp en tecknad

244. Se närmare Ewing/Gearty s. 125 ff.
245. Section 14A(6) i Public Order Act så som denna modifierats vid införandet av 1994 års lag. Samtidigt har polisen givits en generell befogenhet att avbryta s.k. ravepartyn vilka äger rum i det fria (och att inom en radie av fem miles hindra personer som misstänks vara på väg till partyt från att bege sig dit).
246. Sect.5 (1) i 1986 års lag har följande lydelse: »A person is guilty of an offence if he – (a) uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or disorderly behaviour, or (b) displays any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting, within the hearing or sight of a person likely to be caused harassment, alarm or distress thereby.» Se närmare om bestämmelsen och möjliga tillämpningssvårigheter Ewing/Gearty, a.a.s. 121 ff. Jfr även Dworkin, Devaluing liberty, I. on C. 8/88 s. 8: »It is hard to imagine a scheme of regulating demonstrations in a democracy more mean-spirited to liberty, more contemptuous of the importance and the value of committed protest.» En liknande formulering finns i 1994 års lag, där s.k. *aggravated trespass* kriminaliseras. All trespassing som sker i syfte att störa ordningen är där kriminaliserad, oavsett om ordningen verkligen störs.
247. Dworkin, ibid.: »It is likely that the section will be used to criminalize the unusual.» Jfr även Douzinas m.fl., a.a.s. 15.

affisch på den dåvarande premiärministern Margaret Thatcher, på vilken hon var mycket lättklädd, bar en piska i handen samt trampade på en man som knäböjde vid hennes fötter. Texten till bilden löd »On Your Knees To Madame M». Eftersom ingen representant för allmänheten föreföll ha sett affischen – och därmed hunnit ta anstöt – innan polisen ingrep mot dem som klistrade upp den, fick rätten ta ställning till om polismännen kunnat ta anstöt av den (vilket bedömdes inte vara fallet). Även om upphovsmännen till denna affisch således frikändes illustrerar händelsen vissa av de avgränsningsproblem som lagen medför.[248]

Inskränkningar av yttrandefriheten av detta slag är, hur harmlösa eller begripliga de än må förefalla i enskilda fall, av särskilt intresse vid bedömningen av rättigheternas reella skydd i ett land som Storbritannien, där rättighetskatalog saknas. Det klassiska, inte minst av Dicey lanserade frihetsbegreppet, innebär ju som vi sett att fri- och rättigheterna är »residual», det vill säga att allt som inte är förbjudet av lagstiftaren är tillåtet. Men vad återstår då av friheten när rättigheterna inskränks allt mer? Och framförallt, vad finns det för möjligheter att hindra rättighetsbegränsningar som kan tyckas gå alltför långt?

9.4.2.4 FÖRENINGSFRIHETEN

a. Allmänt Föreningsfriheten kan i dagens Storbritannien diskuteras från två principiellt skilda utgångspunkter, en politisk/ideologisk och en rättslig. Den politiska diskussionen handlar oftast om att fackföreningarnas inflytande minskat sedan 1980-talet samt om huruvida detta är av godo eller ej. Diskussionen kan ses i ljuset av att den konservativa regering som tillträdde 1979 öppet deklarerade att ett av dess främsta syften var att minska fackföreningarnas politiska och ekonomiska inflytande, vilket förutom av ideologiska skäl ansågs vara nödvändigt för att få fart på den brittiska ekonomin, som under 1970-talet skadats svårt av strejker och en delvis av höga lönekrav föranledd hög inflation.

Den rättsliga diskussionen så kan i sin tur antingen fokuseras på den rent arbetsrättsliga utvecklingen (hur har avvecklingen av fackföreningarnas makt rent faktiskt gått till? vilka lagar har ändrats?) eller på särskilda frågor, där det förefaller tydligt att regeringens syfte inte varit att minska fackets – ur demokratisk synvinkel måhända osunda – inflytande i samhället som sådant utan snarare att begränsa föreningsfriheten som medborgerlig rättighet. I denna framställning är naturligen den senare frågan av störst intresse.

De två händelser under 1980-talet som särskilt kan förmodas ha berott på en direkt önskan från regeringens sida att inskränka föreningsfriheten är dels förbudet för de anställda vid försvarets radiocentral, GCHQ, att vara med i en fackförening, dels de bestämmelser i Public Order Act som försvårar blockader – genom strejkvakter, s.k. *picketing* - vid större strejker (vilka tillkommit som en följd av händelserna vid den stora kolgruvestrejken vintern 1984/85).

b. Fackföreningsförbudet i underrättelsetjänsten Den 25 januari 1984 meddelade den dåvarande utrikesministern Sir Geoffrey Howe att de anställda vid GCHQ (Government Communications Headquarters), en civilt ledd avdelning av underrättelsetjänsten inriktad på signal- och radiospaning, med cirka 7000 anställda, inte längre hade

248. Se om händelsen Douzinas m.fl., I. on C. 8/88 s. 12 f.

rätt att tillhöra någon existerande fackförening utan endast – därest de ville organisera sig gemensamt – en av regeringen instiftad personalorganisation. De som motsatte sig förändringen skulle överföras till andra grenar av den statliga förvaltningen eller, om inga andra tjänster fanns lediga, förtidspensioneras.

Bakgrunden till beslutet var att ett antal strejker, övertidsblockader och liknande aktioner från personalens sida lett till att arbetet vid GCHQ periodvis legat nere under perioden 1979 – 1981. Eftersom regeringen ville undvika att myndighetens verksamhet blev allmänt känd dröjde det emellertid till 1984 innan åtgärder vidtogs. (GCHQ nämndes offentligt första gången 1983).

Rent rättsligt genomfördes åtgärden i två steg. Först förklarade premiärministern i enlighet med ett s.k. kungligt prerogativ – en form av maktbefogenheter som regeringen enligt common law åtnjuter på bland annat försvarets och utrikespolitikens områden, vilka även anses vara tillämpliga vid regleringen av arbetsförhållanden inom den statliga förvaltningen[249] – att arbetsvillkoren för de anställda vid GCHQ skulle ändras så att de inte längre tilläts vara medlemmar i erkända fackföreningar. Sedan utfärdade utrikesministern direktiv om att de anställda vid GCHQ av hänsyn till nationens säkerhet inte skulle omfattas av de bestämmelser i den s.k. Employment Protections Act av 1975 som innebar att de, i egenskap av statstjänstemän, hade rätt att vända sig till en specialdomstol för arbetskonflikter om de blev avskedade.[250]

Förslaget blev av lätt insedda skäl hårt kritiserat, både från fackligt och politiskt håll samt i den juridiska doktrinen. De berörda fackföreningarna vände sig bland annat till ILO i Genève, vars styrelse antog ett uttalande om att beslutet stred mot internationella konventioner om föreningsfrihet som Storbritannien skrivit under. Regeringen lät sig dock inte bevekas härav.[251]

Viktigare var kanske de brittiska domstolarnas bedömning av saken. High Court fann i juli 1984 att beslutet att förändra de anställdas villkor var olagligt, eftersom varken de anställda eller deras fackliga organisationer konsulterats av regeringen innan beslutet meddelades.[252] Regeringen överklagade emellertid denna dom och fick gehör för sin linje både i Court of Appeal och House of Lords.[253]

Den högsta instansen höll visserligen med High Court om att de anställda vid GCHQ hade rätt att bli konsulterade innan deras anställningsförhållanden ändrades i så väsentliga avseenden som här skedde och att det faktum att regeringsbeslutet stödde sig på ett prerogativ inte hindrade att domstolarna kunde granska dess laglighet – vilket var en väsentlig avvikelse från tidigare praxis[254] – men konstaterade att eftersom beslutet berörde nationens säkerhet så kunde inte ens den högsta brittiska domstolen pröva om beslutet i sak var riktigt eller inte. House of Lords slog här fast att regeringen måste visa att **orsaken** till att ett dylikt beslut fattats var omsorgen om nationens säkerhet, men att domstolen, när regeringen väl uppfyllt detta krav, inte kunde gå vidare och pröva om beslutet verkligen **var** nödvändigt för bevarandet av nationens säkerhet. De nationella säkerhetsas-

249. Se närmare härom R. Higgins, United Kingdom, i F.G.Jacobs/Shelley Roberts (utg.), The Effect of Treaties in Domestic Law, London 1987 s. 123 med vidare hänvisningar.
250. Se närmare Ewing/Gearty, a.a.s. 130 ff och Gillian S. Morris, The Ban on Trade Unions at Government Communications Headquarters, P.L. 1985 s. 177-186.
251. Se närmare Ewing/Gearty s. 132-33.
252. R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Council of Civil Service Unions and another, 1984 I.R.L.R. 309.
253. Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, 1985 AC 374 (1984 3 W.L.R. 1174).
254. Se Ewing/Gearty s. 134-35.

pekterna vägde således tyngre än de anställdas rätt till information eller konsultation.[255]

Det mest uppsendeväckande i detta fall är hur lätt det är för regeringen att göra mycket väsentliga inskränkningar i föreningsfriheten för en bestämd grupp av statstjänstemän. Åtgärden krävde ingen lagstiftning och de högre domstolarna, enkannerligen House of Lords, fann sig – trots att det här alltså för första gången slogs fast att åtgärder som regeringen vidtagit med stöd av ett kungligt prerogativ i princip kan åsidosättas av domstolarna – i och med att beslutet fattats i syfte att värna den nationella säkerheten förhindrade att pröva om det fanns skälig eller saklig grund för detsamma.[256]

c. Lagändringar föranledda av kolgruvestrejken 1984/85 Det är framförallt på två punkter som de ändringar i förhållande till äldre rätt vilka återfinns i 1986 års Public Order Act kan härledas till kolgruvearbetarnas strejk vintern 1984/85. Det rör sig dels om den tidigare nämnda möjligheten för polisen att meddela närmare föreskrifter för en demonstrations genomförande om man tror att den kan komma att upplevas som hotfull för andra än dem som deltar; denna bestämmelse skall ses mot bakgrund av en dom i High Court från 1985, där det slogs fast att antalet deltagare i en blockad av en arbetsplats – det vill säga vid själva platsen där strejkvakterna patrullerar – i sig, om det är tillräckligt stort, kan leda till att folksamlingen längs avspärrningarna upplevs som hotfull av andra (till exempel av »strejkbrytare»).[257] Detta innebär att polisen fått rätt att meddela villkor för en demonstrations genomförande så fort man misstänker att deltagarantalet kommer att bli stort.

Den andra lagändringen av intresse i detta sammanhang består i en utvidgning av det kriminaliserade området vid allmänna sammankomster. I anslutning till kolgruvestrejken väcktes 137 åtal för upplopp och 509 åtal för »unlawful assembly» (närmast att översätta med »olaga sammankomst»). Bägge brottstyperna var straffbara enligt common law, men på grund av bristande bevisning ledde inte åtalen i dessa fall till några fällande domar. Som en reaktion härpå bör man se införandet i sect. 1-3 i den nya lagen av de i lagstiftningen nya brotten riot (upplopp), violent disorder (närmast våldsamt upplopp eller anstiftan därtill) och affray (misshandel eller ej endast verbalt hot).[258]

9.4.2.5 »PERSONAL LIBERTY» OCH POLISENS BEFOGENHETER

a. Skydd för hemmet Det finns ett gammalt välkänt brittiskt talesätt som lyder »an Englishman's home is his castle». Mindre känd är kanske den rättsliga bakgrunden till

255. Se närmare Ewing/Gearty och Morris, a.a. samt för kritik mot House of Lords' överdrivna respekt för regeringens säkerhetsargument Feldman, a.a.s. 573 o. 636. Det måste dock noteras att Europakommissionen fann denna begränsning av föreningsfriheten godtagbar när hänsyn togs till statens säkerhet, jfr art. 11 st. 2 i ECHR; se Council of Civil Service Unions v. UK, 50 D & R 228 (1987). Detta utslag bör emellertid bedömas mot bakgrund av att art. 11 st. 2 in fine särskilt medger begränsningar av polisers, militärers och statstjänstemäns föreningsfrihet.
256. Visserligen kan det hävdas att strejkrätten – om än inte föreningsfriheten som sådan – åtnjuter ett svagt skydd även i Sverige, men för att göra en konkret jämförelse mellan Sverige och Storbritannien så krävdes det, när den svenska regeringen 1990 ville avskaffa strejkrätten för en period av två år, lagstiftning härom; förslaget föll då eftersom majoriteten i riksdagen var emot det. Se RF 2:1 p. 5, 2:12 st. 1 p. 1, 2:14 och 2:17.
257. Thomas v. N.U.M. (South Wales), 1986 1 Ch. 20.
258. Se bl.a. de Smith/Brazier, a.a.s. 517 ff. Dessa brottstyper eller motsvarande fanns dock i common law; jfr Feldman, a.a.s. 802 f.

detta talesätt, som härrör från ett rättsfall, det s.k. Semayne's Case från 1604. Den princip om hemmets okränkbarhet som slogs fast redan i detta gamla avgörande kom att konkretiseras i två välkända rättsfall från 1760-talet, nämligen Entick v. Carrington[259] och John Wilkes v. Lord Halifax[260], i vilka det slogs fast att beslut om husrannsakan, s.k. warrants, vilka utfärdats av regeringsledamöter inte var giltiga eftersom de måste utfärdas av domstolar. På detta sätt slogs principen om hemmets okränkbarhet fast.[261]

Sedan 1984 regleras polisens möjlighetet att genomföra husrannsakningar i brittiska hem av den s.k. Police and Criminal Evidence Act (PACE). Frågan är hur mycket av 16- och 1700-talens stolta principer som har överlevt till våra dagar och kommit att ingå i denna lag.

Enligt PACE får polisen, utan tillgång till en warrant, genomsöka bostaden och alla övriga lokaler som disponeras av en gripen person, förutsatt att man hyser skälig misstanke om att det någonstans i lokalerna kan finnas bevis för att den misstänkte begått det brott han gripits för.[262]

De rättssäkerhetsproblem som blivit följden av den nya lagregleringen har att göra dels med förutsättningarna för att en warrant skall kunna utfärdas, dels med de befogenheter som polismyndigheten kan ges med stöd av en sådan. S.k. search warrants utfärdas på polisens begäran av magistrates courts, dvs av lekmannadomare. Förutsättningen för att en sådan skall kunna utfärdas är att domaren i fråga (en s.k. Justice of the Peace, vilket närmast är en kommunal förtroendesyssla) är övertygad om att brott av viss svårighetsgrad begåtts, att bevis sannolikt finns i huset eller lokalen i fråga, att det inte är fråga om vissa typer av känsligt bevismaterial – i så fall måste en »äkta» domare i en Crown Court besluta om warrant – samt att ett polisbesök på den aktuella platsen **utan** en warrant omöjligen skulle kunna leda till önskat resultat.[263] Misstankar har ofta framförts i doktrinen om att domarna vid magistrates courts varken är kapabla att göra en kritisk granskning av polisens begäran om husrannsakan eller att stå emot påtryckningar från polisen – ofta kanske från polismän som de är personligen bekanta med – om att en warrant måste utfärdas.[264]

När en warrant väl utfärdats kan polisen enligt section 19 i PACE beslagta **varje** handling eller föremål som man misstänker kan utgöra bevis för något brott, inte bara för det – eventuella – brott som husrannsakningsordern avser! Onekligen en långtgående befogenhet för de poliser som skall genomföra åtgärden.[265]

259. 1765 19 St.Tr. 1030. Jfr ovan kap. 9.3.1.4.
260. 1763 19 St.Tr. 981.
261. Att dessa avgöranden snarare motiverades med skyddet för äganderätten än skyddet för privatlivet och hemmets okränkbarhet förändrar därvidlag ingenting i sak.
262. PACE sect. 18. Se närmare de Smith/Brazier s. 478 ff och Robertson s. 112 ff, bägge m.h.t. praxis. Rättsläget när polisen saknar rätt att vistas på privat mark illustreras av ett rättsfall från 1964, McArdle v. Wallace (1964, 108 S.J. 483), där polisen utanför en fabrik hittat bildelar som de misstänkte var stulna och sedan fortsatt till ett närbeläget kafé för att förhöra sig om saken. Kaféägarens son bad dem att lämna lokalen, vilket de vägrade. Sonen slog då till en av poliserna och blev åtalad för våld mot tjänsteman. Rätten fann emellertid att eftersom poliserna inte hade något skäl att tro att de skulle kunna hitta tjuven på kaféområdet, så hade de ingen rätt att stanna kvar där när någon som var behörig att på ägarens vägnar be dem lämna området gjorde så. Sonen frikändes därför.
263. Se närmare de Smith/Brazier s. 480 m.h.t. relevanta lagrum och Robertson s. 115.
264. Se närmare härom Robertson s. 114.
265. Se närmare Robertson s. 113 och de Smith/Brazier, a.a.

b. Telefonavlyssning Sedan Storbritannien 1984 fällts i ECtHR[266] för att tillstånd till telefonavlyssning kunde ges på alltför vaga grunder, infördes samma år den s.k. Interception of Communications Act, avsedd att klargöra när och hur telefonavlyssning får förekomma. Detta är tillåtet vid misstanke om brott mot rikets säkerhet, för att förebygga eller avslöja andra allvarliga brott samt för att skydda samhällets välfärd och viktiga samhällsekonomiska intressen. Lagen har kritiserats för att den erbjuder alltför svaga rättssäkerhetsgarantier för den eller dem som utsätts för sådan avlyssning.[267] Det mest anmärkningsvärda med lagen är dock enligt min mening att tillstånd till avlyssning inte ges av en domstol utan **av inrikesministern** (på begäran av polisen, tullen eller säkerhetspolisen).[268] Denne kan möjligen misstänkas ha bristande tid för att sätta sig in i alla enskilda ärenden, varför det kan antas att utsikterna att telefonavlyssning så att säga inte inleds i onödan vore större om beslutet fattades av en domstol.[269] Möjligen förefaller det även från rent demokratiska synpunkter mindre lämpligt att beslut av detta slag skall fattas av en medlem av regeringen.[270]

c. Prevention of Terrorism Act En av de mest omdiskuterade lagarna i Storbritannien är den s.k. Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act (PTA) från 1989. Som titeln antyder har lagen tillkommit för att stävja de svåra problem som terrorismen på Nordirland vållat det brittiska samhället.

Den första lagen med detta namn antogs 1974, som följd av IRA:s upptrappade våldskampanjer inte bara i Nordirland utan även på det brittiska fastlandet. Denna lag gällde t.o.m. maj 1975, men giltighetstiden förlängdes till 1976, då en ny lag, som kunde förlängas med ett år i taget antogs. En lag med samma namn som den nuvarande, som även den bara gällde för ett år i taget men maximalt kunde förlängas med fem år, antogs 1984. Nu gällande lag av 1989 måste även den förlängas årligen, men har i övrigt ingen tidsbegränsad giltighet.

Åtskilliga av lagens stadganden har ägnats kritisk uppmärksamhet i den juridiska doktrinen (liksom i den politiska debatten). Vid en bedömning av lagen är det dock nödvändigt att sätta in den i dess sammanhang; man måste hålla i minnet att den har tillkommit för att råda bot på ett mycket allvarligt terroristproblem, som länge skakat

266. Malone v. United Kingdom, dom 2 augusti 1984, Series A No 82.
267. Se t.ex. Ewing/Gearty kap. 3 och Robertson, a.a.s. 120 ff.
268. Sect. 4(1) i lagen.
269. Ibid, se även de Smith/Brazier, a.a.s. 477 f samt närmare om lagen Feldman, a.a.s. 478.
270. ECtHR godkände i och för sig i det s.k. Klass-målet 1978 (Series A, No.28, 6 sept. 1978) att en regeringsledamot i Tyskland hade rätt att fatta beslut om telefonavlyssning, men detta gällde endast vid misstanke om brott mot rikets säkerhet, inte som i Storbritannien vid alla brott av allvarlig karaktär. Vidare fanns i det tyska systemet vissa inbyggda rättssäkerhetsgarantier som helt saknas i Storbritannien; statsrådets beslut granskades och kunde ändras av en domarledd kommission, som också på begäran av den som misstänkte sig vara avlyssnad kunde pröva beslutets laglighet. Den som misstänkte att han var avlyssnad kunde också vända sig till BVerfG. När avlyssningen upphörde måste det ansvariga statsrådet avgöra om den avlyssnade skulle underrättas; kommissionen kunde ändra ett beslut om att inte underrätta denne. Om han inte underrättades omedelbart var kommissionen skyldig att regelbundet pröva när förutsättningar för underrättelse till den drabbade förelåg. Skillnaden mot den nuvarande brittiska regleringen är som synes stora.

Storbritannien.[271] Även med denna reservation är det dock av intresse att granska några av lagens stadganden närmare.[272]

Det kanske mest anmärkningsvärda inslaget i lagen är polisens möjlighet att utan en »arrest warrant» gripa den som misstänks för brott mot lagen, varefter denne kan kvarhållas för förhör i högst fyrtioåtta timmar. Under denna tvådygnsperiod äger polisen rätt att besluta att den misstänkte inte får meddela sig med omvärlden och inte träffa en advokat.[273] De två dygnen kan emellertid, efter beslut av inrikesministern på polisens begäran, **förlängas med ytterligare fem dagar** (och således uppgå till sammanlagt en vecka). Beslutet att kvarhålla en misstänkt i »detention», fängsligt förvar eller häkte i en vecka kan inte överklagas till eller prövas av domstol.[274] Motsvarande bestämmelse i 1984 års lag fälldes 1988 av ECtHR.[275] Regeringen ansåg det dock p.g.a. risken för terrorism omöjligt att låta domstol pröva åtgärdernas riktighet, varför Storbritannien kort tid efter domen i ECtHR 1988 meddelade att landet i enlighet med art. 15 i ECHR – som tillåter en stat i krig eller nödläge att avvika från konventionens regler – ämnade avvika från garantin för en snabb rättslig prövning av frihetsberövanden i art. 5 st. 3 i ECHR. I ett avgörande 1993 prövade så ECtHR, sedan talan väckts av två personer vilka hållits fängslade utan rättslig prövning i sex och en halv dag respektive fyra dagar och sex timmar, om denna avvikelse från konventionens regler verkligen kunde motiveras med hänvisning till situationen i Nordirland, vilket befanns vara fallet.[276]

Vidare kan noteras polisens vidsträckta befogenheter att få tillgång till eljest sekretessbelagda bankkonton, sjukhusjournaler m.m., liksom till misstänktas korrespondens; allt som krävs är att polisen lyckas övertyga en lekmannadomare om att detta är nödvändigt för att fullfölja en utredning om misstänkt terroristverksamhet.[277]

d. 1994 års Criminal Justice and Public Order Act Vissa av bestämmelserna i den omdiskuterade straffprocessuella lag som antogs 1994, vilka berörde mötesfriheten, har berörts ovan i 9.4.2.3. Än mer omdiskuterade har andra delar av lagen blivit, framförallt de som berör kringresande personer (t.ex. zigenare) och de som försämrar de misstänktas eller åtalades rättssäkerhet i brottmålsrättegångar.

S.k. *travellers* är enligt lagen skyldiga att på order av en lokal myndighet lämna den plats där de befinner sig.[278] Lagen kan tillämpas på campare och alla som turistar i det fria men torde vid tillämpning av lagen i praktiken främst beröra zigenare, vagabonder

271. Här bör påpekas att PTA i första hand berör England; för Nordirland gäller i hithörande frågor särskild lagstiftning, delvis av undantagskaraktär, som inte behandlas här.
272. Lagen kriminaliserar medlemskap i Irish Republican Army, IRA, och Irish National Liberation Army, INLA, liksom allt stöd till dessa (förbjudna) organisationer. Se sect. 1 o. schedule 1, sect. 1. – Att de är förbjudna fick sin särskilda betydelse därigenom att innebörden av »the Broadcasting Ban» 1988 bl.a. var att de organisationer som är förbjudna enligt PTA inte fick nämnas i BBC eller IBA. Jfr ovan kap. 9.4.1.3 under b.
273. Sect. 14.
274. Se sect. 14 st. 5 samt närmare Ewing/Gearty, a.a.s. 223 (»This is British law's black hole for civil liberties...») och Feldman, a.a.s. 223 ff.
275. Brogan v. United Kingdom, dom 29 november 1988, Series A 145 B.
276. Brannigan and McBride v. UK, dom 26 maj 1993, Series A 258 B.
277. Se sect. 17 o. schedule 7.
278. Sect 77(1).

och eventuella nomader. Kritik som framförts har bland annat gått ut på att stadgandet kan sägas kriminalisera en hel livsstil.[279]

De ändrade bevisreglerna, som innebär att de särskilda straffbevisregler vilka tidigare enbart gällt i Nordirland nu blir tillämpliga i hela Storbritannien, gör det möjligt för en domstol att tillmäta den åtalades tystnad och vägran att besvara frågor före eller under en rättegång bevisvärde. Tvivel har i doktrinen uttryckts över lagens förenlighet med art. 6 i ECHR[280], men frågan har ännu inte ställts på sin spets i praxis.

9.5 Den rättspolitiska och konstitutionella debatten om den nuvarande ordningens brister

9.5.1 Inledning. Bakgrund

Som redan nämnts flera gånger uppvisar den brittiska statsrätten flera mycket märkliga särdrag, något som också torde ha framgått av den föregående framställningen. I allt väsentligt finns det historiska förklaringar till dessa brittiska egenheter; många regler bottnar i sekelgamla sedvänjor och de grundläggande maktförhållandena mellan kungen, parlamentet och regeringen slogs fast redan vid 1688 års »ärorika revolution». Vad gäller de grundläggande dragen i statsskicket kan därför Storbritannien utan tvekan beskrivas som ålderdomligt.

Härav behöver inte nödvändigtvis följa att landet också har en **omodern** konstitution. USA och Norge är exempel på länder där mycket ålderdomliga grundlagar visat sig kunnat fungera mycket väl även i dagens värld. Ingenting säger egentligen att en konstitution nödvändigtvis fungerar dåligt eller måste ändras enbart för att den är ålderstigen eller präglad av ett gammalmodigt språk; avgörande är snarare i vilken utsträckning dess stadganden kan tillämpas på samtidens problem. Detta gäller både politiska frågor som statschefens roll, regeringsbildning, valsystem osv och rättsliga frågor om medborgerliga fri- och rättigheter, normprövning och dylikt. En författning som till sitt innehåll blivit omodern, rentav otidsenlig kan möjligtvis ändå vara formellt gällande en viss tid, under vilken kanske speciella sedvänjor utvecklas och grundlagstexten inte tillämpas bokstavligt, men förr eller senare uppstår troligen ändå ett behov av att införa en modern, till de aktuella realiterna anpassad konstitution; denna är ju trots allt det dokument där grunderna för statsskicket och samhällets organisation regleras.[281]

I viss mån beror naturligtvis konstitutionens förmåga att inte brytas ned av tidens tand

279. Se Sue Campbell, Gypsies: the Criminalization of a Way of Life?, Crim.L.Rev. 1995 s. 28-37.
280. Se bl.a. Ian Dennis, The Criminal Justice and Public Order Act 1994 – The Evidence Provisions, Crim.L.Rev. 1995 s. 4-18.
281. Det sagda illustreras i viss mån av det öde den svenska regeringsformen från 1809 rönte. Denna, som utpekade kungen som den reelle makthavaren i Sverige, var redan från ståndsriksdagens avskaffande 1865 och definitivt från parlamentarismens genombrott i 1900-talets början föråldrad, vilket dock inte hindrade att den var formellt gällande till och med utgången av 1974. Den praxis som underhand utvecklades för normgivning, regeringsbildning osv erkändes som konstitutionell sedvanerätt och det faktum att grundlagstexten var totalt förlegad gav upphov till få praktiska problem. Trots detta ansågs det efter andra världskriget vara lämpligt att införa en ny grundlag, som bättre gav uttryck för hur det moderna Sverige faktiskt fungerade. Jfr nedan kap. 16.2.

på hur lätt det är att ändra den – en konstitution som lätt kan ändras och moderniseras har typiskt sett lättare att motsvara en ny tids krav. Att detta knappast är avgörande visas dock av det amerikanska exemplet; proceduren för ändringar av och tillägg till USA:s grundlag kan närmast beskrivas som extremt omständlig.[282] Även andra faktorer måste således tillmätas betydelse för en grundlags livslängd.[283]

För Storbritanniens del tillkommer det speciella förhållandet att konstitutionen inte bara i huvudsak är mycket gammal, utan också i allt väsentligt oskriven. Av stor betydelse i detta sammanhang är också att Storbritannien inte erkänner någon normhierarki och att ingen lag därför kan sägas vara »högre» eller av mer fundamental karaktär än någon annan, vilket avviker från länder med skrivna grundlagar. Detta hänger samman med att den högsta, grundläggande principen i den brittiska statsrätten ännu anses vara parlamentets rätt att stifta vilka lagar som helst.[284]

De som vill framhålla den brittiska konstitutionens förtjänster framför andra, mer gängse typer av grundlagar kan givetvis alltid utmåla *flexibiliteten* i den brittiska konstitutionen som en särskild fördel. Om emellertid uppmärksamheten särskilt ägnas fri- och rättigheternas ställning är detta kanske ett argument med mindre tyngd. Intressantare är frågan vilka rättsliga invändningar den som anser att hans medborgerliga rättigheter kränkts av lagstiftaren egentligen kan göra i ett land där parlamentet har rätt att stifta alla lagar det önskar, där medborgarens rättigheter i stort sett består i att göra det som lagstiftaren inte förbjudit och där domstolarna inte kan pröva, än mindre underkänna lagstiftarens åtgärder.

Lagstiftaren, dvs i praktiken majoriteten i House of Commons (dvs i praktiken regeringen), är i Storbritannien allenarådande och omöjlig att angripa rättsligt. De ovan anförda exemplen på rättigheternas stundtals svaga ställning visar vilka konsekvenser detta kan få. Den centrala frågan är emellertid, i beaktande av denna egenartade konstitutionella utgångspunkt, hur pass anpassat detta system är till den moderna, komplicerade världens realiteter. Om vi antar att systemet historiskt sett fungerat bra i medborgarnas ögon och på ett tillfredsställande sätt skyddat dem från maktmissbruk (annars hade det väl knappast överlevt) så kan man ändå fråga hur pass väl det skyddar medborgarna i **dagens** brittiska samhälle, där de skrivna lagarna blir en allt mer dominerande rättskälla och där statens behov av att reglera nya områden i samhällslivet typiskt sett leder till att individens intressen oftare än tidigare kommer i kläm.[285] Det framstår mot den här anförda bakgrunden inte som särskilt underligt att en efter hand allt mer intensiv debatt

282. Se kap. 10.2.2 och art. VII i USA:s författning.
283. Att en av dessa faktorer är hur pass framsynta grundlagstiftarna i ett land varit och hur pass väl de kunnat förutse statens framtida utveckling är alldeles självklart. Några närmare reflektioner över detta är dock inte möjliga här.
284. Jfr Lord Scarman, Bill of Rights and Law Reform, s. 105: »The constitution provides no special protection for the constitution itself. There being no distinction between constitutional and other legislation, Parliament can as easily curtail or suspend our liberties as legislate to clean up the streets.»
285. Jfr Anthony Lester, The Constitution: Decline and Renewal, i J. Jowell/D. Oliver (utg.), The Changing Constitution, Oxford 1989 s. 368: »The peculiar genius of the British constitution is supposed to consist in its flexibility and capacity for evolutionary change. But the most striking characteristic of our constitution has been its failure to adapt to the changed needs of the nation.»

om behovet av att åtgärda den brittiska konstitutionens brister alltsedan 1970-talet förts i Storbritannien.

Det är närmast en självklarhet, men bör kanske ändå påpekas här, att avsikten med att närmare granska denna debatt givetvis inte är att kritisera Storbritannien som stat eller den brittiska rättsordningen som sådan. Däremot har debatten om de samhälleliga och rättsliga konsekvenserna av att inte tillerkänna de enskilda individerna i ett land några rättsliga skyddsspärrar mot lagstiftaren stor betydelse för den principiella diskussionen om rättighetsskyddets lämpliga omfattning och utformning i en modern demokrati. Den brittiska ordningen kan sägas vara en ytterlighet på en skala, där den andra ytterligheten utgörs av länder som USA och Tyskland[289], där landets högsta domstol eller en särskild författningsdomstol sällan känner sig förhindrad att åsidosätta grundlagsstridig lagstiftning, där en omfattande konstitutionell rättspraxis således utvecklats och där olika teoretiska modeller för rättighetsskydd kommit att diskuteras livligt i doktrinen, oftast med utgångspunkt just i denna praxis. Exemplet Storbritannien är därför en lämplig utgångspunkt för att studera vad som kan ske i en modern demokrati utan rättighetsskydd.

9.5.2 *Debattens allmänna inriktning*

Av de närmast föregående avsnitten vore det kanske naturligt att dra slutsatsen att den konstitutionella debatt som nu i drygt tjugo år rasat i Storbritannien enbart handlat om rättigheternas svaga ställning. Detta är emellertid inte helt korrekt. Snarare är debatten om rättigheternas ställning en del av en bred och livlig konstitutionell debatt, som förts lika mycket i politiska som i rättsvetenskapliga kretsar och som förutom om rättighetsskyddet bland annat handlat om huruvida en skriven grundlag och ett proportionellt valsystem bör införas samt om möjligheterna till ökat självstyre för Wales och Skottland.

Det finns för övrigt ett visst samband mellan debatten om införandet av ett proportionellt valsystem och de medborgerliga rättigheternas ställning. Bägge frågorna hänger nämligen i hög grad samman med effekterna av och rimligheten i principen om parliamentary sovereignty. Det är numera tämligen uppenbart att denna huvudregel i den brittiska statsrätten **inte ger parlamentet som sådant** något väldigt inflytande, utan att makten i stället i praktiken vilar **hos det parti** som i allmänna val vinner majoriteten i parlamentet och därför kan bilda regering. Den lagstiftande makten är således svår att skilja från den verkställande.[287] Detta är desto mer anmärkningsvärt som 1689 års Bill of Rights, den text som mer än någon annan bildat utgångspunkt för och präglat dagens brittiska statsskick, bygger just på tanken att folkets representanter i parlamentet skall kunna kontrollera den verkställande makten.[288] Och eftersom parlamentsvalet inte sker med ett proportionellt valsystem utan genom majoritetsval i enmansvalkretsar representerar parlamentsmajoriteten ofta inte väljarmajoriteten. Det konservativa torypartiet har t.ex. vunnit de fyra senaste parlamentsvalen 1979, 1983, 1987 och 1992 och vid samtliga tillfällen fått majoritet i parlamentet, trots att partiet erövrat i tur och ordning 43,9, 42,4, 43,3 och 41,9 % av rösterna.

Vill man uttrycka det tillspetsat kan därför frågan om skyddet för den enskildes med-

286. Jfr särskilt kap. 20.
287. Jfr Lord Scarman, Bill of Rights and Law Reform, i 1688-1988 Time for a New Constitution, s. 106: »... is parliamentary supremacy, as now practised, really the supremacy of Parliament? Is it not in truth the supremacy of the executive?»
288. Jfr John Laws i M.L.R. 1994 s. 223.

borgerliga rättigheter i Storbritannien från demokratiteoretisk utgångspunkt paradoxalt nog sägas handla snarare om skydd för majoriteten gentemot en minoritet än om skydd för minoriteten gentemot majoriteten i samhället[289], vilket ju annars är den mer traditionella bilden av konflikten mellan folksuveränitet och medborgerliga rättigheter.[290] Men det faktum att den mäktiga parlamentsmajoriteten inte behöver ha stöd av majoriteten av väljarna är trots allt inte den centrala punkten i diskussionen om rättigheternas rättsliga ställning, utan strängt taget en sidofråga. Rättighetsdebatten gäller i stället det rimliga i att den enskilde inte kan göra några rättsliga invändningar eller åberopa några rättigheter mot de lagar som parlamentet i behörig ordning stiftat samt den närbesläktade frågan om hur det eventuellt bristfälliga rättighetsskyddet kan förstärkas.

I brittisk statsrättsdoktrin beskrivs inte sällan »tillståndet» för de medborgerliga rättigheterna som kritiskt eller illavarslande.[291] En sådan pessimistisk karakteristik kan ta sin utgångspunkt antingen i konkreta tilldragelser av det slag som skildrats i de föregående kapitlen, vilka kan sägas visa att de medborgerliga rättigheterna i Storbritannien med nödvändighet har en svag ställning gentemot den lagstiftare som vill inskränka dem, eller i det faktum att den starka maktkoncentrationen till parlamentet och därmed regeringspartiet skapar en **ständig** risk för maktmissbruk och därmed även för fortsatta rättighetskränkningar.[292] Även andra synpunkter kan givetvis ligga till grund för kritiken, men oavsett utgångspunkt rör frågan en grundläggande konflikt i Storbritannien mellan en så gott som allsmäktig lagstiftare och medborgerliga krav på att vissa grundläggande rättigheter respekteras. Problemets kärna är därför behovet av rättighetsskydd; kan en medborgare i en modern västerländsk demokratisk välfärdsstat som inte tillerkänts några rättigheter i en grundlag eller något liknande dokument och gentemot lagstiftaren inte tillåts göra gällande några rättigheter inför domstolar och myndigheter överhuvudtaget hävda sina rättigheter på ett tillfredsställande sätt?[293]

289. Jfr Ewing/Gearty, a.a.s. 256.
290. Jfr bl.a. kap. 1.2 o. 20.
291. Se t.ex. Ewing/Gearty s. 255 och Robertson, a.a.s. 390.
292. Jfr Scarman, a.a.s. 108 f: »The unavoidable conclusion is that our existing constitution has no protection to offer against abuse of power by Parliament.» och Robertson a.a.: »Why do so many British laws and procedures and administrative decisions fall foul of the bedrock standards embodied in international treaties? The abscence of any written constitutional guarantees of liberty which would empower our courts to correct abuses of power by State agencies, an over-reliance on doctrines about the sovereignty of Parliament and the accountability of Ministers and the reluctance to guarantee to citizens enforceable legal rights have produced a society in which civil liberties are regarded as privileges granted at the discretion of the powerful rather than as rights capable of direct assertion by members of the public.» Se även William J. Brennan Jr, Why have a Bill of Rights? s. 438.
293. Det bör poängteras att individens i vissa avseenden svaga rättsställning framförallt gäller gentemot lagstiftaren; möjligheten att med framgång föra talan mot en lag som eventuellt kränker någon rättighet är inom landet mycket små. Däremot tyder inget på att det skulle vara särskilt svårt att just i Storbritannien få rättelse för den vars rättigheter möjligen kränkts av någon myndighet. Här erbjuder den befintliga lagstiftningen på olika områden flera olika vägar till upprättelse och, framförallt, här saknar doktrinen om parliamentary supremacy betydelse. Denna sida av förhållandet mellan individen och staten är så att säga inte problemet i sammanhanget. Jfr till det sagda Michael Zander, A Bill of Rights s. 27. Det kan också nämnas att intresset i doktrinen för förekomsten av *judicial review* just på detta område, dvs gentemot olika myndigheter, under 1990-talet bl.a. till följd av olika forskningsprojekt har ökat kraftigt. Se bl.a. M. Sunkin/L. Bridges/G. Meszaros, Trends in judicial review, P.L. 1993 s. 442-46.

Om parlamentets överhöghet – i kombination med individens svaga rättsställning – så att säga ses som det grundläggande problemet så aktualiseras därmed ytterligare en omdiskuterad konstitutionell fråga, nämligen avsaknaden av maktdelning i traditionell bemärkelse. Om regeringen, den verkställande makten, kontrollerar House of Commons, den lagstiftande, så är detta ett uttryck för parlamentarism men knappast för maktdelning. Domstolarna har visserligen bevarat sitt oberoende från regeringen, men är å andra sidan skyldiga att tillämpa av parlamentet stiftade lagar. Någon egentlig makt kan de inte sägas utöva och de har knappast, från strikt maktdelningssynpunkt, någon politisk betydelse. Avsaknaden av »checks and balances» i den brittiska konstitutionen är uppenbar.[294] Beskrivningen av parlamentets överhöghet som en form av *»elective dictatorship»* är mot denna bakgrund begriplig.[295]

Den kanske främsta anledningen till att denna debatt kom att intensifieras under 1980-talet var de uppmärksammade, ovan refererade rättsliga händelserna (jämte andra av liknande slag), där regeringen av en bred brittisk opinion kom att uppfattas som allt mer maktfullkomlig och allt mer benägen att vid behov inskränka medborgerliga rättigheter. Dessa händelser har visat hur svagt det rättsliga skyddet för de rättigheter vilka trots allt, som en allmän huvudregel, ansetts gälla i Storbritannien faktiskt är och hur svårt det är för enskilda medborgare att hävda sina rättigheter gentemot staten/lagstiftaren.

Många som av andra skäl varit kritiska mot den konservativa regeringens politik anser måhända att rättsaffärerna givit dem ytterligare argument. Bakom en del av kritiken mot den rådande ordningen i Storbritannien anas därför en allmän kritik mot regeringens politik. Det är emellertid viktigt att slå fast att det inte bara varit fråga om kritik från den politiska vänsterkanten eller att de förmenta bristerna i det brittiska rättighetsskyddet endast varit ett slagträ i en rent politisk debatt. Dels har kritik mot rättigheternas svaga ställning framförts från de flesta politiska håll, dels är det nödvändigt att framhäva att debatten i allt väsentligt varit av **rätts**politisk karaktär. Om den nutida brittiska statsrättsdoktrinen endast vore ännu ett forum för kritik av »Thatcherismen» skulle den givetvis ha reducerat sin egen betydelse högst avsevärt, men så har faktiskt inte varit fallet.[296] Kritiken har i första hand kommit från rättsligt, inte politiskt håll, varför debatten varit av rättsveten-

294. Jfr Lord Scarman, a.a.: »...this situation has now arisen, namely that the executive is in command of the legislature with the judges sitting on the sidelines and unable to resist the combination of executive and legislative power...» – Det bör kanske tilläggas att förekomsten av House of Lords knappast är att se som något botemedel mot maktkoncentrationen till regeringen och underhuset. Bortsett från att överhuset helt saknar demokratisk legitimitet så saknar det också möjlighet att hindra underhuset från att utfärda lagar av visst innehåll; enligt parlamentslagarna av 1911 och 1949 kan House of Lords bara skjuta upp föreslagna lagar en viss tid, men inte hindra att de senare antas.
295. Ibid. Denna term myntades ursprungligen av Lord Hailsham 1978. Jfr dock ovan i 2.2.2 om den av Jefferson använda termen »elective despotism».
296. Att kritik kommit från skilda politiska håll och debatten därför inte haft någon viss ideologisk profil visas förutom av att t.ex. det liberaldemokratiska partiet utarbetat ett eget förslag till grundlag, också av att en av de första kritiska röster som 1989 höjdes mot införandet av den nya Official Secrets Act och mot regeringens önskan att hemlighålla information och handlingar i största möjliga utsträckning tillhörde den förre konservative premiärministern Edward Heath. Se A state of secrecy, New Statesman & Society 10 mars 1989. Det kan också nämnas att en av de första debattörerna som i mitten av 1970-talet förordade införandet av en rättighetskatalog i den brittiska rätten var den konservative ideologen Sir Keith Joseph; se härom närmare Michael Zander, A Bill of Rights?, London 1985 s. 10 f. I dag tycks däremot torypartiet helt ha tappat intresset för konstitutionella reformer; se nedan avsnitt 9.5.3.4.

skaplig och rättspolitisk snarare än politisk karaktär. Deltagarna och de drivande krafterna i debatten har i första hand varit framstående jurister – domare, advokater och professorer – som oroats över rättigheternas svaga ställning i dagens Storbritannien.

9.5.3 Debattens utveckling

9.5.3.1 HISTORISK BAKGRUND

Revolutionen 1688 och 1689 års Bill of Rights var för sin tid mycket progressiva företeelser genom att parlamentet, folkets organ, tillerkändes den avgörande makten i samhället. Härav följde också lagarnas överhöghet och okränkbarhet, vilket dock inte kom att få någon större rättslig betydelse förrän drygt tvåhundra år senare, då de skrivna lagarnas omfång och betydelse ökade.

Motståndarna till 1689 års uppgörelse trodde i allmänhet att kungen regerade med stöd av en högre, gudomlig rätt. Även om en sådan uppfattning i dag ter sig något föråldrad, försiktigt uttryckt, så är det ett faktum att den engelska revolutionen inte bara gjorde upp med denna typ av ålderdomliga föreställningar utan också i stort sett raderade ut hela det naturrättsliga idéarvet ur den brittiska statsrätten för evärderlig framtid. Häri ligger en viktig del av förklaringen till att den brittiska konstitutionen förblev så totalt opåverkad både av händelserna hundra år senare i Frankrike och USA och av renässansen för rättighetsidéerna efter andra världskriget.[300]

Kombinationen av »en gång för alla» fastslagna konstitutionella huvudprinciper, en lugn, fredlig samhällsutveckling med stark historisk kontinuitet och starkt inflytande från statsrättstänkare och filosofer – främst Dicey och Bentham – som beundrade den rådande ordningen och uttryckte stark skepsis mot mer abstrakta konstitutionella principer, ledde också till en närmast total avsaknad av konstitutionell debatt ända fram till 1960-talet. Huvudreglerna ifrågasattes varken av jurister, politiker eller medborgare, Dicey med flera hade tillhandahållit de teoretiska grundvalarna, demokratiseringen genomfördes tidigt och odramatiskt och konstitutionen ansågs allmänt fungera alldeles förträffligt. Det faktum att flertalet andra länder runtom i världen antog konstitutioner av en helt annan typ förklarades med att dessa länder haft en olyckligare historia och därför behövde starkare formella garantier mot maktmissbruk än Storbritannien, där demokratin var fast rotad.[298] Dessa tendenser snarast förstärktes efter andra världskriget och kan kanske sägas ha »kulminerat» under 1950-talet.[299]

297. Eftersom uppgörelsen 1689 blev som den blev, är det svårt för dem som i dag argumenterar för en rättighetskatalog att finna något **historiskt stöd** för sin uppfattning i denna Bill of Rights. Möjligen kan det dock göras gällande att det faktum att en Bill of Rights trots allt infördes 1689, precis som Magna Charta från 1215 visar att denna typ av deklarationer inte är totalt »unBritish». Så i vart fall enligt Zander, a.a.s. 44.
298. Det känns i detta sammanhang naturligt att hänvisa till Thomas Paine i Sunt förnuft, s. 59: »Engelsmännens förkärlek för sin egen styrelseform, genom kung, högadel och underhus, härrör sig minst lika mycket av nationalstolthet som av förnuft.»
299. Jfr Anthony Lester, The Constitution: Decline and Renewal, i The Changing Constitution s. 346 f. Se även J. Skelly Wright, The Bill of Rights in Britain and America: A not quite full circle, Tul.L.Rev. 1981 s. 316 f: »In the early days of the continuing debate, the main objection to an entrenched bill of rights for Britain was that the idea was – well – »un-British», to put it baldly. According to the British, less advanced nations, like the former colonies, might well need a formal reminder of fundamental liberties. The Europeans of the Continent, with their perverse addiction to logical solutions and writing it all down, like that sort of thing. Ameri-

Efterhand, med början någon gång under 1960-talet, har dock vissa brister i den brittiska konstitutionen blivit tydliga. Dessa har givit upphov till en successivt allt livligare debatt om behovet av en konstitutionell reform i Storbritannien.[300] Dessa brister kan kanske delvis, om man söker en idéhistorisk förklaring, sägas bottna i att den uppgörelse 1688-89 som kom att lägga grunden till den fortsatta utvecklingen underlät att ställa de frågor som USA hundra år senare försökte lösa i den amerikanska grundlagen; frågor om den politiska maktens natur, maktdelning, -begränsning, -kontroll, medborgerliga rättigheter, förhållandet mellan lokala och centrala myndigheter. Efterhand som tiden gått och Storbritannien blivit mer likt andra moderna demokratiska, industrialiserade västländer har dessa brister i den brittiska konstitutionen blivit allt tydligare och den traditionella strukturen i denna, med dess förlitan på parlamentsledamöternas klokhet och avsaknad av rättsliga garantier för medborgarnas rättigheter, av allt fler kommit att uppfattas som otillräcklig för vår tid. Det är i grunden om detta den nuvarande rättighetsdebatten – vilken således är en del av en bredare konstitutionell debatt – handlar.[301]

9.5.3.2 KRAVEN PÅ INFÖRANDE AV EN RÄTTIGHETSKATALOG

Upprinnelsen till den moderna debatten om införandet av en rättighetskatalog anses allmänt ha varit en skrift av Anthony Lester, betitlad Democracy and Individual Rights, som utkom 1968.[302] Lester anses ha varit den förste jurist som påpekade att individens frihet kan hotas av parlamentet och även den förste som krävde att ECHR skulle införlivas i den brittiska rätten.[303] Mer inflytelserik blev dock en föreläsningsserie som Lord Scarman, domare i House of Lords, gav 1974 och som senare utkom i skrift under titeln English Law – The New Dimension.[304] Lord Scarman anslöt sig till Lesters tankar men fick betydligt större genomslagskraft, möjligen för att kraven denna gång framfördes av en högt uppsatt domare.

Lord Scarmans inlägg ledde bland annat till att frågan om införlivande av ECHR i den brittiska rätten kom att diskuteras i House of Lords. Både 1979 och 1981 antog överhuset ett förslag av denna innebörd, men bägge gångerna avslog House of Commons förslagen. Sedan dess har ett antal misslyckade försök att intressera parlamentet och de olika

cans, Canadians and Australians, although English-speaking, were, after all, of relatively new nations with special problems of federalism... The British people, a homogeneous society whose institutions had survived basically unchanged since the Glorious Revolution some three centuries ago, would »muddle through» nicely without this innovation. Judges were properly removed from »political» questions and should remain so. Parliament could be trusted not to infringe on civil liberties. A bill of rights might be useful, even necessary, elsewhere. There was no need for that kind of thing in Britain.»

300. En kortfattad historisk genomgång av debattens utveckling ges av Dawn Oliver i Parl.Aff. 1992 s. 135 f.
301. Jfr Cornford, a.a.s. 561: »...it is the belief that restraints on the executive and on the centralisation of power must be given constitutional rather than political force that has become a common theme of reformers.»
302. Så t.ex. enligt Zander, A Bill of Rights?, s. 1 och Simon Lee, Bicentennial Bork, Tercentennial Spycatcher: Do the British need a Bill of Rights?, Univ.Pitt.L.Rev. 1988 s. 817.
303. Ibid samt Lester, Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated, P.L. 1984 s. 62.
304. London 1974.

partierna för diverse förslag i denna riktning gjordes.[305]

Under hela denna period har emellertid den teoretiska, rättsvetenskapliga och politiska debatten om införande av en rättighetskatalog i Storbritannien blivit allt livligare. Den teoretiska debatten kommer att behandlas närmare i det följande. Något bör dock först sägas om de politiska partiernas inställning och om framväxten av nya organisationer som bildats i huvudsak för att skapa opinion för konstitutionella förändringar i Storbritannien.

Utgångspunkten för de politiska partiernas del kan sägas vara att både det konservativa partiet och labour av hävd varit motståndare till antagandet av en rättighetskatalog. Det konservativa partiets främsta argument är att ett sådant steg skulle riskera att underminera parlamentets överhöghet, medan labours motstånd traditionellt bottnat i en viss misstro mot förmodat konservativa domare, vilka man fruktat kommer att ges ökad makt om en rättighetskatalog antas. Bägge partierna har dock **periodvis** ställt sig positiva till tanken på en skriven rättighetskatalog, ehuru denna hållning främst intagits när respektive parti inte innehaft regeringsmakten.

Labour visade stort intresse för frågan strax efter det att debatten tagit fart på allvar vid 1970-talets mitt. En kommitté inom partiet föreslog 1976 en inkorporering av ECHR i engelsk rätt i form av en vanlig lag (som alltså kunde ändras genom senare lagstiftning). Detta blev dock aldrig partiets officiella linje, men däremot har nya signaler hörts under senare år. 1991 föreslog partiet sålunda, som en del av programmet inför 1992 års val, en s.k. Charter of Rights med förslag till ny lagstiftning bland annat på informationsområdet. Förslaget framstår dock, det bitvis radikala tonfallet till trots, på de avgörande punkterna som något halvhjärtat; något införande eller inkorporering av en rättighetskatalog föreslogs inte och labours uppfattning var att såväl valsystemet som parlamentets överhöghet borde bevaras oförändrade.[306] 1993 föreslog dock partiet mer radikala konstitutionella förändringar, bl.a. att ECHR borde införlivas i den brittiska rätten och där ges samma ställning som EG-rätten f.n. har, dvs överordnad vanliga lagar men alltjämt möjlig för parlamentet att avvika från, under förutsättning att detta tydligt anges när en från konventionen avvikande lag antas (s.k. *notwithstanding clause)*. Det återstår att se om labour håller fast vid denna och andra djärva idéer när nästa parlamentsval närmar sig.

Tory-partiet föreslog 1978 att ECHR borde göras till gällande rätt i Skottland (!), som ett led i en plan för utökat självstyre för detta land. Förslaget röstades dock ner av den dåvarande labourregeringen. Vid denna tidpunkt, liksom vid mitten av 1980-talet, var det uppenbart att en stor del av torypartiets parlamentsgrupp stödde förslaget om införande av någon form av rättighetskatalog i landet, men detta har aldrig varit partiets officiella linje.[307] Under 1990-talet tycks intresset härför inom partiet, kanske till följd av politisk oenighet i andra frågor, vara mindre än någonsin; uppslutning kring den befintliga konstitutionella ordningen och totalt avståndstagande från alla statsrättsliga nymodigheter, särskilt onödiga och dessutom »europeiska» påfund som införlivande av ECHR,

305. En mycket utförlig genomgång av Bill of Rights-debattens utveckling och de olika förslag som väckts genom åren finns i Zander, A Bill of Rights, s. 1-26. Enligt Michael Ryle (Pre-legislative scrutiny: a prophylactic approach to protection of human rights, P.L. 1994 s. 192 n.3) har sedan 1971 tolv olika förslag om införande av en rättighetskatalog utan framgång lagts fram i parlamentet.
306. Detta motstånd mot grundläggande konstitutionella förändringar beror sannolikt på en alltjämt existerande motvilja mot tanken att ge domstolarna ökad makt (som t.ex. kan användas till att åsidosätta lagar); det enda som anförs i programmet om domstolarnas roll är t.ex. att domarkåren på något sätt måste bli mer representativ för det brittiska folket. Se för en kritisk granskning av förslaget Ian Loveland, Labour and the Constitution: The »Right» Approach to Reform?, Parl.Aff. 1992 s. 173-187.
307. Se till det sagda bl.a. Zander, a.a.

har i ett förvirrat politiskt läge uppenbarligen fått tjäna som medel att öka partisammanhållningen.[308]

Mittenpartiet, först den s.k. Alliansen av socialdemokrater och liberaler och numera det liberaldemokratiska partiet, har ända sedan bildandet 1980 varit för såväl inkorporering av ECHR som antagande av en skriven grundlag.[309] Främst på grund av det icke-proportionella valsystemets konsekvenser har dock detta parti aldrig haft mer än drygt 20 platser i House of Commons, varför dess inflytande givetvis varit litet.

En naturlig fråga är vad de stora politiska partiernas, tories och labours motstånd mot införande av en rättighetskatalog beror på.

Ett första svar är att frågan om antagande av en brittisk rättighetskatalog som nämnts är en del av en bredare konstitutionell debatt och att de två stora partierna överhuvudtaget länge varit motståndare till grundläggande konstitutionella förändringar. Här kan en parallell dras till debatten om införande av ett proportionellt valsystem, vilket skulle missgynna de två stora partierna. (När något av dem får fler röster än huvudmotståndaren brukar det partiet med nuvarande system också få majoritet i parlamentet, trots att det kanske bara fått 40 % av rösterna i hela landet.) Följaktligen motsätter sig tories och labour en förändring av detta system. Delvis förhåller det sig på samma sätt med motståndet mot införlivandet av en rättighetskatalog; bägge partierna vill veta att de när de innehar makten kan utöva den helt och fullt, utan att parlamentets överhöghet naggas i kanten.[310]

Till stor del kan därför motståndet från de ledande partiernas sida beskrivas som en form av lojalitet från underhusledamöternas sida mot den brittiska statsrättens grundläggande princip om parliamentary sovereignty, i kombination med en önskan hos de stora partierna att se till så att det inte finns några juridiska spärrar för deras maktutövning när de innehar regeringsmakten.[311] I den mån det finns skilda accenter i de två partiernas hållning är det att det konservativa partiet värnar mer om den bestående ordningen som sådan och ibland ger prov på ett ideologiskt betingat motstånd mot förändringar, medan labours motstånd i högre grad är betingat av misstro mot domarmakten och

308. Detta intryck förändras inte av att partiet 1993 lade fram ett förslag till en s.k. Citizen's Charter, innehållande ett antal regler avsedda att göra det möjligt för medborgarna att kräva god service av olika myndigheter samt att i vissa fall kunna driva krav på privatisering av offentlig verksamhet. Detta är ett ideologiskt präglat dokument utan egentlig konstitutionell betydelse, som möjligen gäller omfånget av statens funktioner men inte av dess makt (jfr Bobbio i Liberalism and Democracy s. 11 ff, anm. ovan i kap. 3.1 på s. 113 vid n. 14). Se närmare härom Feldman, a.a.s. 57.
309. Partiets förslag till en skriven grundlag och införlivande av ECtHR i brittisk rätt presenteras i Constitutional Reform 2/1990.
310. Jfr särskilt Dworkin, A Bill of Rights, s. 15.
311. Jfr bl.a. Lord Scarman, Human Rights: The Current Situation, i C.M. Campbell (utg.), Do We Need a Bill of Rights?, London 1980 s. 5: »It is significant that the real opposition to a Bill of Rights comes from the party-controlled House of Commons. It indicates the nature of the true resistance to the judicial protection of human rights. It is fear of judicial power to curb or review legislation...As always, those who have the power resist any restraint upon its exercise...» samt J. Skelly Wright, a.a.s. 320: »However, I suspect that the main obstacle in the British Parliament is not handing over power to judges in particular, but handing over power at all...We must remember that, in Britain, the ruling political party controls both the executive and legislative branches.»

ovilja att på något sätt medverka till att brittiska domare kan komma att utöva politisk makt.[312]

Det är därför logiskt att de olika organisationer som under 1980-talet bildades för att verka för bland annat ett införande av en skriven grundlag och en rättighetskatalog i Storbritannien troligen har påverkat opinionen mer.

Bland dessa organisationer märks främst Charter 88, som bildades 1988 till minne av 300-årsjubiléet av revolutionen 1688. Organisationen, som är helt opolitisk och vars namn travesterar den tjeckoslovakiska medborgarrättsorganisationens Charta 77, driver en mängd konstitutionella reformfrågor. Dess viktigaste förslag är kanske förutom en inkorporering av ECHR och ett antagande av en skriven grundlag ett reformerat domstolsväsende, införande av ett proportionellt valsystem och en demokratisering av överhuset.[313] Flera kända jurister, däribland Lord Scarman och Geoffrey Robertson, ingår i organisationens styrelse, liksom ett antal kända kulturpersonligheter.[314]

9.5.3.3 FÖRSÄMRADES RÄTTIGHETSSTANDARDEN UNDER 1980-TALET?

Som framhållits har debatten om behovet av förändringar i den brittiska konstitutionen varit alltför mångfacetterad och kritik mot den rådande ordningen kommit från alltför många håll för att avfärdas som en ren politisk attack, med socialistiska förtecken, mot den konservativa regeringen. Ändå är det tydligt att kritiken mot systemet, mot avsaknaden av rättsliga garantier för medborgarna och rättsliga spärrar för lagstiftaren, tilltog våldsamt i styrka under 1980-talet.

Bland de kritiker som menar att den konservativa regeringen under Margaret Thatchers ledning på 1980-talet bidrog till att försämra rättigheternas ställning märks Dworkin, som hävdat att Thatcher-regeringen helt enkelt **inte värdesatte** det i hans tycke fundamentala begreppet frihet tillräckligt högt, utan konsekvent visade att detta var ett värde bland andra som ibland fick offras till förmån för andra samhälleliga värden.[315] Detta är i så fall inget unikt för just den regeringen, men Dworkins kritik skall ses mot bakgrund av den lagstiftning som Thatcherregeringen under 1980-talet införde på exempelvis yttrandefrihetsområdet och försöken att hindra utgivningen av boken Spycatcher. Dworkin betonar att även den labourregering som hade makten 1974-1979 i vissa situationer offrade fri- och rättigheter utan att detta föreföll vara motiverat, men menar att »most of the worst examples of the attack on liberty have occurred in the last decade, and Margaret Thatcher and her government are more open in their indifference to liberty than their predecessors were.»[316] Denna regering var enligt Dworkin **särskilt okänslig** för att frihet för individen hade ett egenvärde, som inte borde offras alltför lättvindigt:

312. Se närmare om nyansskillnaderna Robertson, a.a.s. 399 f med kritik mot labours hållning och Lee, a.a.s. 784 ff. Misstron mot domare som argument mot antagande av en rättighetskatalog behandlas närmare nedan i 9.5.4.1 under b. o. 9.5.4.4.
313. I en programskrift från augusti 1994 kallad Making the Democratic Revolution – The Citizen's Enquiry tonas dock kravet på en ny skriven grundlag ner, eftersom andra frågor bedöms vara viktigare.
314. Se vidare för en allmän översyn över olika konstitutionella reformförslag som förelåg vid 1990-talets början James Cornford, On Writing a Constitution, Parl.Aff. 1991 s. 558-571 samt Oliver i Parl.Aff. 1992 s. 138 f.
315. Se t.ex. Devaluing Liberty, I. on C. 8/1988 s. 7: »The sad truth is that the very concept of liberty... is being challenged and corroded by the Thatcher government.»
316. A Bill of Rights for Britain, London 1990 s. 1-2.

»... the value of liberty cannot be measured piecemeal... When liberty is judged that way, measuring the costs of its compromise case-by-case against some gain in administrative or military or diplomatic efficiency or popular approval, it must always lose. For liberty, measured in that way against the immediate aims of ordinary politics, will always seem speculative and marginal; it will always seem academic, abstract and dispensable... Thatcher's government places liberty at a much lower level, it makes freedom just another preference, just something that some people want a great deal more than most people do.»[317]

Denna regering har numera som bekant bytt ledning, och det är nog ingen överdrift att säga att den specifika kritiken mot just det konservativa partiet som särskilt frihetsfientligt hörde 1980-talet till. (I dag har torypartiet fått en något annan profil, men förknippas i hög grad med motstånd mot konstitutionella förändringar. Det område där de »frihetsfientliga» tendenserna kanske främst gör sig gällande är strafflagstiftningen[318], vilket kan förklaras med en önskan att värna lag och ordning.) Ändå förtjänar Dworkins kritik att lyftas fram här, eftersom det främst var under 1980-talet som det blev tydligt att det var svårt för den enskilde medborgaren att värna sina rättigheter när regeringen, dvs lagstiftaren, bestämt sig för att inskränka dem. Kärnfrågan i sammanhanget är vilket skydd ett system som det brittiska egentligen erbjuder mot en frihetsfientlig eller rentav despotisk lagstiftare.

9.5.4 *Närmare om diskussionen för och emot en rättighetskatalog*

9.5.4.1 BEHÖVS EN RÄTTIGHETSKATALOG?

a. Argumenten för införande av en rättighetskatalog I debatten om behovet av en rättighetskatalog i Storbritannien utkristalliserade sig tidigt några vägande argument för och emot införande av en sådan. Särskilt många nya argument har sedan egentligen inte tillkommit, även om den konstitutionella debatten breddats och blivit betydligt livligare.

Det viktigaste argumentet för införande av en rättighetskatalog är att detta skulle stärka den enskilde medborgarens rättsställning. Om en rättighetskatalog infördes i Storbritannien skulle det, hävdar förespråkarna, till skillnad från nu bli möjligt för den enskilde att inför en brittisk domstol väcka talan mot lagen och hävda att den kränker någon av hans rättigheter.[319]

Ett annat argument för ett införande av en rättighetskatalog, som hänger samman just med den enskildes reella möjligheter att effektivt tillvarata sina rättigheter under de nuvarande förhållandena, är givetvis det faktum att ECHR inte är direkt tillämplig i brittisk nationell rätt. Konventionen har aldrig införlivats i brittisk rätt och eftersom Storbritan-

317. I. on C. 8/1988 s. 8.
318. Jfr ovan i 9.4.2.5 under d. om the Criminal Justice Bill av 1994.
319. Subsidiärt kan det också hävdas att den enskildes skydd mot rättighetskränkningar från myndigheternas sida skulle bli starkare om en rättighetskatalog infördes. Visserligen finns det redan ett antal »remedies» som är tillämpliga i vissa sådana situationer, men dessa är knappast heltäckande och det är möjligt att ett införande av en Bill of Rights skulle ge medborgaren ett skydd också i de fall där den nuvarande lagstiftningen inte erbjuder någon lösning. Se till det sagda Zander, a.a.s. 27.

nien i likhet med bland annat Sverige har en dualistisk syn på förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt, innebärande att internationella konventioner inte erkänns som en del av den gällande rätten förrän de införlivats i den nationella rätten, kan den inte åberopas inför brittiska domstolar eller myndigheter.[320] Effekten härav är att den britt som anser att en Act of Parliament kränker någon av hans medborgerliga rättigheter och vill få en rättelse till stånd måste väcka talan vid ECtHR. Eftersom detta förutsätter att inhemska rättsmedel först uttömts, måste vederbörande först föra en på förhand i stort sett utsiktslös talan inför brittiska domstolar, varefter proceduren inför konventionsorganen kan inledas. Det lär därför dröja åtskilliga år innan saken slutligen prövas av ECtHR; enbart proceduren i Strasbourg tar normalt – förutsatt att kommissionen förklarar saken admissible och inte sedan når en uppgörelse med svarandestaten[321] – cirka fem år. Att den enskilde brittiske medborgaren därför kan få vänta längre tid än vad som är rimligt, innan det prövas om någon av de rättigheter han tillerkändes genom att Storbritannien ratificerade ECHR eventuellt kränkts, är något som påpekats av många kritiker.[322] En gammal brittisk rättsprincip, med rötter i Magna Charta, lyder »Justice delayed is justice denied»; man kan fråga sig hur väl denna princip uppfylls under nuvarande omständigheter.

En tredje kategori av argument går ut på att den brittiska konstitutionen är så säregen och avvikande från omvärlden att detta nödvändigtvis skapar problem i dagens värld. Den brittiska konstitutionen är så att säga inte anpassad till 1990-talets krav, varför det enligt vissa debattörer har ett värde i sig att anpassa Storbritannien till omvärlden i detta avseende.[323] Andra argument av denna typ pekar på avsaknaden av maktdelning i Storbritannien, som anses öka individens behov av skydd mot maktmissbruk[324], eller på flexibiliteten **i en rättighetskatalog**, jämfört med den traditionella brittiska ordningen, som inte anses ha anpassats tillräckligt väl till vår tids krav.[325] Detta är också ett motargument mot dem som med ett traditionellt brittiskt synsätt anser att en rättighetsförklaring i alltför hög grad ger uttryck för abstrakta principer. En domstol som givits behörig-

320. En annan sak är att brittiska domstolar, i likhet med svenska, under senare år börjat utnyttja ECHR och praxis från ECtHR som tolkningsunderlag för konkreta avgöranden; detta innebär ju inte att parterna inför domstolen kan åberopa någon artikel i konventionen. Jfr härom ovan kap. 9.2.3 under a., 9.2.4 in fine samt för svensk del kap. 16.6. Som framgår i avsnitt 9.3.1.2 tycks dock domstolarnas beredvillighet att på detta sätt låta internationell rätt påverka avgörandena i konkreta fall ha minskat under de allra senaste åren, då i stället rättighetsskyddet i common law fått något av en renässans.
321. Se närmare om denna procedur i avsnitt 12.1.
322. Se bl.a. Zander, a.a.s. 36 f, Dworkin, A Bill of Rights s. 18 o. 20 och Brennan, a.a.s. 438. Jfr även Lord Scarman, Human Rights In An Unwritten Constitution, Denning Law Journal 1987 s. 133.
323. Detta argument har i sin renaste form framförts av Lester i P.L. 1984 s. 47: »... what passes for wisdom in the United Kingdom is an ever more isolated view among the modern democracies of the nature of human rights and of their protection against the misuse of public powers.» Se även Zander, a.a.s. 27 ff. Argumentet kan i någon mån underbyggas av att Storbritannien under årens lopp relativt ofta fällts i ECtHR för brott mot ECHR; jfr nedan på s. 355 i n. 335 samt Zander s. 37 f.
324. Se särskilt Brennan, a.a. Jfr om frågeställningen ovan s. 343 o. 345.
325. Se t.ex. Zander, a.a.s. 38 o. 45, Lester, The Constitution...s. 368 och Peter Wallington, What does a Bill of Rights mean in practice?, i Do We Need a Bill of Rights? s. 48. Detta är således motsatsen till det traditionella argumentet att flexibiliteten i den oskrivna brittiska konstitutionen är dennas styrka. Jfr härom särskilt ovan kap. 9.2.2 o. 9.5.1.

het att pröva lagars förenlighet med en rättighetsförklaring kan, vilket lätt visas med exempel från ECtHR eller S.Ct. i USA, tolka de ofta ålderdomliga rättighetsreglerna så att dessa anpassas till det nutida samhällets krav, medan avsaknaden av en rättighetsförklaring i Storbritannien lämnar medborgarna helt utan rättsligt skydd mot lagstiftningen.[326] En utgångspunkt för denna diskussion är att lagstiftningen i ett modernt samhälle generellt sett i högre grad än för trettio eller femtio år sedan har en tendens att i olika avseenden beröra den enskildes rättsställning, oavsett hur pass regleringsinriktad den politiska ledningen i landet är.[327]

b. Argumenten mot införande av en rättighetskatalog De mer traditionella argumenten mot införande av en rättighetskatalog i Storbritannien, liksom mot behovet av konstitutionella förändringar överhuvudtaget, har delvis redan berörts. Skillnaden i dagens Storbritannien jämfört med tidigare är att den rådande ordningens förträfflighet ifrågasätts betydligt mer, både bland jurister, politiker och medborgare.

Trots detta är det dock givet, att motståndet mot nymodigheter i den brittiska konstitutionen ännu så länge är minst lika starkt som önskan om nymodigheter, åtminstone på politiskt håll. (Detta visas ju f.ö. redan av det skälet att inga förändringar ännu genomförts.) Även många jurister har uttryckt stark skepsis mot tanken på att införliva en rättighetskatalog i Storbritannien, ehuru de i viss mån kommit till korta i debatten mot de kanske mer engagerade jurister som kritiserat bristerna i det rådande systemet.

Vilka har då varit Bill of Rights-motståndarnas viktigaste argument? Till viss del bottnar dessa i rester av den självbelåtenhet med statsskicket som ännu en bra bit in på 1960-talet präglade det brittiska samhället. Motståndarna till en rättighetskatalog hävdar t.ex. att en sådan vore främmande för brittiska rättstraditioner, att den inte behövs eftersom rättigheterna åtnjuter ett tillräckligt bra skydd med nuvarande ordning och att den skulle sätta regeln om parlamentets överhöghet ur spel (vilket dessa traditionalister i allmänhet starkt motsätter sig). Ett besläktat argument, som framförallt anammats av vänsterdebattörer och bottnar i en viss misstro mot domares objektivitet, är som nämnts motståndet – från traditionalister i alla politiska läger – mot att anförtro domstolarna den makt de skulle kunna få därest de gavs befogenhet att åsidosätta lagar som befanns strida mot rättighetskatalogen.

Argumentet att en rättighetskatalog skulle strida mot brittiska rättstraditioner är kanske det vanligaste. De traditioner som argumentets förespråkare vill värna om kan vara både parlamentets överhöghet och det typiskt brittiska sättet att avgöra vad den enskilde har för rättigheter (»allt som inte är förbjudet är tillåtet»).[328] Dessa traditionalister menar naturligt nog också att det brittiska sättet att skydda rättigheterna är – minst – lika effektivt som de metoder vilka finns i många andra länder och även leder till större rättssäkerhet, eftersom det blir lättare för den enskilde att överblicka vilka rättigheter han i

326. Se bl.a. Zander, a.a.s. 38 och Skelly Wright, a.a.s. 315.
327. Jfr Cappelletti, The Mighty Problem...s. 438 o. The Law-Making Power s. 27, 29 o. 33, som ser en ökad lagprövningsrätt som det enda botemedlet mot denna tendens.
328. Bägge aspekterna lyftes t.ex. fram av Bill of Rights-motståndaren J.A. Jolowicz, The Judicial Protection of Fundamental Rights under English Law (The Cambridge-Tilburg Law Lectures), Deventer/Antwerpen/Boston/Frankfurt a.M./London 1980 s. 46 f.

en given situation har.[329] En given invändning häremot är att det senare kanske är en klen tröst för den som i det konkreta fallet inte tillerkänns några rättigheter alls.

När dessa Bill of Rights-skeptiker invänder att en rättighetskatalog skulle strida mot brittiska rättstraditioner, syftar de ofta mer konkret på domstolarnas sätt att arbeta och verka. De brittiska domstolarna har traditionellt **utvecklat** olika rättsprinciper genom långvarig praxis, men däremot saknar de all erfarenhet av tolkning av skrivna, överordnade rättighetsregler.[330] De är också vana vid att konstatera om någon lag förbjuder ett visst agerande, men däremot främmande för att pröva om lagen **i sig** möjligen kan vara ogiltig.

De som motsätter sig nymodigheter kommer också, bortsett från att de befarar förändringar i domstolarnas sätt att arbeta, osökt in på förhållandet mellan den lagstiftande och den dömande makten. En mycket vanlig uppfattning bland dessa mer konservativa skeptiker är att den rådande ordningen fungerar utmärkt, varför det har ett värde i sig att inte rubba den nuvarande ansvarsfördelningen. »If it ain't broken, don't fix it», som John Major sade vid tories' partikongress 1994. Lagstiftningsmakten bör finnas i det folkvalda parlamentet och ingen annanstans, och detta innebär enligt den rådande ordningens försvarare med nödvändighet att det är uteslutet att domstolarna skulle kunna underkänna en grundlagsstridig lag. Om inte fruktar man att motsättningar mellan parlamentet och domstolarna skulle bli vanliga och att de senare riskerar att bli politiserade.[331]

Sådan oro behöver inte bero på någon generell misstro mot domare eller negativ bedömning av deras förmåga att **kunna** pröva lagars förenlighet med en skriven grundlag eller rättighetskatalog.[332] Åtminstone bland konservativa bedömare är nog också en sådan direkt kritisk hållning mot de brittiska domstolarna ganska ovanlig. Däremot är detta en mycket vanlig, närmast dominerande attityd bland de »vänstersympatisörer» som deltagit i debatten och motsatt sig antagandet av en rättighetsdeklaration. Enligt detta synsätt, som fått sitt kanske tydligaste uttryck i en smått klassisk bok av John Griffith betitlad The Politics of the Judiciary, **kan** brittiska domare i allmänhet inte vara politiskt neutrala, eftersom de kommer från överklassmiljö, studerat vid elituniversitet och haft höga inkomster innan de utnämndes till domare. »This is not the stuff of which refomers are made, still less radicals.»[333] De som omfattar denna måhända något fördomsfulla uppfattning har ibland hämtat ytterligare argument från det faktum att dom-

329. Ibid och särskilt Lord Boston of Faversham, Arguments against a Bill of Rights, i Do We Need a Bill of Rights s. 23-37: »...while there may be room for improvement, the record of the United Kingdom on human rights is a good one – indeed it is exemplary.» Se även R.J. Lawrence, Rights and Remedies, i Do We Need... s. 15.
330. Jfr Zander, a.a.s. 44 f.
331. Se särskilt Lord Boston, a.a. och Lawrence a.a.s. 14.
332. Jfr t.ex. Lord Boston, a.a.s. 25 o. 35.
333. The Politics of the Judiciary, Glasgow 1977 s. 208. Se även Bingham i L.Q.R. 1993 s. 397: »Rulings on human rights, not least rulings on the lines of demarcation between one right and another, involve sensitive judgments important to individual citizens and to society as a whole. These are not judgments which unelected English (or perhaps British) judges are fitted to make, drawn as they are from a narrow, unrepresentable minority, the public-school and Oxbridge-educated, male, white, mostly protestant, mostly middle-class products of the Bar. They are judgments of an essentially political nature, properly to be made by democratically elected representatives of the people.»

stolarna i några av 1980-talets uppmärksammade fall gav regeringen rätt, bland annat vid konflikter med fackföreningsrörelsen.[334]

Några enkla motargument mot dessa oftast anförda skäl mot antagande av en rättighetskatalog bör nämnas. Att en sådan åtgärd skulle strida mot vissa engelska rättstraditioner förefaller uppenbart, men detta hindrar i och för sig inte att en rättighetskatalog kan vara önskvärd **om den behövs** för att förstärka de brittiska medborgarnas rättighetsskydd. Traditionsargumentet är således bara hållbart så länge det kan konstateras att de medborgerliga rättigheterna inte på något sätt är »hotade» eller »sitter trångt» i dagens Storbritannien.

Därmed är vi inne på Bill of Rights-skeptikernas andra huvudargument, nämligen att en rättighetskatalog är helt onödig i Storbritannien eftersom de medborgerliga rättigheterna i praktiken åtnjuter ett mycket gott skydd en sådan förutan. Detta argument har blivit mer och mer sällsynt under senare år, vilket troligen hänger samman med de många rättsprocesser under 1980-talet som fäste uppmärksamheten på att allt kanske inte stod så väl till med rättigheterna som förmodats. Dessutom bidrar kanske det faktum att Storbritannien är det land som näst oftast (efter Italien) fällts av ECtHR för brott mot ECHR till att minska argumentets tyngd.[335]

Härtill kommer emellertid enligt min mening ett än viktigare principiellt motargument, nämligen att det faktum att det möjligen kan konstateras att de medborgerliga rättigheterna i praktiken åtnjuter ett gott skydd i en rättsordning av brittisk typ inte säger något om vilket skydd medborgarna har vid den tidpunkt då lagstiftaren vill inskränka dem. Traditionalisternas hållning är här att eftersom rättigheterna alltid har respekterats lika mycket i Storbritannien som på andra håll och inte heller i dag förefaller kränkas i någon störande utsträckning, så finns det ingen anledning att befara att rättighetskränkningar kan bli vanliga i framtiden. Och vad skall vi då med abstrakta principer och främmande formella garantier för rättigheterna till? Detta synsätt bygger på en stark tilltro till de politiska institutionernas och politikernas oförvitlighet[336] samt på en uppfattning om en given historisk kontinuitet, om att statsskickets förutsättningar i grunden inte förändras, trots att en viss yttre samhällsutveckling sker. En bedömning av rättighetsskyddets nivå som utgår från medborgarnas faktiska möjligheter att hävda sina rättigheter gentemot den lagstiftare som vill inskränka dem förefaller faktiskt mer realistisk.

Argumentet om det olämpliga i att tillerkänna domstolarna alltför stor makt kommer, från en specifikt brittisk utgångspunkt, att behandlas närmare nedan i 9.5.4.4. Här skall bara i all korthet påpekas att det givetvis går att anföra åtskilliga exempel under årens lopp, liksom under 1980-talet, på att brittiska domstolar med de medel som stått till buds **skyddat** enskildas rättigheter. Att utgå från att domstolarna alltid kommer att ta

334. T.ex. Ewing/Gearty, a.a.s. 270-71. Jfr ovan kap. 9.4.2.5 under b. om Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, 1985 A.C. 374, House of Lords' avgörande rörande förbudet mot facklig verksamhet vid GCHQ.

335. Vid utgången av 1993 hade Storbritannien fällts i ECtHR 31 gånger (eller 30, beroende på att ett visst fall kan uppfattas både som att kränkning av ECHR konstaterades och att så inte var fallet). Italien hade vid samma tidpunkt fällts inte mindre än 79 gånger!

336. Vad Lee, a.a.s. 783, kallar »a »good chaps» theory of government»: »We can rely on the politicians to be good chaps... We do not need formal restraints. Members of Parliament have consciences and they want to get reelected. Those are two incentives to good behaviour and two safeguards against abuse of their theoretically unlimited power.» Se närmare kap. 20.

parti för regeringen mot enskilda förefaller därför vara överdrivet.[337] Dessutom verkar det omotiverat att utgå från att just brittiska domare skulle vara särskilt olämpliga att bedöma om en lag strider mot någon form av rättighetsförklaring eller grundlag. Det faktum att brittiska domare är vana vid en något annan teknik än detta skulle förutsätta gör det knappast helt omöjligt för dem att tillägna sig denna nya teknik, som är naturlig för domare i en mängd andra länder.[338] Dessutom visar erfarenheterna från USA att även om det kan ta lång tid innan domstolarna börjar hantera en rättighetskatalog regelbundet, på ett sätt som säkerställer dess rättsliga primat, så är detta inget skäl att misströsta; i USA dröjde det till början av 1900-talet innan huvuddelen av Bill of Rights ansågs vara bindande även för delstaterna.[339] När de rätta förutsättningarna föreligger, är det självklart att en rättighetskatalog, vars tillämpning ankommer på domstolarna, kan vara ett effektivt verktyg för att stärka medborgarnas rättsliga skydd gentemot staten, trots att det kan ta lång tid för domstolarna att vänja sig vid att använda den.

9.5.4.2 INFÖRLIVANDE AV EUROPAKONVENTIONEN ELLER UTARBETANDE AV EN NY TEXT?

Frågan om vilken form den eventuella rättighetskatalogen bör få – dvs i praktiken om en ny rättighetskatalog skall utarbetas eller om ECHR skall inkorporeras i den brittiska rätten – kan förefalla akademisk innan det visar sig om det överhuvudtaget finns en realistisk politisk möjlighet att i Storbritannien anta en rättighetskatalog. Ändå bör några ord sägas om denna speciella fråga, för att belysa de svårigheter som de olika alternativen kan erbjuda.

I doktrinen råder nära nog enighet om att det enklaste vore att införliva ECHR i den brittiska rätten.[340] Fördelarna med detta alternativ är uppenbara: Storbritannien har redan anslutit sig till konventionen och förbundit sig att respektera den, varför ett införlivande av den i nationell rätt inte borde kunna vara kontroversiellt ur materiell, innehållsmässig synvinkel. Även om utarbetandet av en ny text möjligen skulle kunna innebära en högre grad av anpassning till specifikt brittiska förhållanden, så är det inte säkert att slutresultatet skulle bli en »bättre» eller fullständigare text än den som finns i ECHR. Dessutom skulle utarbetandet av en ny text ta betydligt längre tid och med all sannolikhet leda till större oenighet mellan olika parter om innehållet.[341] (Det faktum att de flesta andra länder som ratificerat ECHR också har andra nationella rättighetsregler förklaras av att dessa till skillnad från Storbritannien har skrivna grundlagar, där regler om medborgerliga rättigheter ingår som en självklar del; detta talar alltså inte mot att ett införlivande av ECHR borde kunna vara tillräckligt för Storbritanniens del.) Det kan också noteras att flertalet förslag från politiska partier och opinionsbildande grupper gått ut på ett införlivande av ECHR snarare än på utarbetande av någon ny text.[342]

337. Jfr Zander, a.a.s. 50 o. 54.
338. Jfr Zander, a.a.s. 61 och Brennan, a.a.s. 439.
339. Ibid samt Skelly Wright, a.a.s. 307 ff. Jfr om USA nedan kap. 10.7.
340. Jfr Zander, a.a.s. 83, Wallington a.a.s. 38 och Campbell i introduktionen till Do We Need...
341. Jfr Zander s. 83 f, Dworkin, a.a.s. 24 f, Jaconelli, a.a.s. 259 o. 264 samt Lord Wade, Introducing a Bill of Rights, i Do We Need... s. 18.
342. Vidare kan det anmärkas att samtliga förslag uppehållit sig vid de civila och politiska rättigheterna; de sociala och ekonomiska rättigheterna tycks ha avförts från dagordningen. Jfr Kingston/Imrie, a.a.s. 805 f.

En av de få avvikande meningarna i fråga om inkorporering eller antagande av en ny text har framförts av Jaconelli, som också utarbetat ett förslag till en ny rättighetskatalog. Hans två viktigaste invändningar mot ett införlivande är att ECHR innehållsmässigt passar illa in i det brittiska rättssystemet samt att det inte är säkert att de brittiska domstolar som skulle få i uppdrag att tillämpa katalogen skulle göra detta i enlighet med Europadomstolens praxis.[343]

Den första av dessa invändningar går ut på att vissa av bestämmelserna i ECHR dels är alldeles för allmänt hållna och närmast uttrycker självklarheter – slaveriförbudet, rätten att ingå äktenskap – samt att vissa av rättigheterna i ECHR är alldeles för lätta att begränsa (t.ex. yttrandefriheten och föreningsfriheten).[344] Texten i ECHR är därför enligt Jaconelli till stora delar olämplig för brittiska förhållanden. Delvis är detta samma argument som traditionalisterna anför mot varje försök till införande av en rättighetskatalog, ehuru Jaconelli inte drar samma slutsats som de av att ECHR inte tycks passa in i den brittiska nationella rätten utan i stället föreslår utarbetande av en ny rättighetskatalog.[345]

De i rättighetskatalogen ingående rättigheterna skall enligt Jaconellis förslag[346] endast kunna inskränkas genom en Act of Parliament som uttryckligen anger att lagen antas trots att den begränsar någon av rättigheterna i katalogen (s.k. *express derogation*). Detta leder över till nästa viktiga fråga i sammanhanget, nämligen vilken rättslig status som egentligen kan tillkomma en rättighetskatalog.

9.5.4.3 KAN EN RÄTTIGHETSDEKLARATION FÖRENAS MED LÄRAN OM PARLAMENTETS ÖVERHÖGHET?

Oavsett vilken form en eventuell rättighetskatalog i Storbritannien skulle komma att få, så är det ingen tvekan om att antagandet av en sådan skulle innebära en juridisk nymodighet av stora mått i den brittiska rättsordningen. Den centrala frågan är därför om en rättighetskatalog på något sätt skulle kunna ges en status av överordnad, högre rätt, så att lagar som var oförenliga med den skulle kunna åsidosättas. Detta spörsmål berör centrala principer i den brittiska statsrätten.

Antagandet av en rättighetskatalog, som på något sätt skulle få en högre status än sedvanliga brittiska lagar, strider uppenbarligen mot de grunder för den brittiska statsrätten vilka här redogjorts för: Att parlamentet får stifta vilka lagar det vill, att inget parlament kan binda sina efterföljare, varför en yngre lag alltid har företräde framför

343. A.a.s. 270 o. 275 ff. Se även Feldman, a.a.s. 87 f, som också föredrar utarbetande av en ny text framför införlivande av ECHR i brittisk rätt. Se närmare om Feldmans alternativ nedan på s. 361.
344. Jfr de vida begränsmöjligheterna i st. 2 i art. 10-11 i ECHR (se kap. 12.1).
345. Farhågorna för att de brittiska domstolarna om de fick möjlighet att tillämpa reglerna i konventionen inte skulle kunna följa med i utvecklingen och därför döma på ett annat sätt än ECtHR förefaller överdrivna. Det är visserligen riktigt att det för nationella domstolar i förhållande till ECtHR saknas en motsvarighet till art.177 i RomF, enligt vilken de nationella domstolarna kan begära förhandsbesked om innebörden av en EG-rättslig regel. Men de praktiska problemen härmed förefaller inte vara särskilt stora; som Jaconelli själv konstaterar bör engelska domstolar känna till och vid behov kunna hänvisa till redan meddelade avgöranden. Ett eventuellt införlivande innebär knappast att ECtHR inte längre skulle ha sista ordet vid tolkning av ECHR. Jfr a.a.s. 275, särskilt not 2.
346. A.a.s. 282 ff, med texten på s. 290 ff.

en äldre i händelse av konflikt dememellan, att domstolarna aldrig kan ogiltigförklara en Act of Parliament samt att statsrättsliga lagar inte anses ha högre rang än annan lagstiftning. Om då en rättighetskatalog som vore helt **förenlig** med dessa principer skulle antas borde detta rätteligen ske i form av en helt vanlig Act of Parliament, med de begränsningar detta innebär. Något sådant vore naturligtvis fullt möjligt, men en given fråga är vad det egentligen vore för poäng med detta; meningen med att införa en rättighetskatalog är rimligen att denna skall stärka medborgarnas rättsställning gentemot staten, vilket torde förutsätta att den är överordnad annan lagstiftning.

Slutsatsen är given: skall en Bill of Rights införas, så måste den för att bli meningsfull ges en form av särställning gentemot övrig lagstiftning och ett skydd mot ändring eller upphävande genom nya lagar (s.k. *entrenchment*). Den lag varigenom rättighetskatalogen införs måste bli en form av högre rätt, som inte kan ändras lika lätt som andra lagar.[347]

Eftersom det verkar högst osannolikt att doktrinen om parliamentary supremacy kommer att överges inom överskådlig framtid har förespråkarna för en rättighetsförklaring tvingats försöka hitta en lösning på detta problem. Hur skall med andra ord en lag, som för att fungera måste ges en särställning gentemot övriga lagar, kunna erhålla en sådan särställning i en rättsordning som i princip inte medger detta? Två olika svar har i doktrinen givits på denna fråga.

Enligt den vekare varianten, som låg till grund för det första förslaget i parlamentet 1978 om inkorporering av ECHR i brittisk rätt, skulle den införlivade konventionen ha företräde framför all äldre lagstiftning – vilket ju följer redan av huvudregeln – samt alla senare utfärdade lagar tolkas så att de är förenliga med konventionen/inkorporeringslagen »unless such subsequent enactment provides otherwise or does not admit (min understrykning) of any construction compatible with the provisions of this Act.»[348] Enligt detta förslag ges således lagstiftaren rätt att avvika från rättighetskatalogen dels när detta anges uttryckligen i en lag, dels när det av andra skäl befinns lämpligt (och den färdiga lagen inte av en domstol kan tolkas som om den vore förenlig med rättighetskatalogen). Möjligheten att stifta lagar som helt avviker från denna behålls således och lagstiftaren behöver inte motivera varför eller ens ange när så sker. Lösningen förefaller inte helt övertygande, varför det var logiskt att förslag till ett något starkare och effektivare skydd för den eventuella rättighetsdeklarationen snabbt kom att framföras.

De flesta deltagarna i debatten har varit helt medvetna om svårigheterna med att anta en Bill of Rights som har företräde framför alla andra, både existerande och framtida lagar. Att skapa denna form av rättsregler med högre rang är ju strängt taget en konstitutionell omöjlighet.[349] De förslag som framförts i syfte att kringgå denna svårighet har varit av i huvudsak två kategorier.

Den första – och vanligaste – uppfattningen är att parlamentet skall kunna stifta lagar

347. Se till det sagda bl.a. Zander, a.a.s. 69-70, Jaconelli, a.a.s. 155 och Anupam Chander, Sovereighty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights, Yale L.J. 1991 s. 469.
348. Lord Wade, Introducing a Bill of Rights, i Do We Need... s. 17-22.
349. Chander, a.a.s. 470 ff, menar att en rättighetskatalog borde införas efter en folkomröstning, varefter ändringar i eller avvikelser från katalogen skulle beslutas på samma sätt. Detta skulle enligt honom leda till att en form av högre rätt skapades, vilken sedan skulle kunna ges före-

som strider mot rättighetsförklaringens regler **endast när så uttryckligen anges** i den lag där avvikelsen sker. Endast om parlamentet uttryckligen förklarat i den nya lagen att denna skall gälla trots att den kan strida mot någon artikel i rättighetskatalogen (*express derogation*) skulle således den nya lagen gälla framför den lag i vilken en rättighetsförklaring gjorts till gällande rätt. Om lagstiftaren underlåtit att förklara detta, skulle med andra ord en domstol kunna åsidosätta en senare antagen lag på den grunden att lagen är oförenlig med någon av rättighetskatalogens regler. (Att dessa gäller framför äldre lagar är så att säga självklart.[350]) Katalogen skulle följaktligen få en högre rang än vanliga lagar utan att parlamentets möjlighet att stifta lagar av vilket innehåll som helst, även sådana som är oförenliga med rättighetsdeklarationen, avskaffades.

Det råder viss enighet i doktrinen om att denna lösning är konstitutionellt möjlig (även om House of Lords uttryckte tvivel 1978).[351] Vissa författare har härvidlag hänvisat till den snarlika ställning (»*quasi-higher law*») som EG-rätten har i brittisk rätt; denna har ju, genom sect. 2(1) i European Communities Act av 1972, givits företräde framför nationell rätt, men det anses ändå allmänt i doktrinen att en lag som **uttryckligen** avviker från EG-rätten inte kan ogiltigförklaras eller åsidosättas av en brittisk domstol.[352] Det här föreslagna alternativet skulle således skapa samma situation för rättighetskatalogens del.[353]

Beträffande rättighetsskyddets omfattning och effektivitet vid användningen av denna modell (»*entrenchment against implied repeal*») är det en vanlig uppfattning i doktrinen att detta system i praktiken skulle innebära ett effektivt skydd för de rättigheter som omnämns i katalogen, trots att parlamentets rätt att inskränka eller kränka dem inte avskaffats. Detta anses bero på de politiska svårigheter som det torde erbjuda för regeringen att förklara att den medvetet ämnar kränka ECHR (eller någon inhemsk Bill of Rights). En regering som öppet tillkännager sin avsikt att ignorera en i laga ordning antagen rättighetskatalog – vilken eventuellt har ett innehåll som Storbritannien är folkrättsligt förpliktat att följa – skapar enligt detta synsätt stora politiska svårigheter för sig själv (och saknar dessutom argument om lagens förenlighet med ECHR kommer att prövas av ECtHR).[354]

Det andra huvudalternativet utgår från vad som kan kallas en ny syn på parlamentets överhöghet. Enligt denna s.k. *manner and form-school* har parlamentet en begränsad möjlighet att binda framtida parlament, nämligen genom att föreskriva att lagar som

träde framför nyare lagar. Huruvida tanken är rimlig skall inte bedömas här, men det kan konstateras att Chander förefaller vara ensam om sitt förslag. Lagar som antagits efter folkomröstning anses de lege lata inte ha någon annan status än andra lagar.

350. Se bl.a. Zander, a.a.s. 70 ff, Bradley, a.a.s. 48 och Skelly Wright, a.a.s. 320-21.
351. Ibid samt Anderson, a.a.s. 38, Wallington, a.a.s. 39 och Wade/Bradley, a.a.s. 82-83.
352. Jfr härom ovan kap. 9.2.3.
353. Se förutom Zander och Bradley, a.a., bl.a. Chander, a.a.s. 468-69, Laws i M.L.R. 1994 s. 224 och Jaconelli, a.a.s. 170 ff.
354. Se t.ex. Dworkin, A Bill of Rights s. 28, Jolowicz, a.a.s. 44, Lord Scarman i Denning Law Journal 1987 s. 132, Klug/Wadham, a.a.s. 587, Skelly Wright, a.a.s. 321 och Wallington, a.a.s. 42 (som dock uttrycker viss skepsis mot skyddets reella värde). Det bör observeras att Storbritannien vid flera tillfällen jämlikt art. 15 avvikit från ECHR när detta ansetts motiverat av politiska skäl; se t.ex. i 9.4.2.5 under c. vid n. 276 om målet Brannigan & McBride v. UK.

upphäver eller ändrar en viss lag måste antas i viss form.[355] I och för sig kan även kravet på express derogation ses som en form av »*procedural entrenchment*» eller »*manner and form entrenchment*».[356] Karakteristiskt för the manner and form school är dock tanken att framtida från en viss lag – i detta fallet rättighetsförklaringen – avvikande lagstiftning måste antas i viss form (t.ex. med kvalificerad majoritet). Domstolarnas uppgift skulle sedan vara att pröva om den senare lagen antagits i vederbörlig ordning; de skulle med andra ord ha en formell lagprövningsrätt. Nu finns det, som ovan angivits, inget som tyder på att de brittiska domstolarna har någon sådan rätt.[357] Inte heller finns det något annat stöd i brittisk statsrätt (lagstiftning, praxis eller doktrin) för att denna form av entrenchment vore godtagbar.[358] Tankarna har bland annat därför en relativt undanskymd position i debatten.

En reflexion som kan göras är att så gott som samtliga deltagare i diskussionen utgått från vad som bör gälla om regeringen medvetet vill ignorera, det vill säga kränka någon rättighet. Frågan vad som bör gälla för mer normal, rättighets*begränsande* lagstiftning har så gott som inte alls berörts i sammanhanget.[359] Detta något märkliga faktum kan bero på en allmän uppfattning om att det åligger domstolarna att ta ställning till vad som är en tillåten rättighetsbegränsning respektive en förbjuden avvikelse från rättighetsdeklarationen (i de fall regeringen inte klart tillkännagivit sin avsikt att nonchalera denna). En mer kritisk förmodan är att de brittiska debattörerna varit så koncentrerade på frågan om parlamentets överhöghet att de inte beaktat den diskussion som är central i flera andra länder, nämligen i vilken utsträckning de medborgerliga rättigheterna genom lag kan **begränsas**.

9.5.4.4 FRÅGOR OM DOMSTOLARNAS STÄLLNING

Som redan framgått utgår flertalet eller så gott som alla de debattörer vilka förordat införandet av en Bill of Rights från att denna bör bli direkt gällande rätt, möjlig att åberopa inför brittiska domstolar. Det är främst av denna anledning som flera debattörer, särskilt på den politiska vänsterkanten, vänt sig mot tanken på en rättighetskatalog.

En given fråga är om det framförts några andra förslag i doktrinen om vilken rättslig ställning en Bill of Rights borde ha och om vem som borde vaka över dess efterlevnad.[360]

Åtminstone tre konkreta alternativ till att ge de vanliga domstolarna rätt att åsidosätta lagar som strider mot rättighetsförklaringen har diskuterats. Simon Lee, som delvis syns

355. Se närmare främst Chander, a.a.s. 463 f, Jaconelli, a.a.s. 166 f och Laws, a.a., vidare H.W.R. Wade, Constitutional Fundamentals s. 28-29 med kritik mot läran samt Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, Oxford 1971 s. 42-43 med närmare redogörelse för huvudtankarna i denna »lära».
356. Jfr Chander s. 463.
357. Jfr ovan kap. 9.2.3 under b.
358. Se framförallt Chander s. 466 f och Marshall, a.a.
359. Första gången denna aspekt överhuvudtaget lyftes fram i diskussionen var i ett förslag till rättighetskatalog utarbetat av Liberty (the National Council for Civil Liberties) 1993. Se härom Fransesca Klug/John Waldham, P.L. 1993 s. 582 ff.
360. En tanke, som dock så gott som helt lyser med sin frånvaro i nyare doktrin, är givetvis att rättighetsförklaringen inte borde bli gällande inhemsk rätt utan endast tjäna som vägledning för myndigheternas och lagstiftarens agerande. Det är uppenbart att detta knappast skulle innebära någon förändring jämfört med det nuvarande rättsläget, där ECHR kan sägas ha motsvarande funktion.

influerad av kritiken mot domstolarna som maktfaktor, har framfört en idé om att skapa en parlamentarisk Constitutional Committee, med uppgift att granska att lagförslag inte strider mot reglerna i rättighetskatalogen.[361] Lee menar att denna preventiva normkontroll borde organiseras på samma sätt som C.C. i Frankrike, ehuru han inte tycks förorda att kommittén får lika stort inflytande över antagandet av lagar som C.C. har.[362] Han tar dock inte direkt ställning till om instiftandet av ett sådant organ bör omöjliggöra lagprövning för domstolarnas del. Förslaget fick till en början inte något starkt gensvar i diskussionen, men däremot har under senare år en rad förslag framförts om att förstärka den preventiva normkontrollen, t.ex. genom att ge olika parlamentsutskott rätt att pröva lagförslags förenlighet med ECHR.[363]

Feldman har, inspirerad av utvecklingen i Kanada, föreslagit att en rättighetskatalog utan företräde framför andra lagar borde införas **som ett första steg**, varefter denna efter lämplig tid – han nämner här tidsrymden tjugo – trettio år – borde kunna ges någon form av »entrenchment». Fördelen härmed är enligt Feldman att brittiska jurister och allmänheten skulle få tid att vänja sig vid tanken att grundläggande rättigheter kan skyddas genom en rättighetskatalog, varefter steget till att ge denna överhöghet över Acts of Parliament borde kunna bli mer odramatiskt än om den genast gavs denna effekt. Detta är som Feldman uttrycker det »a relatively long-term solution to the immediate problem of protecting rights». Fördelarna är dock enligt honom själv stora:

> »Patience is needed but might ultimately be rewarded. Impatience, rushing into a Bill of Rights before we are ready, could simply discredit the bill and the judges who administer it. By taking things slowly, and thinking ahead, we might end up with a bill which is both functional and popular.»[364]

En fråga som inställer sig här är dock om inte Feldman överskattat de pedagogiska effekterna av den föreslagna åtgärden; skulle någon, i en rättsordning som i så hög grad som Storbritanniens förlitar sig på gamla traditioner och rättsprinciper, bry sig om och ta intryck av en rättighetsdeklaration utan reell rättslig status?

Även frågan om instiftandet av en författningsdomstol har ibland diskuterats. En sådan skulle då kunna omhänderha alla mål om lagars förenlighet med rättighetskatalogen, medan de allmänna domstolarna inte alls skulle pröva frågor om dennas räckvidd. Här kan genast konstateras att flera av de kritiska argument som rests mot att ge de vanliga domstolarna ökad makt gör sig minst lika starkt gällande mot en författningsdomstol. En sådan är också i lika hög grad som en rättighetskatalog främmande för brittisk rättstradition. En fördel skulle kunna vara möjligheten att till denna rekrytera domare med specialkunskaper om medborgerliga rättigheter och andra konstitutionella frågor. Även möjligheten att till ledamöter utse andra än jurister har diskuterats.[365] För-

361. A.a.s. 817-18. Som Lee poängterar var Anthony Lester inne på liknande tankar 1968, när Bill of Rights-debatten inleddes.
362. Jfr om C.C. ovan kap. 8.5.
363. Lester föreslog t.ex. i november 1993, vid sitt inträde i överhuset, att en form av lagråd borde införas, vars uppgift skulle vara att pröva att lagförslag inte strider mot ECHR. Se närmare om dessa förslag Ryle, a.a.s. 193 f samt särskilt om ett förslag från organisationen Liberty Francesca Klug/John Wadham, a.a.s. 584 f.
364. Se Feldman s. 87 f.
365. Se Skelly Wright, a.a.s. 319.

slaget om en författningsdomstol har dock aldrig fått någon direkt förankring i debatten.[366]

Allt tyder på att om en Bill of Rights skulle införas i Storbritannien, så är den enda realistiska rättsliga modellen enligt vilken detta kan ske att de brittiska domstolarna, trots att de aldrig tidigare haft en sådan möjlighet, ges en rätt att pröva om brittiska lagar överensstämmer med reglerna i rättighetskatalogen och att ogiltigförklara eller åsidosätta de lagar som inte uppfyller detta krav. Just detta framtidsperspektiv har dock som nämnts gjort åtskilliga jurister – inte sällan personer som i övrigt delar oron för de medborgerliga rättigheternas svaga ställning i dagens Storbritannien – skeptiska mot planerna på införandet av en Bill of Rights.

Dessa skeptiker fruktar följderna av en ökad politisk makt för de brittiska domstolarna. Att rädslan härför spelat en viss roll i den politiska debatten och haft stor betydelse för labourpartiets ställningstagande har redan nämnts. Den juridiska debatten handlar dock inte enbart om domarnas förmodade konservatism, utan berör även frågan om domstolarnas demokratiska legitimitet. Detta är således samma fråga som i USA eller Sverige, men den brittiska debatten får naturligen en viss särprägel på grund av de speciella konstitutionella förutsättningarna. Eftersom domstolarna i Storbritannien aldrig haft någon lagprövningsrätt, blir detta en diskussion de lege ferenda i betydligt högre grad än i länder där allmänna domstolar eller en författningsdomstol har en välutvecklad lagprövningspraxis.

Det från andra länder välkända demokratiargumentet – domarna är inte valda av folket och saknar därför demokratisk legitimitet, de kan inte heller avsättas osv – har dock inte dominerat debatten.[367] Den bland annat från USA så välkända debatten om domstolarnas politiska legitimitet, om judicial activism kontra self-restraint har aldrig varit fullt lika livlig i Storbritannien. Delvis kan detta kanske förklaras med att åtskilliga förslag om att en Bill of Rights skall införas i Storbritannien rekommenderat att parlamentet ändå ges rätten att avvika från denna när så bedöms vara nödvändigt.[368]

En mer specifikt brittisk fråga – även om liknande farhågor givetvis kan förekomma i andra länder – är den redan berörda misstron mot de förmodat konservativa domarna. Inom breda juridiska och politiska kretsar i Storbritannien finns en genuin oro för att domare i alltför hög grad representerar de övre samhällsklassernas verklighetssyn och därför konsekvent skulle komma att avgöra mål som berörde tillämpningen av en rättighetskatalog till nackdel för exempelvis svaga minoritetsgrupper (fångar, flyktingar, demonstranter osv).[369] Domare är enligt detta synsätt inte, för att tala med Griffith, »the strong, natural defenders of liberty».[370]

366. Ibid samt bl.a. Zander, a.a.s. 84-85.
367. Oro för att lagstiftningsfunktioner i praktiken skulle komma att övertas av domstolarna, trots att de rätteligen helt tillkommer det valda parlament som är ansvarigt inför väljarkåren har framförts bl.a. av Lord Boston, a.a.s. 35 f och Griffith, The Political Constitution, M.L.R. 1979 s. 16.
368. Jfr ovan s. 358 f om express derogation-diskussionen. Se även Zander, a.a.s. 49.
369. Se Zander, a.a. samt Ewing/Gearty, a.a.s. 270-71: »The harsh reality is that we need to be protected by Parliament from the courts, as much as we need to be protected from the abuse of executive power.»
370. The politics of the judiciary s. 214. Se även s. 212 ff: »Liberal thinking among the judiciary has, as we have seen, shown itself only occassionally and then only in minority judgments or dissents. The protection of public interest in the preservation of a stable society is how the

Griffith, som starkt influerat många debattörer med denna uppfattning, har givit en mer fullständig redogörelse för sin statsrättsliga syn i en artikel från 1979.[371] Enligt Griffiths uttalat maktpositivistiska syn är medborgerliga rättigheter inget annat än politiska krav från enskilda individer riktade mot makthavarna. All övertro på rättsregler är enligt Griffith förkastlig; dessa politiska krav kan endast uppnås på samma sätt som andra politiska krav, det vill säga genom politisk verksamhet, opinionsbildning osv (»...laws are merely statements of a power relationship and nothing more»). Maktmissbruk kan aldrig bekämpas med rättsregler, utan endast genom politisk kontroll av makthavarna.[372] Griffith tycks helt förneka möjligheten av att politiska frågor kan regleras rättsligt och rättsregler således ha ett politiskt innehåll; för Griffith är politik politik och juridik juridik och därmed basta. Denna åtskillnad kan av många uppfattas som välgörande realistisk, men kan också ses som ett uttryck för en form av önsketänkande. I verkligheten är det ofta betydligt svårare att hålla i sär juridik och politik.[373]

Ett tredje argument mot att ge domstolarna lagprövningsrätt, med de ökade befogenheter som följer härav, är risken för en politisering av domstolsväsendet. De brittiska domstolarna har traditionellt haft en hög grad av oberoende från den politiska makten, samtidigt som de saknat alla möjligheter att utöva just politisk makt. Traditionellt har också brittiska domare hållit »en låg profil» och så gott som aldrig deltagit i den offentliga debatten. De har till varje pris slagit vakt om sitt politiska oberoende. Den risk som införandet av en rättighetskatalog skulle kunna medföra är givetvis att domare i lagprövningsmål mer öppet tvingades visa sina politiska och ideologiska preferenser, varefter de skulle kunna kritiseras för att vara alltför konservativa, radikala eller liberala.[374] De mest skeptiska befarar att domarutnämningar i Storbritannien därefter skulle ske på delvis politiska grunder, ungefär som fallet kan sägas vara i USA.[375]

Häremot kan dock anföras dels att Storbritanniens och USA:s rättsordningar har väsentliga skillnader – domstolarna i USA anser sig t.ex. vara mindre bundna av prejudikat – dels att domarutnämningar i andra stater med särskilda författningsdomstolar eller inflytelserika allmänna domstolar i allmänhet inte vållat samma politiska kontroverser som just i USA. Detta är främst ett amerikanskt problem.[376]

Dessutom finns ytterligare ett skäl till varför domarna i Storbritannien inte skulle behöva politiseras om en Bill of Rights antogs. De flesta förespråkarna för en sådan har ju som vi sett hävdat att det av hänsyn till parlamentets överhöghet krävs att lagstiftaren ges en möjlighet att avvika från rättighetskatalogen när detta bedöms vara nödvändigt. Det enda krav som då uppställs är enligt förespråkarna för denna form av s.k. express

> judges see their role...The judges define the public interest, inevitably, from the viewpoint of their own class. And those interests, by a natural, not an artificial, coincidence, are the interests of others in authority, whether in Government, in the City or in the Church. Those values are the maintenance of law and order, the protection of private property...Judges are concerned to preserve and to protect the existing order.»

371. The Political Constitution, M.L.R. 1979 s. 1-21.
372. Liknande synpunkter framförs f.ö. av Bill of Rights-motståndarna Ewing/Gearty, a.a.s. 275. Här finns f.ö. också starka inslag av rent institutionella resonemang – med eko från Thayer och Learned Hand (jfr kap. 3.2.1)- syftande till att visa att domstolarna inte är rätt instans i samhället att värna medborgarnas rättigheter. Se Ewing/Gearty s. 269 ff. (Jfr Thayer, a.a.s. 156: »Under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere.»)
373. Jfr kap. 1.4.1.
374. Se t.ex. Zander s. 64 ff m.h.t. ytterligare doktrin.
375. Ibid samt Lee, a.a.s. 796 o. 810.
376. Se närmare härom nedan kap. 10.3.1.3. Jfr beträffande Tyskland ovan i avsnitt 7.7.

derogation att lagstiftaren uttryckligen anger att en viss lag skall gälla trots att den strider mot rättighetsförklaringen. Denna skulle då i praktiken få samma ställning i den brittiska rätten som EG-rätten, vilken de brittiska domstolarna inte haft några större praktiska eller principiella problem att hantera. Svårigheten för domarna att bevara sitt politiska oberoende torde då i själva verket bli mindre än i flertalet andra länder där domstolar tillerkänts lagprövningsrätt.[377] Problemet förefaller därför inte vara överdrivet svårbemästrat.

9.6 Sammanfattning

Behandlingen av Storbritanniens konstitution har i denna framställning blivit både utförlig och kritisk. Detta beror på den brittiska konstitutionens särpräglade karaktär: Avsaknaden av rättighetsförklaring gör det nödvändigt att, på ett helt annat sätt än avseende något annat rättssystem, behandla delar av den vanliga lagstiftningen för att kunna skildra de medborgerliga rättigheternas rättsliga ställning, samtidigt som den brittiska metoden att skydda rättigheterna under de senaste tjugo åren utsatts för en allt intensivare kritik, vilken det framstår som angeläget att redogöra för.

Denna debatt har nämligen stort principiellt intresse även från en svensk utgångspunkt, varför det finns anledning att återvända till den i kap. 20. Av stort intresse i detta avsnitt är att försöka bedöma framtidsutsikterna för den brittiska statsrätten. Kommer Storbritannien att fortsätta att vara något av ett konstitutionellt unikum i västvärlden, eller kommer kraven på införande av en rättighetskatalog osv att vinna gehör inom en snar framtid?

Debatten om behovet av genomgripande konstitutionella förändringar var som livligast i skiftet mellan 1980- och 90-talet. Under de allra senaste åren tycks debatten ha avstannat något och delvis fått nya förtecken, vilket främst torde bero på utgången av parlamentsvalet 1992. När torypartiet vann detta släcktes många förhoppningar om att regeringen inom överskådlig framtid skulle vara lyhörd för önskemål om konstitutionella reformer, varvid t.ex. många ideellt verkande organisationer »tappade gnistan» (eller fick indragna forskningsanslag).[378] Mot denna bakgrund kan man, som nämnts ovan i avsnitt 9.3.1.2, också se »renässansen» i praxis under de allra senaste åren för rättighetsskyddet i common law; i ett läge då rättighetsskyddet allmänt anses vara svagt, men ingenting tyder på att några konstitutionella reformer kommer att genomföras, så prövar juristerna gamla beprövade metoder för att förstärka de enskildas ställning.

Mycket talar dock enligt min mening för att detta är en tillfällig trend snarare än ett bestående rättsläge. För det första kommer troligen rättighetsskyddet i common law snart att visa sig vara för svagt för att tillfredsställa medborgarna i en modern demokrati:

377. Ibid, särskilt Zander s. 66-67.
378. Ett exempel på det senare är Center for Constitutional Reform, en organisation som under början av 1990-talet var oerhört aktiv och bl.a. utgav en informativ kvartalstidskrift som rapporterade om senaste nytt i den konstitutionella debatten, men vars verksamhet nu helt upphört. Charter 88 har under senare år haft som policy att satsa mer på utbildning och information än på direkta konstitutionella reformkrav; detta bedöms f.n. vara en mer långsiktigt verksam strategi.

Det kan överhuvudtaget inte åberopas gentemot lagstiftaren, vilket på grund av samhällets och normgivningens utveckling är den avgörande skillnaden mot förhållandena för hundra år sedan, och Spycatcheraffären visar att det inte alltid heller är särskilt verksamt gentemot de exekutiva organen.[379] Därtill kommer den principiella aspekten att domstolarna, om de genom common law skall utveckla ett rättighetsskydd som är tillfyllest för en modern demokrati, sannolikt måste ta sig stora friheter och mer än någonsin tidigare klampa in på politiskt minerad mark[380], vilket varken de politiska organen eller de många debattörer som varnat för politisering av domstolarna önskar sig. Följaktligen är det ingen alltför djärv gissning att den konstitutionella debatten i lagom tid inför nästa parlamentsval på nytt kommer att gå på högvarv (särskilt om opinionsmätningarna fortsätter att indikera ett skifte vid regeringsmakten), att de oundvikliga bristerna i det rättighetsskydd som common law erbjuder då kommer att framhållas av många debattörer, att de välkända kraven på införlivande av ECHR i brittisk rätt kommer att upprepas från flera olika håll samt att förslagen till ny brittisk konstitution kommer att dugga tätt. Denna utveckling är enligt min mening sannolik även om inga motsvarigheter till de många särpräglade rättsaffärerna under 1980-talet inträffar. Vad sedan reformkraven kan resultera i återstår emellertid att se; här kan förutses en väldig juridisk och politisk kraftmätning mellan traditionalister och förnyelseivrare.

379. Jfr ovan kap. 9.4.1.3.
380. Jfr Feldman, a.a.s. 54 f.

10 USA

10.1 Inledning

Ingen annan av de enskilda rättsordningar som behandlas i denna komparativa översikt erbjuder ett tillnärmelsevis lika rikhaltigt material som USA. Den konstitutionella rätten är på flera olika sätt ett centralt rättsområde i USA och den rättspraxis som framförallt S.Ct. under snart tvåhundra år hunnit utveckla på det konstitutionella området är närmast oöverskådlig.

Det finns flera anledningar till detta, men den viktigaste orsaken är de konstitutionella texternas stora betydelse för det amerikanska samhällets utveckling. Här är det befogat att tala både om en reell och en symbolisk betydelse.

Efter drygt tvåhundra år kvarstår konstitutionen från 1787 och Bill of Rights från 1791 i stort sett i oförändrat skick. Dessa dokument har haft stor betydelse för den rättsliga utvecklingen i USA. Av särskild vikt har därvidlag varit det faktum att S.Ct. redan 1803 slog fast sin rätt att pröva lagars förenlighet med konstitutionen.[1]

Den amerikanska konstitutionen har emellertid även i dagens USA en speciell ställning, som endast kan förstås i ett historiskt perspektiv. Alldeles bortsett från att ändringar i konstitutionstexten är svåra att göra[2], skulle den amerikanske politiker eller jurist som föreslog att den amerikanska grundlagen borde ändras och ersättas med en helt ny text knappast betraktas som seriös. Konstitutionens existens tas helt enkelt för given; den är nämligen inte en grundlag bland andra grundlagar i världen, utan – tillsammans med oavhängighetsförklaringen från 1776 – det historiska dokument där USA:s bildande som stat och denna stats rättsliga grunder lades fast. *The Constitution of the United States* är därför en symbol för konstitueringen av en ny stat – som sedermera skulle bli världens mäktigaste och för miljoner människor jorden runt symbolisera frihet och hopp – och inte en grundlag som ersatt eller modifierat någon äldre text. Konstitutionen ifrågasätts sällan; att dess bestämmelser länder till efterrättelse är självklart för de allra flesta amerikaner.[3] Denna konstitutionens specifika historiska betydelse är viktig att

1. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
2. Proceduren för ändringar i och tillägg till konstitutionen regleras i art.V. Se närmare härom nedan s. 370 f.
3. Edward S. Corwin beskrev – liksom f.ö. på sin tid den förre presidenten Woodrow Wilson – förhållandet med att det i hela USA fanns en allmän beundran, rent av dyrkan (»worship») inför konstitutionen. Se bl.a. Court over Constitution, Princeton 1938 s. 211. Trots en livlig konstitutionell debatt alltsedan dess torde detta omdöme fortfarande äga en viss giltighet. Hannah Arendt talar om »the »undiscriminating and blind worship» som medborgarna i USA känt inför konstitutionen ända sedan den antogs och framhäver särskilt att dessa känslor riktar sig mer mot själva antagandet av konsitutionen än mot texten som sådan. Se On Revolution s. 205. En

känna till för att förstå dess rättsliga status.[4]

Även denna framställning om amerikansk rätt präglas av historiens stora betydelse för statsrätten. I de övriga rättssystem som studeras här behandlas i allmänhet den historiska bakgrunden till dagens förhållanden i inledningen till respektive avsnitt. Historiens betydelse för de nuvarande reglernas utformning kan vara större eller mindre, varför de historiska tillbakablickarna beretts olika stort utrymme i olika länder. I USA är emellertid situationen annorlunda; på grund av den långa konstitutionella kontinuiteten och domstolarnas snart tvåhundraåriga lagprövningspraxis kan dagens statsrätt endast förstås i ett historiskt perspektiv.[5] På just rättighetsskyddets område är framväxten av de nuvarande reglerna – såväl i form av prejudikat från S.Ct. som i form av nya, skrivna tillägg till grundlagen – resultatet av en i princip obruten process som kan sägas ha inletts när the Bill of Rights, de första tio tilläggen till konstitutionen, ratificerades i december 1791. Att på ett någorlunda djupgående sätt skildra detta rättsområde är därför inte möjligt utan att noga redogöra för den historiska utvecklingen.

Framställningstekniskt finns då två huvudalternativ: Antingen en bred, lineär historisk skildring av den konstitutionella utvecklingen från 1776 fram till våra dagar, eller en inledande beskrivning av huvuddragen i den amerikanska konstitutionen och det amerikanska statsskicket som följs av en historisk skildring av utvecklingen på just rättighetsskyddets område. Här väljs, av uppenbara praktiska skäl, det senare alternativet.

Redogörelsen avslutas sedan med en genomgång av några viktiga bidrag till den mer teoretiska, i grunden rättspolitiska debatt om lagprövningens demokratiska legitimitet som delvis berörts tidigare.[6]

helt annan sak är däremot att en ständig rättslig debatt pågår i USA om **den rätta tolkningen** av reglerna i konstitutionen; denna debatt handlar om just de frågor som skall behandlas här, nämligen lagstiftarens möjligheter att begränsa de rättigheter som konstitutionen tillerkänner medborgarna och domstolarnas rätt att pröva om lagstiftaren därvidlag uppfyllt konstitutionens krav. Att just detta är centrala frågor i den konstitutionella debatten slog en av de främsta statsrättstänkarna vid förra sekelskiftet, James B. Thayer, fast redan 1893: »Again, where the power of the judiciary did have place, its whole scope was this; namely, to determine... whether a particular disputed exercise of power was forbidden by the constitution.» Se The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1893 s. 135.

4. Som ett tecken på konstitutionens specifika ställning kan också hänvisas till det faktum att kongressledamöter, ledamöter av delstaternas lagstiftande församlingar samt alla tjänstemän och domare (från lokala trafikdomare till ledamöter i S.Ct.) enligt art.VI st.3 skall svära en trohetsed inte till regeringen eller presidenten utan om att de skall »support this Constitution».
5. President Wilson gav en gång uttryck åt detta förhållande på följande sätt: »...the Constitution of the United States is not a mere lawyers' document: it is a vehicle of life, and its spirit is always the spirit of the age.» Se Bernard Schwartz, Constitutional Law, New York 1972.
6. Se allmänt om frågan ovan kap. 3.2 samt beträffande tysk debatt kap. 7.7 och för Storbritanniens del kap. 9.5.4.4. Motsvarande debatt inom EG-rätten – som får sin särskilda prägel av att den skrivna EG-rätten innehåller ytterst få rättighetsregler samtidigt som ECJ genom sin praxis införlivat ett stort antal rättigheter i EU:s regelsystem – behandlas nedan i kap. 11.7.

10.2 Översikt över den amerikanska konstitutionens regler, uppbyggnad och struktur

10.2.1 Inledning

Den amerikanska konstitutionen var troligen den första skrivna grundlagen i världen och definitivt den första som byggde på principen att individens rättigheter måste åtnjuta rättsligt skydd mot statsmakten, liksom den första där såväl denna princip som Montesquieus maktdelningslära kom till konkreta rättsliga uttryck.[7] Det var också den första konstitutionen i världen som slog fast att grundlagen är av högre status än vanliga lagar, varför den exempelvis inte kan ändras lika enkelt som andra lagar.[8] Följaktligen liknade den ingen annan samtida grundlag i världen. Dessutom är det ett iögonenfallande drag att grunderna i det amerikanska statsskicket ryms i inalles sju artiklar. (Att den samlade konstitutionstexten så småningom svällt avsevärt beror på den inte sällan utnyttjade möjligheten att införa tillägg, *amendments*, till grundlagen. Dessa tillägg har dock nästan aldrig inneburit några ändringar av den ursprungliga grundlagstexten.)

Ett annat iögonenfallande drag i den amerikanska statsrätten, som delvis förklarar den livliga konstitutionella debatten, är hur stor osäkerhet som ännu råder om den rättsliga innebörden av många centrala grundlagsregler. Frågor om maktdelning och tillåtligheten av olika rättighetsbegränsningar har långt ifrån lösts en gång för alla; vad konstitutionens bestämmelser egentligen innebär är ofta oklart, vilket väl delvis förklaras av att denna, med president Wilsons ord, är »a vehicle of life», vars anda alltid är »the spirit of the age».[9]

De centrala, karakteristiska inslagen i den amerikanska konstitutionen – maktdelningen, federalismen, rättighetsskyddet – kommer att behandlas närmare senare i framställningen. Först följer en allmän genomgång av grundlagens innehåll.

10.2.2 Art.I-VII

Art.I-III behandlar som nämnts i tur och ordning kongressen, presidenten och domstolarna. Att maktdelningsläran har en central roll i den amerikanska konstitutionen framgår direkt i inledningarna till respektive bestämmelse; enligt art.I skall »All legislative Powers» i USA finnas i kongressen, medan »The executive Power» enligt art.II tillkommer presidenten och »The judicial power» enligt art.III domstolarna. De lagstiftande, verkställande och dömande makterna ses uppenbarligen i konstitutionen som tre jämställda maktfaktorer vilka, till undvikande av oönskad maktkoncentration, bör fördelas mellan tre skilda, jämbördiga maktcentra. Här finns ett av den amerikanska grundlagens främsta kännetecken; maktdelningen är inte bara en vacker term eller ett honnörsord, utan en konstitutionell realitet, som i mycket präglar det amerikanska statsskicket.

7. Se t.ex. Corwin, a.a.s. 226 och Hugo L.Black, The Bill of Rights s. 869 ff. – Som vi sett ovan byggde den oskrivna brittiska konstitutionen, inte minst efter den oblodiga revolutionen 1688, på helt andra principer. Se närmare ovan kap. 9.2.
8. Ibid. Se närmare om hur tillägg till konstitutionen antas art.V. Jfr även Cappelletti/Cohen, a.a.s. 3 f.
9. Se Schwartz, a.a., anf ovan i not 5.

Den lagstiftande makten regleras således i art.I. Sect.1 i detta lagrum har följande fullständiga lydelse:

> All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Härav framgår att kongressen är den lagstiftande församlingen, som består av två kamrar, senaten och representanthuset. I de följande sektionerna – liksom i am.XVII – ges bestämmelser om valen till de bägge kamrarna.[10]

Det är också i art.I som flertalet regler om själva lagstiftningsproceduren återfinns. Reglerna om vilka typer av lagar som bör stiftas på federal respektive delstatlig nivå återfinns i sect.8 samt i sect.10.[11]

I art.II regleras presidentens roll i det amerikanska statsskicket.[12] Presidentvalsproceduren behöver inte genomgås här, men däremot kan något sägas om presidentens utnämningsmakt. Enligt art.II sect.2 st.2 är det presidenten som utnämner bland andra regeringsledamöter, ambassadörer och domare i S.Ct. Inte minst den sistnämnda befogenheten har kommit att få stor rättspolitisk betydelse.[13]

Den dömande makten, så, regleras i art.III. Enligt inledningen till denna bestämmelse skall den dömande makten finnas dels i en högsta domstol, dels i de lägre domstolar som kongressen »may from time to time ordain and establish.» Endast S.Ct. är således omnämnd i konstitutionen; övriga domstolar inrättas av kongressen.[14] En livlig debatt har mot denna bakgrund sedan länge förts i den statsrättsliga doktrinen i USA om huruvida kongressen egentligen är skyldig att inrätta några lägre domstolar.[15] För det faktum att lägre instanser **måste** finnas talar dock ordalydelsen i sect.2 st.2, där det framgår att S.Ct. endast dömer som första instans (s.k. *original Jurisdiction*) i några speciella fall (bland annat när en delstat är part i processen). Vilka ärenden som skall prövas av federala domstolar räknas upp i sect.2 st.1.[16] I samtliga andra måltyper än de där S.Ct. har original jurisdiction dömer S.Ct. enligt sect.2 st.2 som överinstans (*appellate Jurisdiction*) vilket skulle vara omöjligt om inga underinstanser fanns. Kongressen kan visserligen besluta att avlägsna möjligheten att överklaga till S.Ct. i vissa av dessa fall, sect.2 st.2 in fine, men detta måste rimligtvis innebära att kongressen i så fall är skyldig att

10. Representanthusets 435 ledamöter är valda för två år, medan de 100 senatorerna är valda för sex år; en tredjedel av senatorerna väljs dock om vart annat år, så att senatens sammansättning förnyas vart annat år (såvida inte samtliga senatorer väljs om, vilket är teoretiskt möjligt).
11. Se närmare härom nedan avsnitt 10.3.2.
12. Det framgår här och i am.XXII samt XXV att denne kan väljas för högst två fyraårsperioder samt att vicepresidenten befordras till president om presidenten avlider eller avgår. Se även am.XX sect.3.
13. Se vidare nedan kap. 10.3.1.3.
14. Enligt art.I sect.8 st.9 ankommer det på kongressen att »constitute Tribunals inferior to the supreme Court».- Detta är f.ö. samma förhållande som gäller i Sverige mellan de högsta instanserna, HD och RegR, och övriga domstolar; jfr RF 11:1.
15. Se närmare om denna diskussion nedan kap. 10.3.1.4.
16. Här märks bl.a. alla tvister mellan delstater, mellan medborgare från skilda delstater samt mål mellan en delstat och medborgare i en annan delstat. En delstat kan dock enligt am.XI inte stämmas vid federala domstolar av medborgare i en annan delstat. Se närmare om innebörden av am.XI John E. Nowak/Ronald D. Rotunda/J. Nelson Young, Constitutional Law, 2 uppl, St. Paul 1983 s. 54 ff och om bakgrunden till dess tillkomst Amar, Of Sovereignty and Federalism, s. 1471.

tillse att behöriga underinstanser finns tillgängliga för medborgarna, eftersom den fråga saken gäller annars inte alls skulle kunna prövas.

Det bör observeras att konstitutionen överhuvudtaget inte nämner domstolarnas lagprövningsrätt, varken i art.III eller någon annanstans. Att en sådan lagprövningsrätt trots allt utvecklats och fått stor betydelse beror helt på S.Ct. När domstolen 1803 i Marbury v. Madison slog fast sin rätt att åsidosätta en grundlagsstridig lag baserades det berömda avgörandet inte på någon regel i konstitutionen, utan på domstolens eget konstaterande – som i och för sig har stöd i art.VI – att konstitutionens regler hade högre rang än vanliga lagar.[17]

I art.IV märks två formellt viktiga regler, dels bestämmelser om hur nya delstater kan anslutas till USA (sect.3), dels regeln i sect.4 om att varje delstat, i likhet med federationen, skall ha ett republikanskt styrelseskick. Vidare märks diskrimineringsförbudet i sect.2, enligt vilket delstaterna måste tillerkänna medborgare från andra delstater samma »Privileges and Immunities» som dess egna medborgare. Delstaterna kan på grund av denna regel aldrig i sin lagstiftning förvägra medborgare från andra delstater rättigheter som tillkommer dess egna medborgare.[18]

I art.V regleras hur tillägg till konstitutionen skall antas. Det framgår här att intiativet till ett amendment kan komma från kongressen eller från de lagstiftande församlingarna i delstaterna. Kongressen har att föreslå tillägg till delstaterna eller, på begäran av tre fjärdedelar av delstaterna, att sammankalla en konferens, en »Convention», som kan föreslå tillägg. I bägge fallen blir dock tilläggen bara gällande som en del av konstitutionen när de ratificerats av de lagstiftande församlingarna i tre fjärdedelar av delstaterna. Någon tidsgräns är inte stipulerad. Ett en gång i vederbörlig ordning framlagt förslag förfaller därför inte utan »lever» tills det antagits av tillräckligt många delstater.[19]

Däremot anges ingenstans hur *ändringar av själva grundlagstexten* skall ske. Detta måste tolkas som att själva konstitutionen, art.I-VII, faktiskt inte kan ändras. Bestämmelser i konstitutionen kan dock i praktiken förlora sin tillämplighet när nya tillägg in-

17. Se vidare nedan kap. 10.4.2.
18. Jfr bl.a. William F. Swindler, Court and Constitution in the Twentieth Century – A Modern Interpretation, Indianapolis/New York 1974 s. 160. – Denna bestämmelse skall inte förväxlas med den s.k. *privileges and immunities clause* i am.XIV, som förbjuder delstaterna att i sin lagstiftning överhuvudtaget förvägra någon amerikansk medborgare dennes konstitutionella rättigheter. Medan bestämmelsen i art.IV förbjuder en delstat att behandla medborgare i andra delstater sämre än »egna» medborgare förbjuds i am.XIV – som framförallt syftar till att förhindra rasdiskriminering – all diskriminering mellan individer. Just the privileges and immunities clause i am.XIV har dock fått en mycket begränsad praktisk betydelse; se härom Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 414 o. 433 samt Tribe, American Constitutional Law s. 415, bägge m.h.t. praxis.
19. Det sagda illustreras bäst av am.XXVII, ett förslag från 1790-talet om kongressledamöternas lönevillkor som trädde i kraft först i maj 1992 på grund av att det först då ratificerats av tillräckligt många (38) delstater. Ett tvåhundra år gammalt förslag smälter på så sätt in i den i dag gällande konstitutionella texten, vilket är ytterligare ett bevis på historiens betydelse för och den historiska kontinuiteten i den amerikanska statsrätten. Den fullständiga texten till am.XXVII, som således blev gällande efter cirka tvåhundra år, lyder på följande vis: »No law varying the compensation for the services of the Senators and Representatives shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened.» Se närmare om bakgrunden till att tillägget antogs efter tvåhundra år och diskussionen om dess (inte längre ifrågasatta) giltighet Michael Stokes Paulsen, A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment, Yale L.J. 1993 s. 677-763, särskilt s. 677 f.

förs. Så har dock inte skett i någon stor utsträckning.[20]

En viktig bestämmelse, som i viss mån legat till grund för lagprövningsrättens utveckling, återfinns i art.VI st.2. Enligt denna är konstitutionen och de lagar som utfärdas med stöd av denna »the supreme law of the land»; innebörden av denna s.k. *supremacy clause* är dels att federala lagar i händelse av konflikt alltid har företräde framför delstatslagar[21], dels att konstitutionen är en rättskälla av högre rang än vanliga lagar.[22]

I art.VI framgår också att alla domare – både federala och delstatsdomare – liksom alla kongressledamöter, ledamöter av delstatsparlament och ämbetsmän, på federal nivå såväl som på delstatsnivå, är bundna av konstitutionen och skyldiga att respektera den samt att främja dess värden.[23] Konstitutionen är således bindande och direkt gällande rätt för samtliga amerikanska domstolar och myndigheter.[24]

Art.VII behandlar de en gång gällande förutsättningarna för ratificeringen av konstitutionen och kan förbigås här.

10.2.3 Bill of Rights och övriga tillägg

I den egentliga konstitutionstexten återfinns några regler som kan sägas garantera vissa medborgerliga rättigheter. Bland dessa märks framförallt de bestämmelser i art.I sect.9 st.3 och sect.10 st.1 som förbjuder både kongressen och delstaterna att stifta retroaktiva strafflagar (ex post facto Law) samt lagar som innebär att någon kan bestraffas för ett brott utan föregående rättslig prövning (Bill of Attainder). Vidare märks skyddet för den s.k. habeas corpus-proceduren[25], art.I sect.9 st.2 och garantin för att en jury skall pröva skuldfrågan i alla brottmål, art.III sect.2 st.3.

I huvudsak finns dock bestämmelserna om de medborgerliga rättigheterna bland de tjugosju tilläggen. Det bör dock påpekas att långtifrån alla amendments har karaktären av rättighetsregler; ett tillägg till konstitutionen kan givetvis avse vilken statsrättslig fråga som helst.

20. Se dock bl.a. art.I sect.3, som ersatts av am. XVII.
21. Se bl.a. Swindler, a.a.s. 166 f m.h.t. praxis från S.Ct. Jfr dock nedan på s. 374 om *the doctrine of enumerated powers*.
22. Jfr Cappelletti/Cohen, a.a.s. 3 f. Som S.Ct. alltsedan Marbury v. Madison tolkat art.VI innebär denna att konstitutionen har högre rang än vanliga lagar; om denna tolkning av art.VI godtas,är det troligen riktigt att som Cappelletti/Cohen hävda att den amerikanska grundlagen var den första konstitutionen i världen som gjorde en åtskillnad mellan konstitutionen, den högre lagen, och vanliga lagar, varför den lagt grunden till all lagprövning och s.k. constitutionalism som i dag finns i världen. Att begreppet högre rätt, *higher law*, som beteckning för konstitutionella regler emanerar från USA och att det haft stor betydelse för utformningen av vår tids lagprövning är ställt utom allt tvivel, men därmed är inte sagt att det nödvändigtvis kan härledas ur art.VI; denna tolkning av art.VI som den rättsliga grunden för lagprövning, judicial review är under alla omständigheter inte allmänt vedertagen. Se närmare nedan kap. 10.4.2.
23. För presidentens del gäller att han före sitt tillträde svär en ed där han bl.a. lovar att »preserve, protect and defend the Constitution of the United States. » Se art.II sect.1 in fine.
24. Här föreligger därför samma förhållande som i Tyskland, jfr art.1 st.3 GG. Se härom närmare ovan kap. 7.1.2.
25. Denna i anglosaxisk rätt så viktiga procedur kan förenklat sägas innebära en skyldighet för myndigheter att inte kvarhålla en frihetsberövad person utan godtagbar rättslig motivering; saknas en rättsligt giltig grund för frihetsberövandet måste således detta genast upphöra. Se närmare bl.a. Swindler, a.a.s. 120.

Tilläggen består av the Bill of Rights, am.I-X, och övriga tillägg. Det är emellertid inte så att alla rättighetsregler finns i Bill of Rights medan de övriga sjutton tilläggen ägnas andra områden. Bill of Rights innehåller ett antal rättighetsregler och har fått sitt namn på grund av att de tio bestämmelserna infördes samtidigt – 1791 – och då sågs som ett komplement till den egentliga konstitutionen, där rättighetsskyddet inte är särskilt omfattande.[26] Senare har emellertid även ett flertal andra rättighetsregler införts.

Om dessa skall genomgås i tur och ordning så skyddar am.I religions-, yttrande-, press- och mötesfriheten samt rätten att »petition the government», dvs att vända sig till regeringen med framställningar i allehanda ärenden. Bestämmelsen har således ett omfattande tillämpningsområde. Enligt ordalydelsen förbjuds kongressen att anta lagar som begränsar någon av dessa friheter, vilket givit upphov till periodvis intensiva diskussioner om huruvida dessa friheter överhuvudtaget får begränsas. Skall regeln tolkas bokstavligt, så att kongressen överhuvudtaget inte kan begränsa yttrandefriheten, eller har kongressen rätt att exempelvis kriminalisera förtal eller på annat sätt begränsa de rättigheter som nämns i am.I när utövandet av dem kan vara skadligt för allmänheten?[27] Givetvis **gäller inte** yttrandefriheten och de andra rättigheterna i am.I i dag oinskränkta, varför den enda rimliga slutsatsen är att regeln inte kan tolkas bokstavligt.[28]

Am.II röner i dag störst intresse på grund av att det är i denna bestämmelse som amerikanska medborgares välkända rätt att bära vapen slås fast. Detta anses således vara en medborgerlig rättighet.[29] I övrigt saknar detta tillägg, liksom am.III, reell praktisk betydelse.

Däremot har am.IV-VIII ända sedan de antogs haft stor betydelse som formella, procedurella rättssäkerhetsgarantier. Alla dessa regler ger nämligen enskilda vissa speciella rättigheter gentemot judiciella myndigheter samt vid rättegångar.

I am.IV skyddas hemfriden och den personliga friheten; omotiverade husrannsakningar och genomsökningar eller kroppsvisitationer (»unreasonable searches and seizures») är förbjudna, liksom husrannsakningar som sker utan stöd av en i behörig ordning utfärdad husrannsakningsorder (warrant), i vilken den plats och de föremål som skall granskas anges noga. Denna bestämmelse har i modern tid bland annat med framgång åberopats mot lagar som tillåtit telefonavlyssning på alltför lösa grunder.[30]

Am.V är troligen tillsammans med am.I det internationellt mest välkända tillägget. Detta beror främst på regeln om att ingen i en rättegång kan tvingas vittna mot sig själv eller svara på frågor om man därigenom skulle tvingas avslöja att man begått ett brott; denna möjlighet används ofta av ökända brottslingar, ibland också av ämbetsmän och politiker, vid rättegångar och kongressförhör.[31] Am.V rymmer emellertid ytterligare tre viktiga rättssäkerhetsgarantier, nämligen den s.k. double jeopardy clause, innebärande att ingen kan åtalas två gånger för samma brott, ett äganderättsskydd i form av ett för-

26. Se ovan i kap. 2.2.2.
27. I doktrinen hänvisas ofta till fallet Schenk v. U.S., 249 U.S. 47 (1919), där det klargjordes att am. I inte kan åberopas till stöd för rätten att i en fullsatt teater utropa ett falskt brandlarm.
28. Frågan ägnas dock ännu ett ganska stort utrymme i den statsrättsliga doktrinen. Se närmare nedan, framförallt kap. 10.14.3.2 om den fortgående debatten mellan »absolutists» och »balancers».
29. Jfr texten i am.II: »...the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed.»
30. Se bl.a. Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967).
31. Se närmare Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 252 f.

bud mot konfiskationer utan skälig ersättning samt den s.k. *due process clause*,enligt vilken ingen kan berövas liv, frihet eller egendom utan en korrekt rättslig prövning, en »due process of law». Särskilt den sistnämnda regeln har fått stor betydelse i rättspraxis.[32]

I am.VII garanteras alla tilltalade i brottmål därutöver en korrekt rättegång, en *fair trial*[33], vilket enligt bestämmelsen bland annat förutsätter en juryprövning.[34] Am.VIII förbjuder grymma och omotiverade straff, liksom obefogat höga bötesbelopp och borgenssummor.[35] S.Ct. har vid upprepade tillfällen funnit att dödsstraff inte strider mot detta lagrum.[36]

En regel som länge ansetts sakna praktisk betydelse, men vars rättsliga innebörd ändå inte är oomtvistad är am.IX. Texten i tillägget förklarar att uppräkningen i konstitutionen och tilläggen av vissa rättigheter inte hindrar att folket eller medborgarna kan ha även andra, icke omnämnda rättigheter.[37] En naturlig tolkning härav, som vinner visst stöd i kända historiska fakta[38], är att grundlagsfäderna ville slå fast att det fanns andra mänskliga rättigheter än de som räknades upp i Bill of Rights, vilka lagstiftaren inte heller kunde förfoga fritt över.[39] Däremot är det dock oklart om meningen var att även de rättigheter som inte nämns i Bill of Rights (vilka de nu är) bör ha samma eller likvärdigt skydd mot lagstiftaren som de i rättighetskatalogen uppräknade.[40]

Anledningen till att denna bestämmelse – efter att under en lång tid helt ha fallit i glömska – alltsedan mitten av 1960-talet varit omdiskuterad är att S.Ct. vid denna tidpunkt återgick till en form av substantive due process-lagprövning som tidigare varit vanlig under 1900-talets början.[41] S.Ct. förklarade i några uppmärksammade fall[42] att även andra rättigheter än sådana som nämns i konstitutionen kan ses som grundläggande medborgerliga rättigheter, vilka inte utan vidare kan in-

32. Se närmare om hur detta begrepp använts i rättspraxis under skilda perioder nedan kap. 10.8 o. 10.12.3.
33. Detta välkända uttryck används dock aldrig i bestämmelsen,som i stället talar om en »speedy and public trial», vilket förutsätter att vissa speciella krav uppfylls.
34. Jfr art.III sect.2 st.3, som alltså också garanterar att alla åtal skall prövas av jury. Enligt am.VII skall även tvistemål som rör ekonomiska krav av en viss storleksordning – 20 dollars – prövas av jury,men denna regel kan numera betraktas som obsolet. Se t.ex.Swindler, a.a.s. 214 ff.
35. Som väl är allmänt bekant tillämpas i USA ett speciellt borgenssystem, innebärande att en häktad person kan försättas på fri fot om en av rätten bestämd borgenssumma deponeras hos myndigheterna. – Am.VIII är enligt Schwartz, The great rights of Mankind s. 1, den enda regel i Bill of Rights som kan härledas ur det brittiska dokument med samma namn som antogs hundra år tidigare.
36. Vilket däremot dödsstraff som enda och obligatorisk påföljd för en viss gärning gör, Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976).
37. »The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.»
38. Se Corwin, The »Higher Law» Background of American Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1928 s. 152 f, John Hart Ely, Democracy and Distrust, Cambridge/London 1980 s. 35 o.38 och Tribe, American Constitutional Law, s. 569 ff.
39. Tribe/Dorf menar t.ex. i On Reading the Constitution (Cambridge/London 1991) s. 54 att am.IX främst är att se som en renodlad tolkningsregel, av innebörden att rättighetsbegränsningar aldrig kan motiveras enbart med argumentet att en rättighet inte nämns i konstitutionen.
40. Se bl.a. Andrzej Rapaczynski, The Ninth Amendment and the Unwritten Constitution: The Problems of Constitutional Interpretation, Chicago-Kent Law Review 1988 s. 182 ff.
41. Se närmare om innebörden härav nedan kap. 10.8, 10.11 samt 10.12.3.
42. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

skränkas av någon lagstiftare.[43] Vissa ledamöter av S.Ct. motiverade dessa avgöranden med hänvisning till am.IX, varvid en debatt blossade upp om huruvida det var rimligt att anta att am.IX verkligen skyddade andra rättigheter än de som uttryckligen nämns i konstitutionen. Vilka rättigheter var det i så fall som åtnjöt skydd av denna regel? Den traditionella uppfattningen inom doktrinen var då sedan länge att am.IX saknade självständig betydelse[44] och att den typ av friare lagprövning i förhållande till konstitutionstexten som S.Ct. hemfallit åt under perioden 1890-1937[45] för alltid spelat ut sin roll.[46]

Enligt am.X[47] hör de befogenheter som inte enligt konstitutionen tillkommer federationen till delstaterna. På samtliga områden där det inte i konstitutionen anges antingen att federationen har att lagstifta eller att delstaterna saknar lagstiftningsrätt[48], tillkommer därför lagstiftningsmakten delstaterna. Am.X måste därför ses i samband med art.I sect.8, där de områden på vilka kongressen har lagstiftningsbefogenhet räknas upp. Detta lagrum kompletteras i sin tur med ett förbud för delstaterna att vidta vissa åtgärder i art.I sect. 10.[49] I förening med art.I sect.8 och 10 innebär därför am.X att delstaternas rätt att lagstifta i olika frågor är huvudregeln och federal lagstiftning ett undantag,som måste stödja sig på en bestämmelse i konstitutionen.[50] Dessutom anses delstaterna ha en form av restkompetens att lagstifta även på de områden där lagstiftningsmakten enligt författningen tillkommer federationen, men federal lagstiftning av någon anledning inte införts.[51]

Trots att dessa bägge avsnitt av art.I är synnerligen utförliga har under långa perioder stor osäkerhet rått framförallt om omfattningen av de federala befogenheterna. Frågan är av stor betydelse, eftersom S.Ct. tidigt slog fast att the Supremacy Clause i art.VI innebär att giltig federal lag alltid har företräde framför i och för sig giltig delstatslagstiftning.[52] S.Ct. skingrade dock 1819 osäkerheten genom det viktiga och be-

43. S.k. non-interpretive review,se närmare nedan kap. 10.15.3. – De nu nämnda fallen skyddade främst rätten till privacy, dvs skydd för privatlivet och den personliga integriteten.
44. Jfr t.ex. Ely, a.a.s. 34 f.
45. Den s.k. Lochnereran; se härom närmare nedan kap. 10.8.
46. Stöd för att am.IX verkligen måste tolkas enligt sin ordalydelse, dvs som om den skyddar andra rättigheter än dem vilka nämns i konstitutionen, finns bl.a. hos Ely och Tribe, a.a.
47. Bestämmelsen lyder: »The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.»
48. Se Art.I sect.10.
49. Därav uttrycket *enumerated federal powers*. – Se närmare om federalismen i den amerikanska konstitutionen nedan kap. 10.3.2.
50. Däremot kan inga andra begränsningar av den federala lagstiftningsmakten än de som följer av art.I sect.8 utläsas direkt ur am.X; jfr t.ex. Justice Stone i U.S. v. Darby Lumber Co., 312 U.S. 100 (1941): »The Amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered.» – Här finns en principiell skillnad jämfört med Tyskland, där federala lagar är den enda tillåtna regelformen i många fall medan delstaterna på andra områden har rätt att lagstifta i den mån federationen inte utnyttjat sin rätt att lagstifta. Se art.70-75 i den tyska grundlagen samt ovan kap. 7.2.1.1.
51. Jfr Tribe, a.a.s. 225. En effekt av detta system, med långtgående lagstiftningsbefogenheter för respektive delstat, är naturligtvis att lagar på ett visst område kan ha starkt varierande innehåll i olika delstater. Skillnaderna mellan delstaterna härvidlag är sannolikt betydligt större än i Tyskland. Jfr ovan kap. 7.2.1.1.
52. Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824). De stadganden som framför andra skapat osäkerhet är »the Commerce clause» i sect.8 st.3, som ger federationen rätt att reglera mellanstatlig handel och »the necessary and proper clause» i sect.8 st.18, som tillerkänner kongressen vida men helt ospecifiserade lagstiftningsbefogenheter.

römda avgörandet McCulloch v. Maryland.[53]

Bakgrunden till avgörandet var en fråga som i sig berörde maktdelningen mellan federationen och delstaterna. »Federalisterna», det politiska parti som ville ha en stark centralmakt, föreslog kort efter konstitutionens antagande att en federal bank skulle instiftas. En sådan grundades också i slutet på 1790-talet trots hårt motstånd från republikanerna med Thomas Jefferson i spetsen, vilka ville att delstaterna skulle behålla så många befogenheter som möjligt. Bankens verksamhet avbröts 1811, men återupptogs 1816. Ett avdelningskontor fanns i Baltimore, Maryland, där en delstatslag antogs som innebar att banken skulle betala skatt till delstaten för sin sedelutgivning. Avdelningsföreståndaren, McCulloch, vägrade detta, varvid staten Maryland väckte talan mot banken. På grund av sin original jurisdiction (se art.III) i mål där en delstat är part prövade S.Ct. målet som första instans. För att avgöra målet måste domstolen först pröva giltigheten av den nationella banklagstiftningen; om denna stred mot sect.8 st.18 hade Maryland uppenbarligen inte »kränkt» federationens legitima makt och därmed inte överträtt sina befogenheter. Den enhälliga domstolen fastslog emellertid genom Chief Justice Marshall att the necessary and proper clause gav kongressen vidsträckta befogenheter att vidta de åtgärder som krävs för att förverkliga viktiga nationella målsättningar. De kriterier som därvidlag skulle vara avgörande beskrevs med en välkänd formulering: »Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consistent with the letter and the spirit of the Constitution, are constitutional.»[54] Eftersom den federala regeringen enligt konstitutionen hade rätt att »lay and collect taxes; to borrow money; to regulate commerce; to declare and conduct a war; and to raise and support armies and navies»[55] så innebar instiftandet av banken bara att kongressen skaffade sig de resurser som behövdes för att uppnå de mål vilka innefattades i de i konstitutionen uppräknade befogenheterna. Det avgörande för om en federal lag var giltig enligt the necessary and proper clause var emellertid enligt S.Ct. inte att den var **absolut** nödvändig för att uppnå något av dessa mål, utan att den föreföll ägnad att uppnå målet och så att säga inte främjade för federationen förbjudna eller illegitima mål.

Alla delstater fann sig inte utan vidare i McCulloch v. Maryland. De ganska vidsträckta befogenheter – »implied powers»[56] – som the necessary and proper clause enligt S.Ct. ger kongressen var inte förenliga med flera delstatsregeringars uppfattning om federalismen och konstitutionens innebörd. Under åren efter 1819 kom därför flera nya viktiga mål att prövas av S.Ct.[57] Inte heller efter inbördeskriget var frågan om fördelning av makt mellan federation och delstater slutligt löst; under en lång period bidrog då även S.Ct. genom en ändrad praxis till att skapa osäkerhet.[58] I sina huvuddrag består dock McCulloch v. Maryland ännu som ett vägledande prejudikat.

Övriga tillägg kan indelas i några huvudgrupper. Sålunda behandlar am.XII, XX, XXII och XXV presidenvalet, förhållandet mellan presidenten och vicepresidenten samt förhållandet mellan presidentämbetet och kongressen när presidenten avlidit eller blivit oförmögen att fullgöra sina uppgifter. Am.XV, XIX, XXIV och XXVI är rösträttsregler, vilka stadgar att rösträtten inte får inskränkas

53. 17 U.S. 316 (1819).
54. 17 U.S. s. 421.
55. Ibid s. 407.
56. Se t.ex. Tribe, American Constitutional Law s. 227 ff och Cappelletti/David Golay, The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration, i Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler, Integration through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 1, Book 2, Berlin/New York 1986 s. 280.
57. Se om denna utveckling bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 19 o. 128 ff och Hjalte Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht/Boston/Lancaster 1986 s. 130 ff, bägge m.h.t. praxis.
58. Se närmare nedan kap. 10.7.

för någon amerikansk medborgare på grund av dennes ras, kön, inkomst eller ålder (ehuru arton år är den ålder som krävs för att få rösträtt,am.XXVI). En tredje grupp utgörs av am.XIII-XV, de tillägg som infördes efter amerikanska inbördeskriget i syfte att förbättra den svarta befolkningens levnadsförhållanden.

Övriga, nu icke nämnda tillägg kan förbigås i den fortsatta framställningen, men något måste redan här sägas om am.XIII-XV.[59] Som framgår av uttrycket Civil War Amendments infördes dessa mot bakgrund av det amerikanska inbördeskriget, som pågick i början av 1860-talet. De antogs kort efter krigsslutet i syfte att förbättra den svarta befolkningens levnadsvillkor. I am.XIII förbjuds slaveri helt, medan am.XV fastslår att ingen kan förvägras rösträtt på grund av sin ras eller hudfärg. Dessa regler har mera sällan givit upphov till några tolkningstvister. Desto mer omdiskuterad har däremot am.XIV under vissa perioder varit.[60] I sect.1 i detta lagrum förbjuds delstaterna att inskränka de rättigheter (»Privileges or immunities») som enligt konstitutionen tillkommer amerikanska medborgare, att förneka någon person »equal protection of the laws» – ett diskrimineringsförbud således[61] – samt att beröva någon person liv, frihet eller egendom utan »due process of law».[62]

Syftet med de nya tilläggen, att förbättra de svartas levnadsvillkor genom en av förbättring av deras rättighetsskydd, kan förklaras närmare. När Bill of Rights antogs 1791 togs det för givet att bestämmelserna bara var förpliktande för de federala organen. Detta framgår möjligen indirekt av att delstaterna överhuvudtaget inte nämns i am.I-X, men följde framför allt av rättighetskatalogens bakgrund och tillkomsthistoria.[63] Härav följde att delstaterna inte ansågs vara skyldiga att i sin lagstiftning respektera eller garantera de rättigheter som alla medborgare åtnjöt enligt Bill of Rights. Amerikanska medborgare kunde därför åberopa dessa rättigheter gentemot federala lagar och inför federala domstolar och myndigheter, men inte gentemot delstatslagar eller inför delstatsmyndigheter som inte respekterade dem.[64] Vilket rättighetsskydd en enskild individ hade be-

59. Se närmare om dessa nedan kap. 10.6-8.
60. Se avsnitt 10.7.
61. Enligt ordalydelsen i am.XIV krävs bara att delstaterna inte förvägrar någon person »within its jurisdiction» s.k. equal protection of the laws. S.Ct. slog dock 1923 i Kentucky Finance Corp v. Paramount Auto Exchange, 262 U.S. 544 (1923) fast att även personer som inte fysiskt vistas i delstaten men ändå på något sätt berörs av en delstatslag kan åberopa regeln om equal protection mot delstaten.
62. Regeln måste ses i samband med vissa andra bestämmelser i konstitutionen. I art.IV sect.2 framgår t.ex. att delstaterna inte kan diskriminera medborgare från andra delstater genom att vägra att tillerkänna dem samma rättigheter som den egna delstatens medborgare har enligt delstatens lagar (jfr ovan s. 370 i not 18). Avsikten med am.XIV är dock att delstaterna överhuvudtaget inte i sin lagstiftning får inskränka någon amerikansk medborgares konstitutionella rättigheter. Vidare finns ett identiskt likalydande skydd för liv, frihet och egendom i am.V, som antogs redan 1791. Detta ansågs dock aldrig vara bindande för delstaterna, varför syftet med att införa detta skydd även i am.XIV var att enskilda skulle kunna åberopa det även gentemot delstaternas myndigheter och domstolar. Kravet på equal protection saknade däremot motsvarighet i äldre bestämmelser.
63. En av orsakerna till att Bill of Rights infördes var ju att delstaterna såg den som ett värn mot federationens maktbefogenheter och som en garanti för att inga för delstaterna oacceptabla federala lagar skulle införas. Jfr t.ex. preciseringen i am.X av vad uppräkningen av de federala lagstiftningsbefogenhetrna i art.I sect.8 skall ha för innebörd. Se närmare ovan i 2.2.2.
64. S.Ct. klargjorde f.ö. att så var fallet i avgörandet Barron v. Mayor of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833). Se närmare nedan kap. 10.5.

rodde därför till stor del på innehållet i lagstiftningen i den delstat där vederbörande hade sin hemvist.

Avsikten med utformningen av sect.1 i am.XIV kan därför sägas ha varit att inkorporera Bill of Rights i delstaternas lagstiftning och så att säga göra dem till en sorts minimirättigheter, som gäller i hela USA. Enskilda delstater kan därigenom inte ha ett **sämre** rättighetsskydd än det som amerikanska medborgare genom Bill of Rights – och konstitutionen i övrigt – tillerkänns på federal nivå[65]; däremot kan de givetvis anta lagar som jämfört med konstitutionen erbjuder ett utvidgat rättighetsskydd. Eftersom åtskilliga delstater vid den tidpunkt då am.XIV antogs tillämpade lagar som på olika sätt var diskriminerande mot svarta personer, antogs åtgärden verksamt kunna bidra till att förbättra de svartas rättsställning. Det skulle dock komma att dröja åtskilliga år innan inkorporeringen blivit verklighet.[66]

10.2.4 Rättigheternas giltighetsområde

Vilka personkategorier skyddas av de olika rättighetsreglerna? Här måste distinktioner göras mellan amerikanska och utländska medborgare, respektive mellan fysiska och juridiska personer.

Enligt am.XIV är alla personer som är födda eller naturaliserade i USA dels amerikanska medborgare, dels medborgare i den delstat de bor i.[67] Den som inte uppfyller kraven på amerikanskt medborgarskap räknas enligt gällande amerikansk rätt som utlänning. I flertalet fall kan man dock räkna med att medborgare och utlänningar med permanent uppehållstillstånd har ett likvärdigt rättighetsskydd.[68] Beträffande tillfälliga besökare och andra utlänningar gäller enligt fast praxis från S.Ct. att lagstiftning som gör åtskillnad mellan amerikanska medborgare och utlänningar inte godtas om åtskillnaden sker med utgångspunkt från tvivelaktiga kriterier (s.k. *suspect classification).*[69] Åtskillnad som har sin grund i godtagbara indelningsgrunder är däremot tillåten.[70] Delstaterna saknar helt möjligheter att särbehandla utlänningar, eftersom detta skulle inkräkta på kongressens rätt enligt art.I sect.8 st.4 att lagstifta i invandrar- och medborgarskapsfrågor.[71]

65. Se allmänt om syftet med am.XIV och om hur den inledningsvis tolkades av S.Ct. bl.a. Tribe, a.a.s. 415 ff och Henry J. Abraham, Freedom and the Court, 4 uppl, New York/Oxford 1982 s. 28 ff.
66. Se närmare härom nedan kap. 10.7-8. – Det kan anmärkas att am. XIV sect. 1 också fastslår att alla amerikanska medborgare är medborgare både i federationen och i den delstat där de är bosatta (s.k. *dual citizenship*).
67. USA har historiskt sett alltid varit ett invandringsland och am.XIV uppställer inga direkta hinder för invandrares förvärv av amerikanskt medborgarskap; det enda kravet är att invandraren skall ha naturaliserats, vilket väl så gott som alltid kan anses ha skett efter en viss tids vistelse i landet. Närmare bestämmelser om krav för amerikanskt medborgarskap ges dock i vanliga lagar, vilket f.ö. följer av art.I sect.8 st.4 och av att kongressen enligt am.XIV sect.5 har rätt att införa den lagstiftning som behövs för att förverkliga eller genomdriva stadgandena i tillägget.
68. Se närmare Nancy C. Johnson, Vereinigte Staaten von Amerika, i Grabitz, Grundrechte in Europa und USA s. 923.
69. Ibid. Se vidare om detta begrepp nedan kap. 10.12.
70. Ibid m.h.t. praxis.
71. Ibid. Beträffande rättsläget för minderåriga respektive ofödda, hjärndöda och andra existenser i »the margins of human life» kan hänvisas till Elizabeth G. Patterson, Human Rights and Human Life: An Uneven Fit, Tul.L.Rev. 1994 s. 1527-1561.

Vad gäller juridiska personer märks till en början att offentligrättsliga juridiska personer – städer, myndigheter, valkretsar med flera – överhuvudtaget inte kan åberopa några rättighetsregler.[72] Privaträttsliga juridiska personer – företag, föreningar osv – räknas däremot som »persons» i den bemärkelse som avses i am.V o. XIV, varför de kan åberopa skyddet i dessa bägge tillägg mot egendomsberövande utan due process of law.[73] De har i praxis också tillerkänts yttrandefrihet och skydd enligt am.IV mot husrannsakningar och -genomsökningar som genomförts utan att en warrant utfärdats.[74] S.Ct. har dock i flera avgöranden, främst rörande yttrandefrihet[75] slagit fast att det faktum att juridiska personer tillerkänts vissa rättigheter inte nödvändigtvis innebär att de har samma rättighetsskydd som fysiska personer.[76]

10.3 Närmare om vissa statsrättsliga huvuddrag

10.3.1 Maktdelning. »Checks and balances»

10.3.1.1 ALLMÄNT

Den som talar om maktdelningen i den amerikanska konstitutionen kan syfta antingen på fördelningen av makt mellan federationen och delstaterna eller på fördelningen av makt mellan de olika federala organen. Detta är så att säga de två former av maktdelning som ryms i konstitutionen och som hela det amerikanska statsskicket är uppbyggt kring.

Maktdelningen på federal nivå, mellan kongressen, presidenten och domstolarna (främst S.Ct.) är som nämnts konsekvent genomförd i konstitutionen (art.I-III). Frågan är vad dessa regler närmare besett innebär för de olika organens befogenheter.

Den amerikanska modellen för maktdelning mellan de federala organen sägs ofta utgöra ett system för »*checks and balances*»; härmed avses att makten är delad mellan de viktigaste federala organen, vilket skapar en önskad maktbalans, samt att de tre viktigaste institutionerna har vissa möjligheter att kontrollera varandra. Presidenten, kongressen och S.Ct. är strikt åtskilda och oberoende av varandra, samtidigt som de inte saknar kontrollmöjligheter sinsemellan[77]; de är så att säga samtidigt beroende och oberoende av varandra.[78]

Maktdelning i den strikta, amerikanska bemärkelsen betecknar emellertid också något annat, nämligen motsatsen till en parlamentarisk styrelseform. Den verkställande makten behöver i USA inte ha stöd för sin existens i den lagstiftande församlingen, i motsats till vad fallet är i parlamentariskt styrda länder. Konkret tar sig detta uttryck i att presidenten är direktvald och **själv tillsätter sin**

72. Johnson, a.a.s.924 f.
73. Ibid samt Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 416.
74. Ibid.
75. Se Johnson s. 925 f m.h.t. praxis.
76. Ett exempel är Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), där S.Ct. slog fast att yttrandefriheten för juridiska personer inte innebär att regler som förbjuder företag att ge obegränsat stöd till kandidater i politiska val strider mot am.I. Avgörandet motiverades bl.a. med risken för korruption om exempelvis presidentkandidater var fria att ta emot obegränsade penningbelopp i kampanjstöd.
77. Jfr t.ex. Archibald Cox, The Role of the Supreme Court in American Government, Oxford 1976 s. 24.
78. I doktrinen beskrivs ofta detta förhållande med termen *institutional interdependence*; se t.ex. Tribe, American Constitutional Law s.17. En annan term som väl beskriver konstitutionens anda är *the inter-institutional tension*; se Perry, The Constitution, The Courts and Human Rights s. 135.

regering, som således inte behöver ha stöd i kongressen.[79]

De största tvistefrågorna och de mest svårlösta problemen vid upprätthållandet av denna maktdelning gäller om presidentens beslut i vissa frågor kan innebära att han i realiteten utövar lagstiftningsmakt[80], samt omfattningen av domstolarnas lagprövningsrätt. Innan kongressen, presidenten och S.Ct. i tur och ordning behandlas närmare kan ytterligare något sägas om förhållandet mellan utövandet av exekutiv och lagstiftande makt.

Huvudregeln är givetvis enkel och klar; kongressen stiftar lagar, medan presidenten styr riket. Enligt regler i konstitutionen skall kongressen i vissa fall konsulteras av presidenten innan denne fattar olika beslut, liksom presidenten skall skriva under av kongressen antagna lagförslag innan dessa blir gällande. Detta är dock enbart smärre modifikationer av huvudregeln, vilka sällan vållar några tillämpningssvårigheter i praktiken. Större problem uppstår om kongressen eller presidenten så att säga trampar in på varandras domäner, utöver vad konstitutionen i några klart avgränsade fall medger. Särskilt stort är problemet för presidentmaktens del; medan kongressen mera sällan får möjlighet att utöva reell exekutiv makt, kan flera fall tänkas då presidenten fattar beslut som i realiteten snarast är av lagstiftningskaraktär.[81]

Ett välkänt fall som i viss mån anger var gränserna för presidentens befogenheter går, i förhållande till kongressens lagstiftningsmakt, är det s.k. Steel Seizure Case.[82]

Frågan i målet gällde om president Trumans beslut 1952 att förstatliga samtliga amerikanska kolgruvor – i syfte att undvika en strejk som kunde ha hindrat USA:s för Koreakriget nödvändiga stålproduktion – var grundlagsenligt.[83] När beslutet blev föremål för rättslig prövning motiverade inte Vita Huset det med hänvisning till något enskilt stadgande i konstitutionen utan genom en tolkning av art.II, enligt vilken denna innefattar en rätt för presidenten att i krigstid eller nationella nödlägen vidta de åtgärder som krävs för att avvärja kriser av skilda slag, åtminstone så länge åtgärderna inte uttryckligen förbjudits av kongressen.[84] Från de berörda stålbolagens sida hävdades att presi-

79. Art.II sect.2 st.2. – Som framgår av detta lagrum måste regeringsledamöterna godkännas av senaten, men detta är närmast ett formellt krav; senaten prövar möjligen ministrarnas personliga lämplighet för deras uppdrag, men saknar möjlighet att hindra utnämningar enbart p.g.a. någons politiska uppfattning. Här finns f.ö. den kanske största skillnaden mellan de amerikanska och franska författningarna, såvitt gäller förhållandet mellan presidenten och den lagstiftande makten; även i Frankrike utnmämns regeringen av presidenten, men den franska regeringen måste enligt art.49-50 i konstitutionen också ha stöd i nationalförsamlingen. (Att senatens granskning kan bli besvärande för de kandidater till regeringsposter som av skilda skäl förefaller vara mindre lämpade för uppdraget visas dock i viss mån av exemplet med den av president Clinton föreslagna justitieministern Zoe Baird, som i januari 1993 valde att inte tillträda posten efter att ha utsatts för senatens kritiska granskning av tidigare begångna oegentligheter (i form av anlitande av illegal arbetskraft i hemmet)).
80. Frågan är med andra ord när presidentens legitima utövande av exekutiv makt i praktiken övergår i ett illegitimt utövande av lagstiftande makt.
81. En uppräkning av presidentbeslut före 1980 som haft karaktären av, eller gränsar till stiftande av lag ges av Jesse H. Choper i Judicial Review and the National Political Process, Chicago/London 1980 s. 321 f. Bland de fall Choper anger märks flera uppmärksammade politiska beslut, bl.a. president Kennedys beslut 1962 om att alla federala myndigheter aktivt måste bidra till att på olika sätt motverka rasdiskriminering. Se även Tribe, a.a.s. 213 ff.
82. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).
83. Se närmare om bakgrunden till beslutet särskilt Bernard Schwartz, American Constitutional Law, Cambridge 1955 s. 188-89.
84. S.k. inherent executive power eller absolute prerogative; se närmare om denna doktrins uppkomst och bakgrund Schwartz, a.a.s. 191 f. Se även Choper, a.a.s. 317 ff.

dentens beslut var olagligt eftersom det krävde lagform och därför endast kunde fattas av kongressen.[85]

S.Ct. fann i sitt avgörande att presidenten saknade rätt att meddela ett beslut av detta slag. I avsaknad av uttryckligt konstitutionellt stöd för presidentens handlande gav inte am.II honom rätt att besluta om förstatligande av privat egendom. En domare framhöll att om presidentens argumentation godtogs skulle detta helt urholka kongressens lagstiftningsmakt.[86]

Avgörandet har i doktrinen allmänt tolkats som ett stöd för den strikta maktdelningens princip.[87] Ur avgörandet bör kunna utläsas ett definitivt förbud för presidenten att ens i nationella krislägen så att säga »ta lagstiftningsmakten i egna händer». Enligt S.Ct. kan det inte heller utläsas ur olika stadganden i art.II – som att presidenten t.ex. är överbefälhavare och ansvarig för verkställandet av federala lagar – att presidenten är behörig att fatta beslut av detta slag så länge kongressen inte stiftat en lag som direkt förbjuder detta. En annan sak är att kongressen i viss mån kan **delegera** lagstiftningsmakt till såväl presidenten som andra exekutiva organ; avgörandet i Steel Seizure Case säger ingenting om huruvida presidenten under sådana förutsättningar lagligen skulle kunna fatta motsvarande beslut som i detta mål ansågs grundlagsstridigt. Därutöver är avgörandet ett exempel på domstolarnas makt; den dömande makten, här företrädd av den högsta instansen, är uppenbart behörig att avgöra om presidenten överträtt sina konstitutionella befogenheter.[88] Fallet visar också att såväl den lagstiftande som verkställande makten är skyldiga att rätta sig efter den dömande maktens utslag.[89]

85. Bolagen menade således inte att beslutet var olagligt för att det stred mot t.ex. am.V; de bestred inte att kongressen hade varit behörig att stifta en lag med motsvarande innehåll och regeringen försäkrade f.ö. vid förhandlingarna inför S.Ct. att beslutets genomförande förutsatte att gruvägarna fick skälig kompensation. För en allmän diskussion om och bakgrund till avgörandet kan hänvisas till Maeva Marcus, Truman and the Steel Seizure Case – The Limits of Presidential Power, New York 1977.
86. Justice Burton, 343 U.S. s. 659.
87. Se t.ex. Schwartz, a.a.s. 195.
88. Jfr Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 225 (vilka ser en rak linje från Marbury v. Madison 1803 till Steel Seizure Case) och Schwartz, a.a.s. 204 ff. Jfr även Marcus, a.a.s. 228: »The paramount importance of the *Steel Seizure* decision lies in the fact that it was made. The Supreme Court, by invalidating an act of the President, helped redress the balance of power among the three branches of government and breathed new life into the proposition that the President, like every other citizen, is »under the law».» Choper anser detta vara principiellt felaktigt och menar att frågor av detta slag borde vara *non-justiciable*, dvs inte kunna bli föremål för domstolarnas prövning (hans s.k. Separation Proposal, se närmare a.a.s. 319 ff). Detta är dock ett uttalande de lege ferenda, som f.ö. inte fått något stort gensvar i doktrin eller praxis. En annan sak är att en s.k. *political question doctrine* härskar i USA, enligt vilken domstolarna inte skall avgöra vissa rent politiska frågor; se närmare nedan i 10.3.1.4 under d.
89. Tvister om tolkningen av konstitutionens maktdelningsschema avgörs sålunda av domstolarna. Jfr bl.a. Choper, a.a.s. 63. Se allmänt om denna och andra maktdelningsfrågor samt för en översikt över doktrin och rättspraxis Linda S. Mullenix, Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Powers, Minn.L.Rev. 1993 s. 1290 ff. – Ett annat avgörande som pekar i samma riktning rör den bekanta Watergate-affären. En federal domstol krävde här 1973 att president Nixon skulle lämna ut bandinspelningar innehållande samtal mellan presidenten och hans medarbetare om det inbrott i Watergatehuset som affären hade sin upprinnelse i. Presidenten lämnade då ut några band, men vägrade 1974 att på begäran av en särskild åklagare lämna ut ytterligare bandinspelningar, åberopande att presidenten p.g.a. de principer om *executive privilege* som kan utläsas ur art.II inte var skyldig att följa en domstolsorder av detta slag. S.Ct. underkände emellertid med åberopande av maktdelningsprinciper presidentens konstitutionella argumentation och förklarade att presidenten inte står över lagen, utan i likhet med andra medborgare måste efterkomma en anmodan av detta slag. Ban-

10.3.1.2 *Kongressens lagstiftningsmakt*

Beträffande formerna och gränserna för utövandet av kongressens lagstiftningsmakt måste en åtskillnad göras mellan formerna för antagandet av federala lagar och gränserna för den federala lagstiftningsmakten. Medan det förra snarast är en formell fråga rör den senare frågan gränserna mellan federationens och delstaternas befogenheter.

Enligt art.I sect. 7 skall varje lagförslag först godkännas – med enkel majoritet – av både senaten och representanthuset[90] och sedan, för att bli gällande, skrivas under av presidenten. Denne kan dock vägra att skriva under; om han inom tio dagar återsänder förslaget till kongressen utan att ha skrivit under det innebär detta ett veto. Detta veto röstas dock ner om förslaget på nytt antas i senaten och representanthuset, men för detta krävs **två tredjedels majoritet i bägge kamrarna.**

Detta innebär således en reell men temporär vetorätt för presidenten mot federala lagförslag, vilken givetvis är en viss modifikation av maktdelningsprincipen. För att federala lagar som presidenten motsätter sig skall kunna antas krävs alltså enligt art.I sect.7 kvalificerad majoritet i bägge kongressens kamrar, men det är inte alltid säkert att en så stor del av kongressens ledamöter är beredda att gå emot presidenten. Visserligen är det inte ovanligt att presidenten representerar ett annat parti än det som har majoritet i senaten eller representanthuset (detta är t.ex. fallet under 1995), men det är mycket ovanligt att ett parti har så stor majoritet i någon av kamrarna (eller i bägge) som två tredjedelar. Frågan huruvida av presidenten ogillade lagförslag kan komma att antas blir därför oftast beroende av maktförhållandet mellan presidenten och kongressen; om presidenten har förmåga att »handskas med» eller »domptera» kongressen lär denna sällan kunna mobilisera den erforderliga majoriteten, men om presidenten har en svagare ställning och så att säga inte riktigt respekteras av kongressen lär hans vetorätt bli just av temporär karaktär och ha mindre inverkan på lagstiftningsprocessen.[91]

En annan fråga är i vilken utsträckning kongressen kan delegera sin lagstiftningsmakt till regeringsorgan och administrativa myndigheter. Enligt en traditionell uppfattning i amerikansk statsrätt har sådan delegation i princip varit förbjuden.[92] Några av de avgöranden från 1930-talet där S.Ct. ogiltigförklarade delar av president Roosevelts New Deal-lagstiftning[93] motiverades just med att vissa New Deal-lagar gav nyinrättade exekutiva organ alltför vidsträckta möjligheter att införa nya regler.[94] S.Ct. har i stället kommit att i princip acceptera en inte alltför långtgående delegation av

den innehöll f.ö. material som starkt bidrog till att Nixon senare hotades av riksrättsåtal (impeachment) och därför tvingades avgå. Se närmare om fallet (U.S. v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974)) bl.a. Cox, a.a.s. 3 ff, Tribe, God Save This Honorable Court, New York 1985 s. 5 f och Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 71, 112 och 225 f.

90. Se närmare om lagförslagens förberedande behandling i utskott m.m. Johnson, a.a.s. 954 not 354. Denna behandling diskuteras inte närmare här och berör egentligen inte rättighetsskyddet alls; någon granskning före antagandet av lagarnas grundlagsenlighet (s.k. *advisory opinion*) förekommer överhuvudtaget inte i amerikansk rätt. Jfr ovan i kap. 1.3 om den skepsis som länge funnits i amerikansk rätt beträffande preventiv normkontroll. Det kan dock anmärkas att initiativ till lagstiftning kan komma både från presidenten (eller regeringen) och från kongressutskott.
91. Se närmare om det presidentiella vetot bl.a Tribe, a.a.s. 198 ff och Schwartz, a.a.s. 98 ff.
92. Se t.ex. Swindler, a.a.s. 67.
93. Se närmare nedan kap. 10.8.
94. Detta gällde främst Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 och Schechter Poultry Corp. v. U.S., 295 U.S. 495, bägge från 1935.

kongressens lagstiftningsmakt till exekutiva organ i de fall då detta syns motiverat av godtagbara sakliga skäl (vilket exempelvis kan vara att sakförhållandena på ett visst område skapar ett behov av flexibla, lätt antagna regler).[95]

10.3.1.3 *Presidentens konstitutionella befogenheter*

Kongressen har alltså enligt art.I den lagstiftande makten, »The legislative power». Vad detta innebär är ganska uppenbart och den maktdelning konstitutionen etablerar erbjuder i övrigt små risker för att kongressen plötsligt skulle träda in på presidentens eller högsta domstolens domäner och i det närmaste komma att utöva verkställande eller dömande makt.[96] Avgränsningssvårigheterna gäller nästan helt förhållandet mellan federal och delstatlig lagstiftning. Gränserna för presidentens konstitutionella befogenheter är betydligt svårare att på liknande sätt precisera.

Även i förhållande till den dömande makten märks skillnader mellan kongressen och presidenten. Medan domstolarnas rätt att pröva grundlagsenligheten i kongressens beslut – dvs i de federala lagarna – aldrig i grunden ifrågasatts sedan den väl blev ett faktum, har frågan om domstolarnas rätt att pröva lagligheten av presidentens och de verkställande myndigheternas beslut länge varit mer oklar, liksom presidentens rättsliga immunitet[97] och omfattningen av det »executive privilege» som art.II innefattar.

Enligt art.II sect.3 är presidenten ansvarig för lagarnas verkställighet. Detta stadgande har flitigt åberopats av dem som vid olika tillfällen hävdat att art.II ger presidenten en allmän rätt att under vissa förutsättningar fatta de beslut som han finner nödvändiga, åtminstone så länge det är fråga om åtgärder som kongressen inte uttryckligen förbjudit honom att vidta.[98] Detta är dock en långtgående tolkning; det ligger närmare till hands att se stadgandet som en allmänt hållen förklaring om att den exekutiva makten är ansvarig för att lagarna iakttas, respekteras och efterlevs.[99]

95. Denna *non-delegation doctrine* kom på grund av ett tydligt tidsmässigt samband att förknippas med andra principer som under denna s.k. Lochnerera var i bruk inom S.Ct. I takt med att dessa – exempelvis den s.k. substantive due process-doktrinen – övergavs, luckrades även högsta domstolens strikt avvisande hållning gentemot delegation av lagstiftningsmakt upp. Se bl.a. Swindler, a.a.s. 68 och Ely, a.a.s. 132, bägge m.h.t. praxis.
96. Den del av kongressens verksamhet som mest påminner om dömande eller verkställande verksamhet är troligen det arbete som bedrivs i de s.k. undersökningskommittéerna. Se närmare om dessa Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 243 ff.
97. S.Ct. slog i Nixon v. Fitzgerald, 102 S.Ct. 2690 (1982) fast att presidenten har i det närmaste absolut civilrättslig immunitet. Även övriga federala tjänstemän besitter personlig civilrättslig immunitet för handlingar i tjänsten (Spalding v. Vilas, 161 U.S. 483 (1896)). Vad gäller brott i tjänsten kan presidenten i princip endast åtalas efter impeachment. Beträffande andra brott torde bilden vara mer oklar, liksom beträffande omfattningen av andra exekutiva tjänstemäns – t.ex. regeringsmedlemmars – straffrättsliga immunitet. Se bl.a. Tribe, a.a.s. 201 f o. Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 228 ff.
98. Jfr ovan s. 379 om Vita Husets argumentation i The Steel Seizure Case. Se närmare om denna doktrin främst Schwartz, a.a.s. 191 ff samt Steven G. Calabresi/Saikrishna B. Prakash, The President's Power To Execute the Laws, Yale L.J. 1994 s. 541-665, vilka på s. 544 ff ger en översikt över aktuell debatt i frågan.
99. Tanken att presidenten har en långtgående konstitutionell befogenhet att fatta de beslut som han i olika situationer bedömer vara nödvändiga för att styra landet har, som the Steel Seizure Case visar, överhuvudtaget varit svår att upprätthålla vid de tillfällen då lagligheten av olika presidentbeslut blivit föremål för rättslig prövning. Se även U.S. v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974), anfört ovan s. 380 f under not 89. – Att ett visst, begränsat mått av executive privilege existerar har dock slagits fast av S.Ct. i flera fall, bl.a. Nixon v. Administration of General Services Administration, 433 U.S. 425 (1977).

Enligt art.II sect.2 st.2 utnämner presidenten flera högre tjänstemän, däribland domarna i S.Ct. För att någon skall kunna bli utnämnd till ledamot av S.Ct. (Justice) krävs emellertid också senatens godkännande. Senaten har sedan länge gjort strikta prövningar av de föreslagna kandidaternas meriter, kvalifikationer och lämplighet för det betydelsefulla uppdraget.[100] Så sent som 1986 vägrade senaten, med röstsiffrorna 58-42, efter en uppslitande debatt att godkänna den av presidenten föreslagne kandidaten Robert Bork.[101]

Vad som under senare år blivit uppenbart är att utnämningarna till S.Ct. blivit en politisk och ideologisk fråga av stor vikt.[102] Alltsedan president Roosevelt på 1930-talet hotade att öka antalet ledamöter i domstolen[103] för att kunna utnämna domare som var sympatiskt inställda till hans lagstiftningsprogram har flera presidenter visat en tendens att främst nominera kandidater som delar deras ideologiska uppfattningar. S.Ct. har utomordentligt stor makt och möjligheter att på centrala områden i samhällslivet påverka utvecklingen i USA i viss riktning. Den som blir utnämnd till Justice innehar till yttermera visso sitt ämbete på livstid. Domstolen har nu, sedan cirka sextio år tillbaka, varit föremål för en tilltagande politisering. Flertalet av de presidenter som under denna period utnämnt domare i S.Ct. – däribland Nixon, Reagan och Bush – har ganska öppet vidgått att de eftersträvat att tillsätta domare med lämpliga politiska åsikter, för att därigenom öka möjligheterna att slippa få »sina» lagar underkända av domstolarna och **på lång sikt** påverka samhällsutvecklingen.[104] Detta har lett till att domstolens oberoende av de politiska organen allt mer ifrågasatts.[105]

100. En historisk genomgång av hur senaten ställt sig till föreslagna kandidater och av vilka kriterier som varit avgörande för senatens bedömningar i olika fall ges såvitt avser tiden fram till 1985 av Tribe i God Save This Honorable Court, särskilt s. 77-137. Vad gäller tiden till 1974 kan även hänvisas till Henry J. Abraham, Justices & Presidents, New York 1974 och såvitt gäller perioden från 1968 till 1982 John R. Schmidhauser, Judicial Activism and Congressional Responses in the United States, i Landfried, Constitutional Review... s. 46 ff.
101. Se närmare om debatten i samband med senatens granskning av Bork, Lee, Bicentennial Bork..., s. 795 ff.
102. Jfr Lee, a.a.s. 796: »The reality is that judges are more or less running for office in the United States. Political acceptability is the name of the game.»
103. Den s.k. Court Packing Plan; se vidare härom nedan kap. 10.8-9.
104. Flera av de domare som till synes närmast utnämnts på politiska grunder har dock gjort de utnämnande presidenterna besvikna genom att när de väl tagit plats i S.Ct. inta helt andra ståndpunkter än vad som förmodats. Ett känt exempel är Earl Warren, som utnämndes av den republikanske presidenten Eisenhower efter att bl.a. ha varit republikansk vicepresidentkandidat och guvernör i Californien men icke förty kom att utvecklas till en av domstolens skarpaste liberala profiler genom alla tider. Tribe menar dock i God Save This Honorable Court (s. 50 ff) att dessa fall är enstaka undantag från huvudregeln att den utnämnande presidenten får den kandidat han önskar sig och talar i sammanhanget om »the Myth of the surprised President».
105. Högst gick kanske diskussionens vågor hösten 1991, efter några i hela världen uppmärksammade senatsförhör rörande den föreslagne kandidaten Clarence Thomas. Thomas' juridiska kvalifikationer var starkt ifrågasatta, samtidigt som han vägrade att ge besked om sin inställning i den kontroversiella abortfrågan. Uppmärksamheten blev dock som störst när Thomas av en tidigare kvinnlig kollega anklagades för sexuella trakasserier – anklagelser som kom att förskjuta uppmärksamheten från Thomas' professionella lämplighet för uppdraget. Thomas blev dock utnämnd och blev därigenom den förste svarte ledamoten i S.Ct. Denna och flera andra uppmärksammade utnämningar (t.ex. utnämningen av Justice Rehnquist till Chief Justice 1987) visar f.ö. att senatens prövning av de föreslagna kandidaterna till S.Ct är betydligt hårdare än prövningen av de av presidenten föreslagna regeringsledamöterna. Denna bedöm-

10.3.1.4 *Supreme Court och domstolarnas lagprövningsrätt*

a. Allmänt De amerikanska domstolarnas lagprövningsrätt har som nämnts varit ett faktum sedan 1803. Av ett mål som the Steel Seizure Case framgår att även grundlagsenligheten av den verkställande maktens beslut kan prövas av den dömande makten, även om denna prövningsrätt historiskt sett varit mer omstridd.[106]

Domstolarnas, eller åtminstone den högsta instansens, rätt att pröva lagligheten i de övriga maktgrenarnas beslut och även åsidosätta de beslut som befinns vara olagliga eller grundlagsstridiga benämns ibland *judicial supremacy*.[107] Denna kan ses som det tredje, nödvändiga elementet i den amerikanska maktdelningsläran eller rent av som dennas kärna, som den princip i det amerikanska statsskicket vilken mer än andra ger detta dess speciella karaktär. Det torde vara obestridligt att det amerikanska checks- and balances-systemet knappast skulle kunna upprätthållas om inte domstolarna hade rätt att avgöra lagligheten i de politiskt valda organens beslut.

De som söker stöd för lagprövningsrätten i konstitutionstexten kan hänvisa antingen till maktdelningen i art.I-III, som om inte annat visar att grundlagsfäderna föreställde sig att domstolarna skulle utöva en viss form av makt, eller till the Supremacy Clause i art.VI. Det är dock ett faktum att konstitutionen inte nämner något om lagprövningsrätt, vilket är en av orsakerna till att denna alltjämt är så omdiskuterad. Såväl lagprövningsrättens ursprung och legitimitet som dess omfattning och inriktning är föremål för en ständig rättspolitisk diskussion, som i hög grad stimuleras av det faktum att domstolarna i allmänhet inte känt någon tvekan inför uppgiften att pröva lagars förenlighet med konstitutionen (en prövning som ju dock inte nödvändigtvis måste mynna ut i att lagen befinns strida mot konstitutionen och därför åsidosätts).

Samtidigt bör det betonas att den vanliga bilden av de amerikanska domstolarna, främst S.Ct., som starkt självsvåldiga i sitt utövande av judicial review är överdriven. I själva verket präglas domstolarnas lagprövning – även i S.Ct. – ofta av ett stort mått av judicial self-restraint, åtminstone när det gäller att pröva federala lagars grundlagsenlighet.

b. Domstolsväsendets uppbyggnad Som nämnts finns den dömande makten enligt art.III hos S.Ct. och de lägre domstolar som kongressen inrättar. Endast S.Ct. har således en konstitutionellt garanterad existens.

Konstitutionen säger inget om Supreme Courts sammansättning, utan denna regleras

ning har även statistiskt fog för sig; senaten har sedan de första ledamöterna utsågs 1789 vägrat att godta ungefär var femte kandidat som presidenten nominerat till S.Ct., vilket innebär att senaten gått emot presidenten oftare i dessa fall än vid tillsättandet av något annat av de ämbeten till vilka presidenten enligt art.II har utnämningsmakt. Utförlig statistik finns i bl.a. God Save... in fine.

106. Jfr ovan s. 379 f. – Vissa röster har å andra sidan höjts i doktrinen för att den form av lagprövningsrätt som S.Ct. utövade i Steel Seizure Case, vilken s.a.s snarast är av formell karaktär och kan sägas syfta till att maktdelningsreglerna i konstitutionen iakttas, har mer stöd i konstitutionens uppbyggnad än den mer materiella lagprövningsrätt som går ut på att pröva lagars innehållsmässiga förenlighet med konstitutionstexten. Se främst Learned Hand, A Bill of Rights s.14 f.
107. Se t.ex. Schwartz, a.a.s. 207.

av kongressen i vanlig lag. S.Ct. har under sin långa historia haft lägst sex och högst tio ledamöter. Antalet ledamöter har dock varit nio ända sedan 1869.

Av genomgången av formerna för utnämnande av ledamöter i S.Ct. framgick att presidenten har stort inflytande över domstolens sammansättning. Enligt en teori skulle presidenten också kunna bestämma antalet ledamöter i domstolen, åtminstone om han önskade minska antalet ledamöter, genom att helt enkelt vägra att utnämna nya ledamöter när gamla avgår eller avlider.[108] Exempel på sådant agerande saknas dock i historien, varför det inte går att avgöra om det skulle vara konstitutionellt möjligt. Givetvis kan dock presidenten föreslå kongressen att anta en lag som ändrar antalet ledamöter; det mest kända exemplet är president Roosevelts s.k. Court Packing Plan 1937.[109] Kongressen är naturligtvis aldrig skyldig att i sådana situationer följa presidentens förslag.

De lägre domstolarnas indelning bestäms enligt art.III av kongressen.

Av lagar från 1911 och 1948 följer att USA är indelat i tretton s.k. circuits, vilka har vardera en Court of Appeal och minst en lägre domstol, s.k. District Court. Från de respektive Court of Appeals kan avgöranden överklagas till S.Ct., som dock inte alltid beviljar prövningstillstånd.[110] Ordföranden i S.Ct., the Chief Justice, har formellt status som domstolsväsendets högste ämbetsman.[111]

c. Domstolarnas jurisdiktion Som framgår av art.III sect.2 dömer S.Ct. som första instans i några få, speciella typer av mål. I övriga mål av de slag som enligt art.III skall avgöras av federala domstolar är S.Ct. överinstans, **såvida inte kongressen bestämt att överklagande till S.Ct. inte kan ske.**[112] Kongressen har således möjlighet att genom lag reglera omfånget av Supreme Courts jurisdiktion och därmed också av dess lagprövningsrätt. Eftersom S.Ct. är den enda domstol som nämns i konstitutionen[113] inrättas övriga domstolar av kongressen, som således avgör hur domstolsväsendet skall vara uppbyggt. Denna möjlighet för kongressen att avgöra vilka domstolar som skall pröva olika mål är en viktig del av maktdelningen i konstitutionen. Den dömande makten har givits rätt att pröva lagligheten av de lagstiftande och verkställande myndigheternas åtgärder, men presidenten utser – tillsammans med senaten – ledamöterna i den högsta domstolen och kongressen avgör vilka övriga domstolar som skall finnas och vilka mål S.Ct. skall kunna pröva.

Den från rättslig synpunkt centrala frågan är om kongressens makt att undanröja den högsta instansens jurisdiktion i olika slags mål respektive att vägra inrätta en viss typ av lägre federal domstol – eller att förvägra en befintlig lägre domstol jurisdiktion i vissa mål – är så obegränsad som art.III ger vid handen, eller om det finns några rättsliga och konstitutionella gränser för kongressens handlingsfrihet härvidlag. Detta är en av de frågor där ovissheten om »vad som egentligen gäller» på ett centralt konstitutionellt

108. Se Choper, a.a.s. 51 f.
109. Se härom nedan kap. 10.9.
110. Se närmare nedan s. 384 i n. 127 in fine.
111. Se närmare om domstolssystemets uppbyggnad bl.a. Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 28 ff och Swindler, a.a.s. 141 f.
112. Se art.III sect.2 st.2 p.2 i den amerikanska konstitutionen: »In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.»
113. Se art.III sect.1. Jfr ovan s. 369 f.

område är anmärkningsvärt stor.[114] Osäkerheten om hur art.III egentligen bör tolkas i nu nämnda hänseenden är påfallande.

Vad som kan sägas vara en utgångspunkt är att S.Ct. i allmänhet godtagit de begränsningar av dess jurisdiktion som kongressen vid olika tillfällen infört.

Ett grundläggande avgörande är härvidlag Ex Parte McCardle[115] från 1869. I detta mål hade de militära myndigheterna efter inbördeskriget med stöd av de då gällande s.k. Reconstruction Acts fängslat en viss McCardle. Denne klagade i en lokal domstol, en circuit court, genom en habeas corpus-akt. Domstolen förklarade att fängslandet var lagligt och fann inte att the Reconstruction Acts stred mot konstitutionen. McCardle vände sig då till S.Ct., som tog upp hans sak till behandling. Innan något domslut hunnit meddelas antog emellertid kongressen, som fruktade att S.Ct. skulle åsidosätta rekonstruktionslagstiftningen, en lag om att S.Ct. inte var behörig att pröva habeas corpus-avgöranden från circuit courts. S.Ct. beslöt i enlighet med lagen att avvisa målet på grund av att domstolen inte längre hade någon jurisdiktion i den typ av fråga som målet gällde.

S.Ct. har också i allmänhet godtagit kongressens begränsningar av de lägre instansernas jurisdiktion.[116]

Grundläggande är även på detta område ett avgörande från mitten av 1800-talet, Sheldon v. Sill från 1850.[117] Här klagade en viss Sill på att han som medborgare i New York enligt bestämmelser i den då gällande Judiciary Act inte kunde stämma Sheldon, medborgare i Michigan, inför en federal domstol. Sill menade att detta stred mot art.III, men S.Ct. fann att kongressen var i sin fulla rätt att undandra de domstolar man inrättat enligt art.III jurisdiktion i vilka frågor som helst.

Ett något nyare avgörande som pekar i samma riktning rörde den s.k. Norris-La Guardia Act, en New Deal-lag som förbjöd domstolarna att i arbetstvister utfärda s.k. *injunctions* eller andra befallningar till parterna (exempelvis arbetsplikt innan en facklig konflikt fått en slutlig lösning). S.Ct. godtog 1938 – dvs efter »paradigmskiftet» 1937, då domstolen började acceptera president Roosevelts New Deal-lagstiftning[118] – denna begränsning av de federala domstolarnas jurisdiktion.[119]

De nämnda avgörandena antyder alla att kongressens makt att besluta om olika federala domstolars jurisdiktion är oinskränkt och att S.Ct. alltid godtar kongressens lagar på just detta område (vilket från lagprövningssynpunkt i så fall kan förklaras med att kon-

114. Jfr t.ex. Choper, a.a.s. 54: »It is enough to conclude that the scope of congressional power to express discontent with the Courts work by legislation divesting it of certain jurisdiction is largely unresolved and totally unclear.» Se även Lawrence Gene Sager, Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts, Harv.L.Rev. 1981 s. 19: »... one would suppose that by now our legal system had generated fairly clear answers to the constitutional questions these legislative proposals pose. But quite the reverse is true.» En genomgång av de viktigaste inläggen i frågan i doktrinen finns hos Sager, s. 20 not 7.
115. 74 U.S. 506 (1869).
116. En genomgång av fall där detta skett ges av Sager, a.a.s. 33 not 43. – Däremot tycks frågan om huruvida kongressen kan vägra att instifta lägre federala domstolar med behörighet att pröva de frågor som de federala domstolarna enligt art.III sect.2 st.1 skall ha rätt att döma i aldrig ha ställts på sin spets. Att behöriga federala domstolar av något slag måste finnas i dessa typer av mål tas emellertid för givet i doktrinen; se t.ex. Raoul Berger, Congress v. The Supreme Court, Cambridge 1969 s. 282.
117. 49 U.S. 441 (1850).
118. Se härom nedan kap. 10.8-9.
119. »There can be no question of the power of Congress thus to define and limit the jurisdiction of the inferior courts of the United States.» Lauf v. E.G. Shinner & Co., 303 U.S. 323 (1938).

gressen här stöder sig direkt på art.III, varför hithörande lagar svårligen kan sägas strida mot konstitutionen). Fullt så enkelt är det dock inte.

Först och främst betonas i åtskillig doktrin att det inte går att dra alltför långtgående slutsatser av Ex Parte McCardle – såvitt gäller möjligheten att begränsa överklaganderätten till S.Ct. – eller godtagandet av Norris-La Guardia Act – såvitt gäller de lägre domstolarnas jurisdiktion. McCardle berövade inte helt S.Ct. möjligheten att pröva frågor om habeas corpus, utan upphävde bara en särskild överklagandeform i denna fråga, på samma sätt som Norris-La Guardia Act inte innebar att de federala domstolarna helt kom att sakna jurisdiktion i arbetsrättsliga frågor, utan bara att de inte kunde meddela injunctions och vissa andra preliminära beslut.[120]

Vidare påpekas att det är stor skillnad mellan att i ett fall som McCardle inskränka den högsta instansens appellate jurisdiction och att helt beröva de federala domstolarna jurisdiktion[121] (vilket skulle leda till att de måltyper som nämns i art.III överhuvudtaget inte skulle kunna prövas av federala domstolar). Enligt detta synsätt betyder det faktum att S.Ct avskärmas från möjligheten att avgöra vissa mål ingenting annat än att en lägre federal domstol blir högsta instans på området. Kongressen har med andra ord ingen möjlighet att genom att vägra S.Ct. att pröva vissa mål hindra de federala domstolarna, den dömande makten på den federala nivån, från att utöva lagprövningsrätt.[122] I konsekvens härmed hävdas att det bara i en situation är omöjligt för kongressen att helt eliminera Supreme Courts appellate jurisdiction i de mål som innefattas i art.III sect.2, nämligen när kongressen inte har tillsett att någon annan, effektivt fungerande form av lagprövningsrätt finns i det federala domstolsväsendet.[123] Tanken är således att medborgarna alltid måste kunna få påstådda kränkningar av sina rättigheter prövade av **någon** federal domstol,men att det inte spelar någon egentlig roll om detta sker i S.Ct. eller i lägre instans.[124] Detta argument bygger på grundläggande maktdelningsprinciper. Kongressen kan enligt art.III styra vilka domstolar som skall avgöra olika typer av mål, men

120. Se framför allt Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 44 ff och Schwartz, Constitutional Law s. 14 o. 19.
121. Detta är en s.k. *distributive reading* av art.III; se William S. Dodge, Congressional Control of Supreme Court Appellate Jurisdiction: Why the Original Jurisdiction Clause Suggests an Essential Role, Yale L.J. 1991 s. 1017.
122. Se t.ex. Nowak/Rotunda/Young s.44: »Even if Congress were to remove all appellate avenues to the Supreme Court, that would only make the lower federal courts the final decisionmakers; it would not oust the federal courts from their essential role in the constitutional plan of exercising judicial review.»
123. Se t.ex. Sager, a.a.s. 60 och 67.
124. Motsatsen i doktrinen till denna s.k. distributive reading av art.III är tanken att just S.Ct. i konstitutionen har en »essential role» som inte kan överlåtas till lägre domstolar. Den ledande förespråkaren för denna teori var Henry M. Hart, vars artikel The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts, Harv.L.Rev. 1953 s. 1362-1402 fick stort inflytande. En nyare analys på samma tema utgörs av Dodges nyssnämnda artikel, medan en utförlig historisk motivering till varför S.Ct. har en essential role, baserad både på grundlagsfädernas avsikter och på det faktum att president Roosevelt när han 1937 ville minska domstolens inflytande inte föreslog att dess jurisdiktion borde inskränkas jämlikt art.III, ges av Berger, a.a.s. 285-96. Både the distributive reading och teorin om en essential role har haft åtskilliga förespråkare i doktrinen och det går knappast att hävda att den ena skulle vara mer riktig än den andra.

aldrig hindra medborgarna från att få sina rättsliga angelägenheter prövade i en federal domstol.[125]

Anledningen till att frågan om kongressens möjligheter att begränsa domstolarnas jurisdiktion är av betydelse för den fortsatta framställningen är att den i hög grad berör förutsättningarna för domstolarnas lagprövningsrätt. Frågan är om kongressens befogenhet att begränsa domstolarnas jurisdiktion kan respektive bör vara ett medel att hindra dem från att utöva sin lagprövningsrätt och om detta i så fall kan ge lagprövningen den ofta ifrågasatta demokratiska legitimiteten. Denna fråga är naturligtvis en liten del av en mycket större, mer komplex debatt om domstolars lagprövningsrätt, dennas legitimitet och betydelse för individers rättighetsskydd. Vad gäller den speciella jurisdiktionsfrågans implikationer kan det dock sägas föreligga två »skolor» eller huvudlinjer i doktrinen, en som menar att kongressens möjlighet enligt art.III att inskränka Supreme Courts jurisdiktion är om inte innehållslös så dock betydelselös från demokratisynpunkt och en som hävdar att all lagprövning, även sådan som inte baseras på uttryckliga stadganden i konstitutionen, är demokratiskt godtagbar **just på grund av** att kongressen när som helst kan beröva den domstol som möjligen gått för långt dess jurisdiktion i en viss fråga.[126]

125. En sådan vidsträckt befogenhet för kongressen skulle med andra ord bryta den *institutional interdependence* eller *inter-institutional tension* som är själva konstitutionens kännetecken. Se om dessa fundamentala maktdelningsaspekter på art.III bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 45 och Perry, The Constitution, the Courts and Human Rights, s. 135. Stöd i praxis för tanken att själva maktdelningsprinciperna i konstitutionen hindrar kongressen från att inskränka Supreme Courts appellate jurisdiction finns främst i United States v. Klein, ett avgörande från 1871 (80 U.S. 128 (1871). Även detta mål hade sitt upphov i inbördeskriget. Käranden, Klein, krävde att få tillbaka mark som beslagtagits under kriget. Enligt gällande lag var det en förutsättning för att sådan mark skulle kunna återbördas till tidigare ägare att dessa kunde visa att de inte deltagit i sydstaternas resning mot unionen. Klein hade benådats av presidenten och ansåg, stödjande sig på ett tidigare avgörande från S.Ct., att en sådan benådning var tillräckligt »bevis» för att han inte tagit del av sydstaternas uppror. Den första instansen gav honom rätt, varvid regeringen överklagade till S.Ct. Innan S.Ct. hunnit pröva målet antog kongressen en lag som fastslog att benådning ej bevisade att någon var »oskyldig» till att ha stött sydstaterna utan snarare tydde på att den benådade bistått upproret men sedan blivit förlåten, varför benådade personer inte skulle få tillbaka sin egendom. I lagen stadgades också att S.Ct. inte var behörig att pröva frågor som gällde återfående av mark. Till skillnad från i McCardle tog S.Ct. i denna snarlika situation upp själva sakfrågan till behandling. S.Ct. fann att lagens inskränkning av domstolens jurisdiktion var grundlagsstridig, emedan art.III byggde på att den dömande makten var oberoende av de lagstiftande och verkställande makterna och att detta faktum utgjorde en gräns för kongressens möjligheter att inskränka domstolens jurisdiktion – en gräns som i detta fall överskridits.

126. Det enda kongressen inte kan inskränka jämlikt art.III är Supreme Courts original jurisdiction, men denna saknar i stort sett praktisk betydelse. De som hävdar att det inte går att tillmäta kongressens befogenheter enligt art.III något värde i fråga om demokratiska kontrollmöjligheter pekar, förutom på det allmänt osäkra rättsläget, främst på att Ex Parte McCardle är det enda tydliga exemplet i historien på att kongressen begränsat möjligheten att överklaga till S.Ct. Eftersom detta är ett gammalt avgörande med begränsade verkningar är dess prejudikatvärde dessutom osäkert. Tanken att art.III tvärtom innebär att lagprövning överhuvudtaget inte är något problem ur demokratisk synpunkt och rentav **ger** lagprövningen dess legitimitet har främst föresvävat de bedömare som menar att det viktigaste elementet i lagprövningen är att S.Ct. och övriga domstolar **upprätthåller vissa centrala värden** i det amerikanska samhället, utan att slaviskt följa konstitutionens text. Denna åsikt är särskilt vanlig bland s.k. neutrala, »processorienterade» bedömare som Choper och Ely. Se t.ex. Ely, a.a.s. 46 och Choper, a.a.s. 55: »...strong reliance cannot be placed on the political authority of Article III if judicial review is to be democratized.» Denna »skola» menar följdriktigt att det är viktigt

d. Processuella förutsättningar för att mål skall prövas av federala domstolar I de föregående avsnitten om den dömande makten har såväl S.Ct. som de lägre instanserna behandlats. I resterande delar av denna genomgång av vad »the judicial power» i art.III egentligen innebär kommer emellertid tyngdpunkten att ligga på S.Ct. En allmän genomgång av de processuella förutsättningarna för att olika federala domstolar skall ta upp mål till sakbehandling skulle falla utanför ramarna för denna framställning. Dessutom har lagprövningen i S.Ct. i särklass störst praktisk och teoretisk betydelse.

Avgörande för utövandet av judicial review i S.Ct. är givetvis de processuella förutsättningarna för att S.Ct. skall ta upp ett mål till prövning, vilka dock inte kan genomgås här.[127] En annan viktig fråga, som avgör när lagprövningsrätt överhuvudtaget kan utövas av amerikanska domstolar och därför berör samtliga instanser, är vilka mål den dömande federala makten egentligen är behörig att pröva. Frågan berör innebörden av art.III sect.2, där det sägs att the judicial power skall omfatta vissa »Cases» respektive »Controversies». Vad betyder detta?

Kravet på att domstolarna endast kan pröva verkliga fall och tvister – Cases och Controversies – har givit upphov till åtskilliga avgöranden i S.Ct. där domstolen helt enkelt slagit fast att en väckt talan rört en fråga som inte varit »justiciable», dvs inte av beskaffenhet att jämlikt art.III sect.2 kunna prövas av domstol. Den omfattande praxis som S.Ct. utvecklat i dessa frågor är för övrigt ett av de främsta exemplen på en form av självpåtagen restraint från domstolarnas sida.[128] S.Ct. har varit angelägen att markera att lagprövning endast kan förekomma när kraven i art.III sect.2 är uppfyllda, dvs vid i

att S.Ct. även utför non-interpretive review, dvs prövning av lagars förenlighet inte bara med konstitutionens uttryckliga text, utan även med andra värden och rättigheter som kan utläsas ur enskilda bestämmelser, t.ex. bland tilläggen. Distinktionen mellan interpretive och non-interpretive review är på flera sätt av central vikt:; se närmare nedan, främst kap. 10.8, 10.11.2 och 10.15.3. Sålunda menar t.ex. Perry (a.a.s. 145) att kongressen, om den blir missnöjd med domstolarnas avgöranden i t.ex. abortfrågan – ett område där konstitutionen inte har någonting att säga – helt enkelt kan beröva de federala domstolarna rätten att pröva abortfrågor. Perrys tes har rönt viss kritik i doktrinen (se bl.a. Sager, a.a.s. 39 ff). Den uppfattning om en vidsträckt rätt för kongressen att begränsa de federala domstolarnas jurisdiktion som hans argumentation bygger på rimmar illa med de ovan anförda argumenten **mot** en sådan rätt för kongressen. Dessutom är det givetvis så att kongressen, även vid en extensiv tolkning av art.III, endast skulle kunna förfara på det av Perry föreslagna sättet beträffande frågor som inte enligt art.III **skall** prövas av någon federal domstol; när det är fråga om ett sådant ämne råder, som vi sett, stor enighet om att kongressen möjligen kan begränsa överklagandemöjligheten till S.Ct., men inte hindra medborgarna från att få saken prövad i en federal domstol.

127. Vad gäller de rent formella förutsättningarna – bortsett från art.III – för att S.Ct. skall pröva ett mål som överklagats från en lägre instans görs en grundläggande distinktion mellan appellate och certiorari review. Skillnaden dememellan, som möjligen är av större principiell än praktisk betydelse, är att när en klagande enligt gällande lagar har rätt att överklaga till S.Ct. genom appeal så är domstolen skyldig att pröva frågan, medan ett överklagande genom certiorari i princip innebär att målet bara tas upp i S.Ct. om prövningstillstånd meddelas. Olika regler gäller dock på olika områden. Se närmare Nowak/Rotunda/Young s. 32 ff.

128. Denna aspekt lyfts fram inte minst av Alexander Bickel i The least dangerous Branch. För Bickel är just det faktum att S.Ct. så ofta slagit fast att domstolarna inte har rätt att ta ställning i exempelvis rent politiska frågor eller frågor som inte uppkommit i samband med en konkret rättegång ett av de viktigaste skälen till att judicial review är acceptabel ur demokratisk synvinkel. Se närmare The least dangerous Branch kap. 4 (s. 111-198), anm. ovan i 3.2.1. Jfr även Nowak/Rotunda/Young s. 61 o. 93.

behörig ordning anhängiggjorda rättegångar där vissa sak- eller rättsfrågor skall bli föremål för rättens prövning.[129]

Ur denna rika praxis kan utläsas vissa principer för när lagprövning inte kan förekomma. Först och främst märks ett kategoriskt förbud i amerikansk rätt mot rättsutlåtanden från domstolar utan samband med pågående tvister (s.k. *advisory opinions*). Häri ligger dels en total avsaknad av preventiv normkontroll[130], dels att ingen amerikansk domstol likt BVerfG kan uttala sig om en lags förenlighet med konstitutionen eller om en delstatslags förenlighet med federal lag utan samband med någon pågående rättegång (abstrakt normkontroll).[131] Lagprövning i USA kan således endast förekomma vid vanliga rättegångar.

Vilka krav ställs då på en väckt talan för att en domstol skall ta upp den till sakprövning? Den grundläggande regeln är att ett »verkligt» mål, ett Case eller en Controversy, förutsätter en konkret tvist i form av en reell intressemotsättning mellan två parter. En talan där parterna är två vänner, av vilka den ene stämt den andre för att de vill ha svaret på en intressant konstitutionell fråga, uppfyller inte det kravet. S.Ct. har tydligt slagit fast att domstolarna inte bör pröva rent hypotetiska frågor, som inte givit upphov till konkreta tvister, oavsett hur intressanta de må vara ur konstitutionell synpunkt.[132]

Ett ytterligare krav för att domstolarna skall pröva konstitutionella frågor är att den lag eller det beslut som påstås vara grundlagsstridigt verkligen berör klaganden och så att säga har en direkt inverkan på dennes levnadsförhållanden.[133] En lag som direkt vänder sig till en viss grupp av personer och kanske kräver att dessa skall göra några bestämda saker eller förbjuder dem att handla på ett visst sätt, möjligen med hårda sanktioner om de inte rättar sig efter lagen, kan i vissa fall uppfylla detta krav redan innan någon

129. Redan i Marbury v. Madison fastslog f.ö. Chief Justice Marshall att domstolarna endast bör utöva judicial review när det **för att avgöra ett enskilt fall** är nödvändigt att pröva om en lag är förenlig med konstitutionen. Principen att domstolarna bara ägnar sig åt lagprövningsrätt i konkreta mål, och endast när det är absolut nödvändigt för att avgöra ett mål, kan därför sägas vara lika gammal som lagprövningen själv. Ett tydligt, sentida uttryck för denna princip är den s.k. *abstention doctrine*, som innebär att domstolarna enbart bör ta ställning till konstitutionella frågor när det är absolut nödvändigt för att avgöra ett mål och så att säga inte kan undvikas genom åberopande av någon av de i praxis utvecklade processförutsättningarna härför. Principen, som slogs fast av S.Ct. i Railroad Commission v. Pullman Co (312 U.S. 496 (1941)) är främst förknippad med Justice Frankfurter, som lämnade S.Ct. 1962, men är fortfarande tillämplig. I Harrison v. NAACP, 360 U.S. 167 (1959), klargjordes att den även är tillämplig i mål som berör medborgerliga rättigheter. Se närmare om the abstention doctrine bl.a. Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 99 ff m.h.t. praxis.
130. Jfr ovan i 1.3 på s. 33 f.
131. Jfr om abstrakt normkontroll i Tyskland ovan kap. 7.3.4.2. Amerikanska domstolar kan därför heller aldrig uppträda som rådgivare åt kongressen eller regeringen i konstitutionella frågor. Denna princip, som är av betydelse från maktdelningssynpunkt, slogs fast redan på 1790-talet. Se närmare om dess historiska bakgrund Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 61 ff, Schwartz, Constitutional Law, s. 21 och Jay S. Bybee, Advising the President: Separation of Powers and the Federal Advisory Committee Act, Yale L.J. 1994 s. 51-128.
132. Bl.a. i Muskrat v. U.S., 219 U.S. 346 (1911) och Alabama Federation of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450, 461 (1945). – Det sagda hindrar inte att domstolarna **i en konkret, pågående tvist**, kan meddela en form av fastställelsedom som klargör parternas rättsställning eller rättsläget i någon viss fråga (s.k. *declaratory judgment*, som måste skiljas från en advisory opinion om hur en lag skall tolkas). Se närmare Schwartz, a.a.s. 24.
133. S.k. *ripeness*; se närmare bl.a. Schwartz, s. 24 ff.

i den grupp som lagen riktar sig mot brutit mot den.[134]

Nära relaterat till kravet att den klagande skall vara direkt berörd av en lag eller ett beslut för att ha talerätt står ett annat krav, nämligen på s.k. *standing*. Skillnaden mellan kraven på ripeness och standing är att medan ripeness snarast är avhängigt karaktären på den angripna lagen eller det angripna beslutet, tar standing sikte på den klagandes person. Vederbörande måste vara personligt berörd av den rättsakt som han menar kränker hans medborgerliga rättigheter; denna måste med andra ord i någon mening ha honom som adressat. Även här finns dock vissa besvärliga gränsfall.[135] Det kan också framhållas att föreningar och organisationer ibland, om medlemmarnas rättigheter kränkts, kan ha talerätt för sina medlemmars räkning.[136]

Slutligen finns en generell begränsning av vilka frågor domstolarna jämlikt art.III kan pröva. Sedan länge[137] anses de nämligen inte behöriga att pröva **rent politiska frågor**; dessa anses vara *non-justiciable*. Det säger sig själv att gränsen mellan direkt politiska frågor och (stats)rättsliga frågor med politiska implikationer kan vara hårfin; på det konstitutionella området kan faktiskt de flesta avgöranden få **politiska konsekvenser**, men detta innebär inte automatiskt att de rör politiska frågor.[138]

Denna *political question doctrine* måste skiljas från diskussionen om judicial self-restraint. Politiska frågor är domstolarna överhuvudtaget inte behöriga att pröva, varför de bör avvisa en talan som berör någon av dessa. Self-restraint är en benämning för den återhållsamhet domstolarna bör visa när de prövar lagars förenlighet med konstitutio-

134. Supreme Courts praxis i dessa frågor har inte präglats av någon riktig konsekvens. I ett avgörande 1947, United Workers v. Mitchell (330 U.S. 75), hade en grupp federala tjänstemän väckt talan mot en lag som förbjöd federala tjänstemän att engagera sig politiskt. S.Ct. fann dock att målet inte kunde prövas, eftersom ingen av dem ännu brutit mot lagen. I Adler v. Board of Education från 1952 (342 U.S. 485) ändrade domstolen sin hållning ganska radikalt. De klagande var här lärare från New York som förde talan mot en delstatslag, i vilken det stadgades att lärare som tog del i vissa närmare angivna subversiva aktiviteter kunde avskedas. Trots att ingen av lärarna brutit mot lagen, menade S.Ct. att en lag som vid hot om avsked förbjöd lärare att engagera sig i olika aktiviteter var »ripe for challenge», varför dess grundlagsenlighet kunde prövas. (S.Ct. fann dock lagen grundlagsenlig.) I Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, fann S.Ct. 1961 att icke direkt berörda parter inte kunde väcka talan mot en delstatslag som förbjöd försäljning av preventivmedel, eftersom lagen trots att den varit i kraft i nästan ett sekel bara tillämpats en gång och därför framstod som lätt obsolet. Om lagen aldrig tillämpades framstod frågan om dess grundlagsenlighet rentav som hypotetisk. I Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968), ansåg S.Ct. å andra sidan sju år senare att talan kunde föras mot en delstatslag som förbjöd undervisning om Darwins ärftlighetslära, trots att denna lag överhuvudtaget aldrig tillämpats! Jfr Schwartz, a.a.s. 28 som föredrar domstolens hållning i Epperson och är kritisk mot Poe v. Ullman, eftersom en gällande lag teoretiskt sett alltid kan komma att tillämpas, även om den allmänt uppfattas som obsolet.

135. Ett uppmärksammat fall var Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973), där några gynekologer som ofta konsulterades av gravida kvinnor tillerkändes talerätt mot delstatslagstiftning i Georgia som förbjöd aborter (trots att ingen av dem dömts för brott mot dessa lagar). En utförlig genomgång av några centrala avgöranden ges av Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 82 ff.

136. De vägledande avgörandena därvidlag gäller medborgarrättsorganisationen NAACP, som i två mål under 1950- och 1960-talet av den liberala Warren-domstolen tillerkändes talerätt för sina svarta medlemmars räkning. Se NAACP v. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449 (1958) och NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963).

137. Principen kan härledas ända från Marbury v. Madison, där Chief Justice Marshall utvecklade en tidig »political question doctrine». Se 5 U.S. s. 170 samt vidare nedan i 10.4.2.1. Ett viktigt tidigt avgörande är Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

138. Jfr ovan i 1.4.1.

nen (en prövning som de i och för sig är behöriga att göra).

Störst betydelse har the political question doctrine fått på det utrikespolitiska området. Så gott som samtliga viktiga utrikespolitiska frågor anses ligga utanför domstolarnas jurisdiktion.[139] Här är skillnaden som synes stor gentemot Tyskland, där BVerfG under senare år t.ex. prövat förutsättningarna för deltagande av tysk väpnad trupp i internationella militära operationer och Maastrichtfördragets giltighet.[140] Andra viktiga frågor som anses vara alltför politiska för att vara »justiciable» rör garantin för ett republikanskt styrelseskick i delstaterna enligt art.IV sect.4[141] samt vidare själva lagstiftningsproceduren: Som the Steel Seizure Case visar tvekar domstolarna inte att upprätthålla maktdelningen mellan kongressen och Vita Huset, men däremot har S.Ct. visat större återhållsamhet med att bedöma formerna för lagars antagande och utfärdande samt de lagstiftande församlingarnas interna organisation och arbetsformer.[142]

Om the Steel Seizure Case möjligen relativt enkelt kan skiljas ut från området för political questions, eftersom målet rörde fördelning av makt och relationerna mellan två grenar av den federala makten, så är ett ur denna synvinkel besvärligare fall United States v. Nixon, där S.Ct. fick avgöra en tvist mellan två delar av den verkställande makten.[143] Från Vita Huset hävdades att domstolen inte var behörig att beordra presidenten att efterkomma en federal åklagares begäran om utlämnande av bevismaterial, eftersom detta var en tvist mellan högre och lägre instanser inom den exekutiva maktapparaten och därför en rent politisk fråga. S.Ct. slog dock fast dels att domstolarna är behöriga att ta ställning till påstådd executive privilege från presidentens sida, dels att frågan i målet gällde skyldighet att på åklagarens begäran utlämna viss bevisning, något som domstolar regelbundet har att ta ställning till.

Några definitiva gränser som klargör vad som är en politisk fråga går dock knappast att dra. Uppfattningen om vad som är en politisk fråga kan skifta mellan olika perioder.

Ett område som länge ansågs vara alltför politiskt för att domstolarna skulle kunna ta ställning till gällande regler var valkretsindelning och mandatfördelning vid delstatsval. Här skedde dock en total omsvängning under 1960-talet, då Warren-domstolen, för att motverka rasdiskriminering, i några viktiga avgöranden ogiltigförklarade gällande indelningar i flera delstater.[144]

När ingen av de nu nämnda omständigheter som möjligen kan medföra att domstolarna inte är behöriga att pröva ett mål är för handen, måste dock varje amerikansk domstol avgöra den tvist som i laga ordning anhängiggjorts inför den. Domstolen har därigenom en skyldighet att ex officio pröva **samtliga** de rättsfrågor som väcks i ett pågående mål, inklusive den eventuella frågan om en lags – eller ett besluts – grundlagsenlighet. Ingen domare kan vägra att ta ställning till en sådan fråga enbart därför att han skyggar för

139. Se närmare Schwartz, a.a.s. 33 f m.h.t. praxis.
140. Jfr ovan kap. 7.3.4.2 o. 7.7.
141. Luther v. Borden berörde just denna regel, som f.ö. bidrar till att ge delstaterna stor självbestämmanderätt. I praxis har den bl.a. inneburit att en delstats beslut att utlysa folkomröstning inte kunde prövas av en federal domstol (Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912)).
142. Se Schwartz, a.a. – Såvitt gäller verkställighet av lagar framgår av art.II sect.3 att detta är presidentens ansvarsområde.
143. 418 U.S. 683 (1974). Se närmare om fallet ovan s. i not 89 och 99.
144. Det viktigaste avgörandet, som markerade en brytning med domstolens tidigare hållning, är Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962). Se vidare om rösträttsfallen nedan kap. 10.11.2.2.

den makt som rätten att utöva lagprövning ger honom eller möjligen ogillar judicial review av ideologiska eller andra skäl.[145] Däremot anses lagprövning bara skola förekomma när det är absolut nödvändigt för att **avgöra** det föreliggande fallet.[146]

e. Något om domars rättsverkningar Ett utslag i en amerikansk domstol där en lag åsidosätts innebär inte att den underkända eller åsidosatta lagen blir en nullitet, utan endast att den inte kan läggas till grund för ett avgörande i det konkreta fallet.[147] Avgöranden från S.Ct. är dock bindande för de lägre domstolarna; i amerikansk rätt upprätthålls, om än inte lika strikt som i Storbritannien, principen om *stare decisis*.[148] (S.Ct. är emellertid aldrig bunden av sina tidigare avgöranden.) Eftersom detta innebär att de lägre domstolarna aldrig kommer att tillämpa en lag som S.Ct. förklarat vara grundlagsstridig, får ett sådant avgörande från S.Ct. i praktiken en rättsverkan som räcker utöver det enskilda fallet. Med visst fog kan det därför hävdas att en sådan dom om inte formellt så dock i praktiken – inte minst med tanke på den starka ställning S.Ct. har i USA – innebär en ogiltigförklaring av en lag.[149] Det måste dock poängteras att det faktum att S.Ct. förklarat att en federal lag strider mot konstitutionen inte innebär någon skyldighet för kongressen att upphäva eller ändra lagen.

Kongressen anses däremot ha rätt att genom ny lagstiftning »upphäva» eller i vart fall minska betydelsen av avgöranden från S.Ct.[150] Detta gäller emellertid bara de avgöranden där S.Ct. uteslutande tolkat vanlig lag; avgöranden där S.Ct. tolkat konstitutionen – exempelvis sådana där de förklarat att en federal lag strider mot denna – kan endast åsidosättas eller omintetgöras genom att tillägg till konstitutionen införs. Det har inträffat i hittills fyra fall att sådana tillägg antagits på grund av ett utbrett missnöje med avgö-

145. Denna princip slogs fast redan i början av 1800-talet under John Marshalls tid som Chief Justice; jfr t.ex. hans uttalande i Cohens v. Virginia från 1821 (19 U.S. 264, 404): »It is most true, that this Court will not take jurisdiction if it should not; but it is equally true, that it must take jurisdiction if it should...We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given.» Denna ännu gällande princip kan beskrivas som att domstolarna i möjligaste mån skall sträva efter restraint, i enlighet med vad som sagts ovan och med begagnande av de principer som här beskrivits, men däremot aldrig tveka att utöva normkontroll när detta så att säga är oundvikligt (och då inte nödvändigtvis ålägga sig någon särskild återhållsamhet gentemot den lagstiftande makten). Se till det sagda även Eugene V. Rostow, The democratic Character of Judicial Review, Harv.L.Rev. 1952 s. 213 och Herbert Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1959 s. 6.

146. S.k. *abstention doctrine*; se närmare Wechsler, a.a. och Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 99 ff samt ovan i not 129.

147. Ett sådant avgörande har m.a.o. bara verkan *inter partes*, vilket S.Ct. slagit fast i bl.a. Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371 (1940). Se bl.a. Cappelleti/Cohen, a.a.s. 96 och Gerald Gunther, Cases and Materials on Constitutional Law, Mineola 1975 s. 34 f samt ovan i 3.3.1.

148. Jfr beträffande Storbritannien ovan kap. 9.3.1.1.

149. Så åtminstone Cappelletti/Cohen, a.a.s. 78. – Att denna effekt uppnås när den åsidosatta lagen är en delstatslag följer redan av art.VI, som ger uttryck för och i praxis tillämpats så att federala lagar har företräde framför delstatslagar och att de senare ej får strida mot de förra.

150. Se bl.a. Tribe, God Save...s. 21 f med anförda exempel.

randen från S.Ct.[151] Eftersom proceduren för antagande av tillägg är tidskrävande och komplicerad, kan dock inte denna möjlighet för de lagstiftande församlingarna att minska verkningarna av avgöranden där S.Ct. tillämpat judicial review anföras, på samma sätt som kongressens möjlighet att reglera domstolarnas jurisdiktion, som stöd för att lagprövningen är demokratisk till sin karaktär eller i vart fall står under demokratisk kontroll.[152]

10.3.2 Något om federalismen

10.3.2.1 *Allmänt*

Historiskt sett har förhållandet mellan federationen och delstaterna varit den kanske viktigaste frågan i den amerikanska statsrätten. Som framgått ovan i 2.2.2 var ett av de viktigaste skälen för att anta en Bill of Rights att delstaterna fann själva konstitutionens garantier för att federationen inte skulle stifta lagar som i alltför hög grad inkräktade på delstaternas domäner otillräckliga. Maktdelningen mellan centralmakten och delstaterna var sedan den dominerande politiska tvistefrågan i USA under hela perioden fram till amerikanska inbördeskriget. Am.XIV, som antogs efter inbördeskriget, syftade främst till att göra de medborgerliga rättigheterna i konstitutionen bindande också för delstaterna. Huruvida någon sådan rättsverkan uppstod genom antagandet av tillägget skulle under lång tid bli en tvistefråga i konstitutionell doktrin och praxis.[153] Det faktum att S.Ct. vid olika perioder haft en varierande praxis i centrala medborgarrättsliga frågor beror till stor del på att domstolens syn på förhållandet mellan federal och lokal makt skiftat.

Utgångspunkterna för denna *vertikala maktdelning* måste här beröras något, särskilt vad gäller förhållandet mellan federala och delstatliga domstolar.

151. Sålunda infördes am.XI 1798 p.g.a. missnöje med ett avgörande från 1793, medan slavförbudet i am.XIII tillsammans med the equal protection clause i am.XIV helt åsidosatte det ökända avgörandet Dred Scott v. Sandford från 1857. (Se vidare kap. 10.5). Am.XVI undanröjde ett avgörande från 1895 där S.Ct. slagit fast att federal inkomstskatt stred mot konstitutionen och am.XXVI hade samma inverkan på ett avgörande från 1970 där S.Ct. ansåg att en delstatslag som gav artonåringar rösträtt var grundlagsstridig.
152. Denna aspekt på den ständiga demokratifrågan diskuteras av Chemerinsky i Interpreting the Constitution, s. 4. Chemerinsky menar dock att den demokratiska legitimiteten för lagprövningen måste sökas på annat håll än i möjligheten att anta tillägg till konstitutionen. Jfr även Perry s. 12 o. 127.
153. Se närmare nedan kap. 10.6-8.

10.3.2.2 *Något om förhållandet mellan federala domstolar och delstatsdomstolar*

Av the Supremacy Clause i art.VI st.2 följer att federal lag har företräde framför delstatslag om konflikt uppstår mellan de bägge normsystemen.[154] Det framgår också att delstatsdomstolarna är bundna av federal lag och tvungna att ge denna företräde framför delstatens egen lagstiftning, liksom att delstaterna inte kan stadga några undantag från denna skyldighet i sina egna grundlagar. Detta företräde för den federala rätten kräver i praktiken att avgöranden från delstatsdomstolar som berör federal lag kan överklagas till federal domstol. Att S.Ct. har rätt att pröva sådana avgöranden är sedan länge allmänt accepterat.[155]

Delstatsdomstolar är behöriga att pröva frågor om såväl federala lagars som delstatslagars förenlighet med konstitutionen. Frågor som berör federal lag förekommer regelbundet vid delstatsdomstolarna; dessa är då bundna av Supreme Courts avgöranden och tvungna att följa den högsta domstolens tolkning av federal lag[156], men i övrigt helt fria att göra sina egna tolkningar även av federala lagar. Vad gäller tolkningen av delstatslagar är däremot den högsta domstolen i respektive delstat den högsta instansen, den slutlige uttolkaren, som är fri att tolka delstatslagar och delstatens konstitution på det sätt den önskar, så länge federal lag inte åsidosätts. Härav följer att delstatsdomstolar är fria att upprätthålla ett längre gående rättighetsskydd än det som följer av konstitutionen. Denna erbjuder således minimirättigheter, som delstatsdomstolarna måste respektera, men så länge federal lag iakttas hindrar inget en delstatsdomstol från att även upprätthålla ett skydd för andra rättigheter.[157] Om t.ex. en delstatsdomstol förklarar att dödsstraff strider mot am.VIII i konstitutionen så kan S.Ct. upphäva denna dom på grund av att den strider mot Supreme Courts egen, för alla amerikanska domstolar bindande uttolkning av den federala konstitutionen. Om samma avgörande stöds på en regel i delstatsförfattningen kan det emellertid inte upphävas, eftersom am.VIII visserligen tillåter dödsstraff under vissa förutsättningar men inte kräver att dödsstraff skall utdömas.[158]

Rätten för S.Ct. att pröva delstatslagars förenlighet med konstitutionen respektive delstatsdomstolars avgöranden har historiskt sett varit betydligt mindre omstridd än domstolens rätt att pröva federala lagars grundlagsenlighet. Detta hänger troligen samman med att rätten att övervaka att delstatslagar ej strider mot nationell lag kommer till tydli-

154. Jfr ordalydelsen i art.VI st.2: »This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.»
155. Se om de tidiga avgöranden där denna lagprövningsrätt för S.Ct. slogs fast Nowak/Rotunda/Young s. 15 ff. Att avgöranden från delstatsdomstolar som berörde federal lag kunde överklagas till federala domstolar fastslogs f.ö. redan i USA:s första processrättsliga lag, the Judiciary Act från 1789. Se härom Sager, a.a.s. 52 f. – En annan sak är att the Bill of Rights inte blev gällande rätt i delstaterna förrän efter det amerikanska inbördeskriget; se härom närmare nedan kap. 10.6-8.
156. De är däremot ej bundna av andra federala domstolars avgöranden; se närmare härom Nowak/Rotunda/Young s. 21.
157. Jfr bl.a. Frowein/Schulhofer/Shapiro, The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle for Integration, i Integration through Law, Vol. 1 Book 2 s. 288.
158. Jfr Nowak/Rotunda/Young s. 20 f.

gare uttryck i art.VI än rätten att pröva federala lagars förenlighet med konstitutionen, men kan också förklaras med en grundläggande övertygelse bland amerikanska jurister om att federationen, själva USA, skulle kunna splittras allvarligt om delstaterna vore fria att tolka konstitutionen på sitt eget sätt.[159]

S.Ct. tillämpar i princip samma standard och kriterier vid prövningen av delstatslagar som vid prövningen av federala lagar.[160] Traditionellt finns dock en viss skillnad i domstolens hållning; S.Ct. har så gott som alltid iakttagit ett större mått av restraint vid prövning av federala lagar än vid prövning av delstatslagar.[161] Prövning av delstatslagar kan dock ha väl så stort inflytande på rättsutvecklingen. Många av de viktigaste avgörandena från S.Ct. har gällt just delstatslagars förenlighet med konstitutionen; det som gjort att dessa avgöranden ändå blivit så omdiskuterade har då inte varit det faktum att S.Ct. prövat en lags grundlagsenlighet, utan att många debattörer menat att domstolen kanske »gått för långt» i utövandet av prövningen.

159. Det finns åtskilliga exempel på denna bland amerikanska jurister vanliga dualism i synen på judicial review, men tydligast kom den kanske till uttryck i ett välkänt uttalande från Justice Oliver Wendall Holmes, yttrat 1913, under Lochnereran, den period då lagprövningsrätten ifrågasattes allra mest: »I do not think the United States would come to an end if we lost our power to declare an Act of Congress void. I do think the Union would be imperiled if we could not make that declaration as to the laws of the several States.» Holmes, Law and the Court, 1913, återgivet i Collected Legal Papers, London 1920 s. 295-96. Det kan påpekas att Holmes under Lochnereran var känd som »the great dissenter», ett epitet han förvärvade p.g.a. att han så ofta gick emot majoriteten i S.Ct. då denna förklarade olika lagar vara grundlagsstridiga. – Som exempel på hur rätten för S.Ct. att utöva normkontroll över delstaterna godtagits i betydligt större utsträckning än rätten att åsidosätta av kongressen stiftade lagar kan även hänvisas till Thayer, vars artikel The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law från 1893 (Harv.L.Rev. 1893 s. 129-156) i mycket utgör grunden för diskussionen under 1900-talet om judicial self-restraint (jfr 3.2.1). Thayer var dock ingen förespråkare för restraint såvitt gällde federala domstolars rätt att pröva giltigheten **av delstatslagar**: »But when the question is whether State action be or not be conformable to the paramount constitution, the supreme law of the land, we have a different matter in hand. Fundamentally, it involves the allotment of power between the two governments, – where the line is to be drawn. True, the judiciary is still debating whether a legislature has transgressed its limit; but the departments are not co-ordinate and the limit is at a different point. The judiciary now speaks as representing a paramount constitution and government, whose duty it is, in all its departments, to allow that constitution nothing less than its just and true interpretation; and having fixed this, to guard it against any inroads from without.» (A.a.s. 154-55.) Som ett nyare exempel på samma tendens kan nämnas Sager, som i sin artikel från 1980 om de federala domstolarnas jurisdiktion anser att S.Ct. och övriga federala domstolar endast har en »essential function» som kongressen inte med stöd av art.III kan beröva dem, nämligen rätten att pröva delstatsdomstolars avgöranden som berör federal lag. Se Sager s. 55 f.

160. Se t.ex.Nowak/Rotunda/Young s. 456 vid not 43. – Det var först under 1960-talet som det klarlades att S.Ct. skall använda samma måttstock vid prövning av delstatslagar som vid prövning av federala lagar; se även Nowak, Evaluating the Work of the New Libertarian Supreme Court, Hast. Const. L. Quart. 1980 s. 277 not 69 med ytterligare genomgång av praxis härvidlag. I den berömda footnote four i United States v. Carolene Products Co, 304 U.S. 144, görs dock ingen åtskillnad mellan federala lagar och delstatslagar, varför den viktiga preferred rights-doktrinen bygger på att prövningen i princip skall följa samma kriterier i de bägge fallen. Jfr nedan kap. 10.9.3.

161. Schwartz,American constitutional law s.212.

10.4 Domstolarna, de medborgerliga rättigheterna och lagstiftarna – precisering av ett centralt tema i amerikansk statsrätt

10.4.1 Inledning

Skyddet för de medborgerliga rättigheterna är ett mycket centralt ämne i den konstitutionella debatten i USA. Debatten, som i stort sett pågått sedan konstitutionen antogs, har oftast handlat om samma frågor; förhållandet mellan konstitutionen (inklusive dess tilllägg) och vanliga lagar, omfånget och det rättsliga skyddet för enskildas i konstitutionen garanterade rättigheter och domstolarnas rätt att avgöra dessa rättsliga frågor. Det kan synas anmärkningsvärt att regler som varit i kraft i över tvåhundra år ännu inte fått sin slutliga uttolkning. Det främsta skälet härtill är dock att konstitutionens regler tolkats olika under olika perioder. I stället för att byta ut den gamla, »heliga» konstitutionen har denna främst av S.Ct. vid olika perioder givits en tolkning som mer svarar mot tidens krav.

Historien – i form både av USA:s politiska historia och själva rättshistorien – är ständigt närvararande i den konstitutionella debatten.[162] Detta faktum förklarar också varför den fortsatta framställningen av det sålunda preciserade, för avhandlingen centrala temat bör ges formen av en lineär, historisk skildring av rättighetsskyddets bakgrund och utveckling. Utan en sådan genomgång blir dagens debatt om exempelvis Supreme Courts ställning och ibland ändrade praxis obegriplig.

Som vi tidigare sett var den ur idéhistorisk synvinkel fundamentala nyheten i den amerikanska revolutionen att revolutionärerna strävade efter att förena den mycket gamla tanken på folksuveräniteten som maktens ursprung eller källa med en önskan att begränsa denna suveränitet genom hänsynstagande till människans oförytterliga rättigheter.[163] Tanken var att folksuveräniteten, som genomsyrade hela statsskicket, kom till uttryck i allmänna lagar, stiftade av folkets företrädare, medan de oförytterliga rättigheterna representerade en högre rätt, en naturrätt om man så vill, som den »vanliga» rätten, dvs de allmänna lagarna, inte fick komma i konflikt med.[164] Denna inneboende motsättning mellan folksuveränitet och individuella rättigheter, som kom till uttryck re-

162. Edmond Cahn har beskrivit detta förhållande med följande smått poetiska ord: »The Bill of Rights is a national inheritance precisely because it has passed again and again from the dead to the living – to be used as the living find best, re-interpreted in the using, then passed along to the succeeding generation.» Se The Firstness of the First Amendment s. 471.
163. Se närmare kap. 2.2.2.
164. Att konstitutionen strävar efter att ge uttryck åt bägge dessa principer är uppenbart. En annan sak är dock att konstitutionens starka ställning i det amerikanska samhället och det faktum att den tidigt erkändes som »higher law», som en rättskälla av högre rang än de vanliga lagarna, kan motiveras – och har genom historien motiverats – **antingen** med att den tillkom på folkets önskemål och därför representerar folket i dess helhet **eller** med att den innehåller rättsregler av högre rang och mer okränkbart innehåll än vanliga lagar (eller givetvis med bägge faktorerna). Konstitutionens företräde framför vanlig lag kan med andra ord förklaras genom hänvisning till bägge dess fundament; se närmare Corwin, The »Higher Law» Background of American Constitutional Law, Harv. L. Rev. 1928 s. 151 ff. Ett nutida försök att hänvisa till folksuveräniteten som orsaken till konstitutionens företräde görs av Ackerman i We The People s. 6 ff. Jfr kap. 3.2.3 o. 10.3.1.4 under e.

dan i oavhängighetsförklaringen 1776, reglerades inte på något klargörande sätt i konstitutionen.

Den nämnda motsättningen är så att säga allmänt erkänd bland jurister, politiker och allmänhet, men än i dag råder oenighet om vilka rättsliga konsekvenser den bör få. Bör domstolarna, ytterst S.Ct., som företrädare för individens rättigheter ha rätt att vägra tillämpa – och därmed mer eller mindre ogiltigförklara[165] – beslut fattade av lagstiftaren, representanten för folksuveräniteten? Den konstitutionella dualism som USA alltid präglats av mynnar oundvikligen ut i frågan om maktdelning mellan lagstiftande och dömande organ; hur pass begränsad bör lagstiftarens makt – dvs folksuveräniteten, utövad genom en demokratisk politisk process – vara och hur mycket makt bör domstolarna – de medborgerliga rättigheternas väktare, vars ledamöter dock aldrig kan ställas till svars för sina beslut[166] – ha? Detta är ännu efter tvåhundra år en av de centrala frågorna i den amerikanska statsrättsdiskussionen.[167]

10.4.2 Marbury v. Madison och lagprövningsrättens grunder

10.4.2.1 *Närmare om målet*

Det avgörande där S.Ct. slog fast grunderna för domstolarnas lagprövningsrätt var alltså Marbury v. Madison från 1803.[168] Avgörandet betraktas allmänt som historiens första exempel på att en domstol åsidosätter en i stadgad ordning stiftad lag därför att den strider mot en grundlag, en högre lag.

Bakgrunden till avgörandet var i högsta grad politisk. Jefferson hade i presidentvalet år 1800 besegrat federalisten Adams. Federalisterna förlorade även majoriteten i kongressen till republikanerna. Av olika skäl kunde inte Jeffersons tillträde äga rum förrän den 4 mars 1801. Veckorna före maktskiftet utnämnde federalisterna ett antal förmodat federalistiskt sinnade jurister till högre domarämbeten; det var då som den förre utrikesministern John Marshall utnämndes till Chief Justice och vidare fick förmodade federalister bekläda ett antal nyinrättade domarämbeten. Utnämningarna gjordes av den avgående federalistiska administrationen. Alla beslutade utnämningar hann emellertid inte träda i kraft innan republikanerna tog över. Väl installerad vägrade Jefferson att utfärda de intyg som de utnämnda domare vilka ännu inte tillträtt sina tjänster behövde för att påbörja sin tjänstgöring. William Marbury, en av de domare som inte hade hunnit tillträda sin befattning innan Jefferson installerades, väckte talan inför S.Ct. (original jurisdiction) mot den nye utrikesministern James Madison, som formellt borde ha skrivit under det intyg vilket krävdes för att Marbury skulle kunna tillträda sin tjänst. Marbury yrkade att S.Ct. genom utfärdande av en s.k. writ of mandamus

165. Jfr ovan s. 393 om effekterna av en sådan dom.
166. Här bortses från möjligheten att åtala domare genom impeachment. En sådan möjlighet finns enligt art.I sect.3 st.6 e contrario, men denna procedur saknar praktisk betydelse för domarnas del och innebär inte att de har något politiskt ansvar för sina beslut. Proceduren kan inte heller ses som en möjlighet till demokratisk kontroll av domstolarna; se härom t.ex. Choper, a.a.s. 50.
167. Se till det sagda bl.a. Cox, The Role of the Supreme Court... s. 32 f. – Frågan kan givetvis också ses som en konflikt mellan majoritetsmakt och skydd för minoriteters rättigheter (»the counter-majoritarian difficulty» för att använda en av Bickel, a.a.s. 23, myntad och ofta använd term), där kongressen representerar majoritetsstyret och domstolarna skyddar minoriteternas intressen; på detta sätt skildrar t.ex. Ely, a.a.s. 7-8, den inneboende konflikten i den amerikanska konstitutionen. Se även Tribe, American Constitutional Law s. 9 ff. Se närmare till det sagda kap. 3.2.1.
168. 5 U.S. 137 (1803).

skulle beordra Madison att utfärda det erforderliga intyget.

Avgörandet från S.Ct., som avgavs den 24 februari 1803, tog ställning dels till domstolarnas rätt att pröva lagligheten i de verkställande organens beslut, dels till frågan om domstolarna kunde tillämpa en lag som stred mot konstitutionen. S.Ct. fann i den av Marshall skrivna domen att de federala domstolarna hade rätt att pröva alla beslut av exekutiva myndigheter utom sådana som var uttalat politiska till sin karaktär[169] respektive beslut i frågor där beslutanderätten enligt konstitutionen eller någon federal lag tillkom »the executive power». S.Ct. var därför i sak behörig att pröva Marburys talan.

Än större verkningar för framtiden än detta i och för sig viktiga konstaterande fick Supreme Courts slutsats om de rättsliga konsekvenserna av att en domstol finner en lag stå i strid med konstitutionen. Marshall fann nämligen att den bestämmelse – sect.13 i the Judiciary Act av 1789 – som gav S.Ct. rätt att i en situation som den här föreliggande korrigera de politiska organens handlande genom att utfärda en writ of mandamus stred mot art.III i konstitutionen. I art.III anges noga vilka mål S.Ct. och andra federala domstolar är behöriga att pröva och under vilka förutsättningar detta får ske. Marshall kunde inte finna att S.Ct. inom ramen för sin original jurisdiction kunde meddela en dom som biföll Marburys yrkande. Slutsatsen var därför att sect.13 i Judiciary Act stred mot konstitutionen. Marshalls uppfattning om domstolens alternativ i den uppkomna situationen var mycket klar: Antingen måste domstolarna upprätthålla principen om konstitutionen som »higher law» i förhållande till vanliga lagar, med de konsekvenser detta kunde få, eller också fick lagstiftaren tillerkännas obegränsad handlingsfrihet (dvs i praktiken en legislative omnipotence efter känd brittisk modell). Mellan dessa handlingssätt, försäkrade Marshall, »there is no middle ground».[170] S.Ct. valde att betrakta konstitutionen som överordnad i förhållande till andra lagar, med konsekvensen att en lag som stred mot konstitutionen inte kunde tillämpas utan måste åsidosättas av domstolarna.[171]

10.4.2.2 *Var Marbury v. Madison ett lagligt avgörande ?*

Den amerikanska högsta domstolens uppfattning i detta mål, om konstitutionen som gällande, högre och för lagstiftaren bindande rätt och om den dömande maktens rätt och skyldighet att pröva vanliga lagars förenlighet med konstitutionen, har lagt grunden för all efterkommande lagprövningsrätt i världens olika länder. Marbury v. Madison är därför ett historiskt avgörande.

Detta hindrar inte att de rättsliga grunderna för avgörandet kan undersökas närmare. Hade S.Ct. egentligen stöd för sin dom i då gällande rätt (dvs konstitution och vanliga lagar)?

Legitimiteten i den generella rätt för domstolar att pröva lagars grundlagsenlighet som S.Ct. slog fast i Marbury v. Madison kan sökas i konstitutionens text eller i uttalanden

169. 5 U.S. s. 170. Här finns således ursprunget till den »political question doctrine» som gäller än i dag; jfr ovan i 10.3.1.4 under d.
170. Ibid s. 177: »The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.»
171. Jfr 5 U.S. s. 177: »... it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is» med s. 178: »... if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty.»

från olika grundlagsfäder före, under och efter Philadelphiakonventet 1787.[172] På samma sätt kan dock dessa bägge (rätts)källor åberopas för att visa att rättsliga grunder för judicial review saknades 1803, varför detta var en innovation, ett begrepp som S.Ct. skapade i och med detta avgörande; i så fall blir naturligtvis legitimiteten i de amerikanska domstolarnas lagprövningsrätt lättare att ifrågasätta.

De lagrum som diskussionen i första hand gällt är av lätt insedda skäl art.III respektive art.VI. Diskussionen om grundlagsfädernas avsikter hämtar sitt stöd i den bland amerikanska rättsvetenskapsmän vanliga uppfattningen att konstitutionens text av olika skäl inte kom att återspegla den allmänna uppfattningen bland de personer som utarbetade den – nämligen att det var självklart att domstolarna skulle ha rätt att åsidosätta lagar som de fann oförenliga med konstitutionen. De av lagprövningsrättens tillskyndare som inte finner tillräckligt stöd för normkontrollen i konstitutionstexten vill därför utreda vad som egentligen sades och tänktes under de år då konstitutionen och Bill of Rights tillkom.[173]

Frågan om avgörandets legitimitet är inte en strikt akademisk fråga, som saknar prak-

172. Dessutom kan själva det faktum att konstitutionen och Bill of Rights ända sedan de antogs förutsattes vara higher law och därmed överordnade vanliga lagar åberopas till stöd för judicial review; denna uppfattning ligger delvis till grund för Marbury v. Madison-domen. Det bör påpekas att en bidragande orsak till osäkerheten om de rättsliga grunderna för Marbury v. Madison är att avgörandet inte baseras på någon särskild regel i konstitutionen utan mer på domstolens konstaterande att eftersom konstitutionen är gällande, praktisk tillämplig rätt av högre status än vanliga lagar så kan inte en lag som strider mot konstitutionen tillämpas. – En annan aspekt på avgörandet är givetvis hur det förhöll sig till äldre amerikansk rätt. Här har en uppfattning i senare doktrin varit att Chief Justice Marshall om- eller vantolkade den praxis som fanns för att få denna att passa hans syften, dvs att etablera judicial review som ett rättsligt faktum. Se Susan Low Bloch/Maeva Marcus, John Marshall's selective Use of History in *Marbury v. Madison*, Wisconsin Law Review 1986 s. 301-337.

173. En fyllig genomgång av denna debatt ges av Berger, a.a.s. 47-119 (kap. 3). Det bör dock påpekas att denna typ av »intentionsforskning», som söker fånga »the intent of the Framers», är behäftad med flera allvarliga metodologiska problem. Företeelsen har kritiserats bl.a. av Tribe i God Save This Honorable Court, s. 45 ff. Tribe menar att det kan vara svårt att veta vilka personers avsikter som egentligen är relevanta: Vad gäller the Bill of Rights är det t.ex. en öppen fråga om det är avsikterna hos dem som förespråkade en rättighetskatalog som ett värn för medborgerliga rättigheter eller hos dem som tyckte att detta tillägg till konstitutionen var helt onödigt men ändå var beredda att göra en eftergift för att konstitutionen skulle kunna ratificeras som skall vara avgörande; metoden leder till helt olika resultat beroende på vilket alternativ som väljs. Vidare menar Tribe att vissa regler i konstitutionen är så svårtolkade och mångtydiga att det helt enkelt inte går att hävda att grundlagsfäderna haft en enda avsikt med dem. Som exempel nämner han den s.k. Slave Trade Clause i art.I sect.9, en numera obsolet bestämmelse som förbjöd kongressen att före 1808 lagstifta mot delstaternas import av slavar. Betyder detta att grundlagsfäderna omtolkade den berömda formuleringen »all men are created equal» i oavhängighetsförklaringen till att endast gälla vita män, eller var det bara en kompromiss för att få sydstaterna att anta konstitutionen? Ett mer aktuellt exempel gäller the Equal Protection Clause i am.XIV, som såvitt gäller segregerade skolor tolkats på helt olika sätt av S.Ct. 1898 (Plessy v. Ferguson) och 1954 (Brown v. Board of Education). Exakt vilka avsikter stiftarna av the Civil War Amendments hade är oklart, men ingenting tyder egentligen på att de var motståndare till segregerade skolor som sådana. Tribe hävdar därför att S.Ct. aldrig hade kunnat utveckla sin praxis mot rasdiskriminering under 1950- och 60-talen om domstolen varit alltför inriktad på att utröna avsikterna hos upphovsmännen till Civil War Amendments. Jfr även Perry, The Constitution, the Courts... s. 15 om den osäkerhet även en framstående historiskt inriktad forskare som Corwin periodvis haft om grundlagstiftarnas uppfattning.

tisk betydelse.[174] För det första görs sedan drygt tjugofem år en distinktion i debatten mellan *interpretive review*, som innebär en prövning av lagars förenlighet med konstitutionstexten och är allmänt godtagen, och *non-interpretive review*, som innebär ett skydd även av andra rättigheter än de vilka nämns i konstitutionen och som är betydligt mer omdiskuterad.[175] För det andra diskuteras ännu **omfånget** av lagprövningsrätten mycket intensivt i doktrinen: Exempel på återkommande sådana frågor är vilka restriktioner domstolarna måste iaktta och om vissa rättigheter bör åtnjuta ett starkare skydd än andra. Att frågorna har mer än bara teoretisk betydelse framgår om inte annat när nya ledamöter av S.Ct. skall utses; de föreslagna kandidaterna frågas ut i senaten om vad de har för inställning i centrala konstitutionella frågor, i enskilda rättighetsfrågor – t.ex. aborter – såväl som beträffande lagprövningsrättens gränser. Frågan om de rättsliga grunderna för Marbury v. Madison har stor betydelse även i dagens konstitutionella debatt.

De främsta rättsliga argumenten till stöd för att Marbury v. Madison var en korrekt dom[176] är som nämnts att lagprövningsrätt för domstolarna följer av endera art.III eller art.VI. Enligt Bergers utförliga analys av varför lagprövningsrätten ryms inom art.III framgår det av detta lagrum att de federala domstolarna har rätt att pröva alla »Cases...arising under this Constitution», varför de också måste ha rätt att pröva en lags förenlighet med konstitutionen; detta är nämligen en fråga som är »arising under» konstitutionen.[177] Tanken är att domstolarna måste ha »jurisdiction to determine jurisdiction», dvs rätt att avgöra om de har jurisdiktion i ett visst anhängiggjort mål. Detta förutsätter ibland, menar Berger, en prövning av en lags grundlagsenlighet.[178] Dessutom innebär själva prövningen av jurisdiktionsfrågan en prövning av om förutsättningarna i art.III är uppfyllda. En annan uppfattning hade Bickel, som med utgångspunkt från Marshalls åberopande av art.III i Marbury v. Madison – Marshall hävdade där att innebörden av lagrummet inte kunde vara den att domstolarna inte kunde tillämpa konstitutionen; en sådan tolkning var »too extravagant to be maintained» – poängterade att art.III inte säger något om **hur** domstolarna skall avgöra enskilda mål utan enbart reglerar **vilka** mål de är behöriga att pröva. **Karaktären** av the judicial power definieras således

174. Henry J. Abraham har hävdat att så är fallet, eftersom indikationerna på att domstolarna när konstitutionen antogs förutsattes ha rätt att utöva judicial review är så tydliga; han pekar därvidlag på bevarade dokument från Philadelhiakonventet, på att judicial review var en välkänd företeelse i de gamla kolonierna, på att flera delstater före 1789 hunnit utveckla en lagprövningsrätt och även i samband med ratificeringen av konstitutionen uttalade sig till stöd för lagprövningsrätt för federala domstolar, på implikationerna av art. III och VI samt på att rättshistoriker lyckats belägga att mellan tjugofem och trettiotvå av de fyrtio delegaterna i Philadelhia stödde tanken på judicial review. Slutligen fastslår han att »the issue has been decisively settled by history», eftersom lagprövningsrätten alltsedan Marbury v. Madison godtagits. Se Freedom and the Court, 4 uppl., New York/Oxford 1982 s. 6. Denna bedömning är dock förenklad.
175. Se närmare nedan kap. 10.15.3.
176. Vilka inte skall förväxlas med argumenten för att judicial review i sig är tillåtet; detta faktum kan enklast förklaras med att judicial review är en praxis som tillämpats ända sedan 1803 och godtagits av de lagstiftande organen.
177. Jfr även Corwin, a.a.s. 39 f.
178. Se Berger s. 200 ff, där även en utförlig genomgång görs av uttalanden gjorda i samband med antagandet av konstitutionen vilka stöder denna tolkning av art. III.

inte i art.III, utan endast dess omfång. Detta lagrum kunde därför enligt Bickel inte i sig rättfärdiga judicial review.[179]

Bickel har i stället en annan motivering till lagprövningsrättens legitimitet:

> Judicial review is a present instrument of government. It represents a choice that men have made, and ultimately we must justify it as a choice in our own time.[180]

Bickels tanke är således att lagprövningsrätten är legitim därför att – och så länge – den accepteras av det amerikanska folket. För den historiskt inriktade Berger är detta en oacceptabel slutsats. Enligt Berger måste en så betydelsefull företeelse som judicial review stödja sig på en **rättsligt hållbar** grund för att vara acceptabel; om lagprövningsrätten är ett »folkets val» så måste valet enligt honom ha träffats antingen av grundlagsfäderna, varvid lagprövningsrätten innefattas i konstitutionen, eller av det amerikanska folket på grund av dess samtycke – sedan 1803 – till judicial review. Eftersom detta samtycke i så fall givits trots att lagprövningsrätt strider mot konstitutionen är det dock inte någon rättsligt giltig grund för judicial review, eftersom ändringar av konstitutionen enbart kan göras på det sätt som anges i art.V.[181] Endast om valet träffats av grundlagsfäderna går därför judicial review att rättfärdiga.

Denna debatt mellan Berger och Bickel kan förefalla utpräglat teoretisk, men har refererats här som illustration till en skiljelinje i debatten mellan två olika synsätt. Enligt det ena, representerat av Bickel, Abraham med flera, är Marbury v. Madison **upphovet** till lagprövningsrätten och legitimiteten en följd av att denna sedan blivit accepterad. Stöd för företeelsen i konstitutionen saknas och att försöka utröna grundlagsfädernas uppfattning är lika futilt som ointressant.[182] Enligt det andra synsättet, företrätt av Berger, är lagprövningsrätten än i dag en illegitim företeelse om Marbury v. Madison var ett "olagligt" avgörande. Det är därför nödvändigt att slå fast att rättsligt stöd för judicial review fanns redan 1803. De alternativ som då står till buds är art.III, art.VI och »the intent of the framers».

Art.VI är troligen den regel som oftast åberopats i detta sammanhang. Eftersom det framgår i st.2 av the Supremacy Clause att delstatsdomstolarna är skyldiga att åsidosätta delstatslagar som strider mot konstitutionen, är det en given fråga om inte de federala domstolarna borde ha motsvarande befogenhet i förhållande till federala lagar.[183] Ett skarpsinnigt resonemang till stöd för att lagprövningsrätten ryms inom art.VI fördes av Wechsler, som menade att eftersom delstatsdomstolarna har rätt att pröva lagars grundlagsenlighet och deras avgöranden i dessa frågor sedan 1789 kunnat överklagas till S.Ct., så vore det absurt om S.Ct. inte kunde göra en lika långtgående prövning som en delstatsdomstol. Art.III stadgar dessutom att S.Ct. har appellate jurisdiction i de mål som är »arising under» konstitutionen; denna typ av mål uppfyller enligt Wechsler de kraven, eftersom

179. Se Bickel, The least dangerous Branch s. 5 f.
180. Ibid s. 16.
181. Se Berger, a.a.s. 206 ff.
182. Detta är f.ö. en mycket vanlig uppfattning bland ledande namn i den konstitutionella doktrinen. Här kan förutom till Abraham och Bickel även hänvisas till Cox, a.a.s. 32, Learned Hand, The Bill of Rights s. 5 ff, och Perry, a.a.s. 14 ff.
183. I och för sig skulle regeln även kunna tolkas e contrario; i så fall utesluter den lagprövningsrätt för de federala domstolarna. Sådan e contrario-tolkning synes dock inte ha fått någon utbredning i doktrin eller praxis. Åtminstone ett exempel finns dock, nämligen Learned Hand i The Bill of Rights s. 28.

S.Ct. här överprövar ett avgörande som en delstatsdomstol meddelat jämlikt art.VI.[184]

Wechsler framförde sina teser för att bemöta Learned Hand, som menade att inget i själva konstitutionen gav domstolarna rätt att utöva judicial review.[185] Hand godtog uppfattningen att de flesta av grundlagsfäderna var för judicial review och var också medveten om att mycket i den amerikanska historien före 1803 tyder på att lagprövningsrätt var en rättslig realitet på flera håll runt om i nationen. Det faktum att viss lagprövningsrätt fastslås i art.VI såg han emellertid snarast som en indikation på att lagprövningsrätt inte var avsedd att ske i några andra fall. Han betonade också att varken Hamilton i sin plädering för judicial review i Federalist No.78 eller Marshall i Marbury v. Madison hänvisade till någon bestämmelse i konstitutionen. Enligt Hand måste visserligen en domstol som skall ta ställning till om en lag är förenlig med konstitutionen först tolka innebörden av reglerna i respektive bestämmelser. Eftersom ingenting i konstitutionen, den högre lagen, ger domstolarna rätt att åsidosätta en av kongressen antagen lag måste dock domstolarna utöva sin lagprövningsrätt med stor återhållsamhet.[186]

Hand accepterade således trots allt lagprövningsrätten, beroende dels på att han ansåg att den hade stöd i gamla rättstraditioner, dels på att han ansåg att den fyllde en funktion från maktdelningssynpunkt och därför möjligen kunde utläsas ur – eller passade in i – konstitutionens maktdelningsschema.[187] Wechsler ansåg dock inte att detta var en tillräckligt stabil grund för lagprövning, utan lade ner stora bemödanden på att finna stöd för judicial review i the Supremacy Clause. Diskussionen mellan Hand och Wechsler illustrerar därför skillnaden mellan att som Hand medge att konstitutionen och historien ger ett implicit stöd för lagprövning och att som Wechsler försöka visa att det finns mer handfast, mer konkret stöd för judicial review samt att de faktorer som konstituerar detta stöd förelåg redan 1803.[188]

Anledningen till att så mycket energi lagts ner från åtskilliga författare på att finna stöd för judicial review i de gamla dokumenten från USA:s barndom är att det inte går att finna något **säkert** stöd för att de federala domstolarna skall ha lagprövningsrätt – och därmed för att Marbury v. Madison är ett legitimt avgörande – i konstitutionen. Vad som kan utläsas ur konstitutionen är att denna är en rättskälla av högre rang än vanliga lagar. Att försöka finna något mer specifikt stöd i konstitutionen för judicial review går inte.

De två texter som oftast diskuterats i sammanhanget är dels Madisons tal inför Representanthuset den 8 juni 1789[189], dels en välkänd artikel av Hamilton i Federalist No.78, betitlad The Judges as Guardians of the Constitution. Bägge texterna har karaktären av programförklaringar. Både Madison och Hamilton förespråkade att domstolarna skulle värna medborgarnas rättigheter.

När Madison höll sitt tal inför representanthuset var hans ärende att föreslå att en

184. Se Wechsler, Toward Neutral Principles... s. 3 ff.
185. Se The Bill of Rights s. 5 ff.
186. A.a.s. 15: »However, since this power is not a logical deduction from the structure of the Constitution but only a practical condition upon its successful operation, it need not be exercised whenever a court sees, or thinks that it sees, an invasion of the Constitution.»
187. Se närmare a.a.s. 27 ff.
188. Enligt art.VI är konstitutionen samt de lagar som stiftas »in pursuance thereof... the supreme Law of the Land». Berger finner det utrett att »in pursuance thereof» för grundlagsfäderna betydde »förenliga med» konstitutionen och att grundlagsstridiga lagar därför inte omfattades. Se närmare om hans utredning av grundlagsfädernas uppfattning a.a.s. 233 ff.
189. 1 Annals of Congress (1789) s. 448-59.

rättighetsförklaring skulle antas och hur denna borde utformas.[190] Madison såg en rättighetskatalog framförallt som ett skydd mot maktmissbruk, dels för att den helt allmänt var »one means to control the majority from those acts to which they might otherwise be inclined», dels för att domstolarna skulle komma att värna över att rättigheterna respekterades:

> ...independent tribunals of justice will consider themselves in a peculiar manner the guardians of those rights; they will be an impenetrable bulwark against every assumption of power in the legislative or executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the constitution by the declaration of rights.

För Madison var det således en självklar förutsättning för att antagandet av Bill of Rights skulle ha någon rättslig mening att domstolarna gavs huvudansvaret för värnandet av rättigheterna. Exakt under vilka rättsliga former detta tänktes ske framgår inte av talet, men dess officiella karaktär ger tillsammans med det faktum att Madisons idéer inte mötte något direkt motstånd i kongressen ett tydligt intryck av att judicial review vid denna tidpunkt godtogs eller rentav eftersträvades i amerikanska politiska kretsar.[191]

Hamiltons inflytelserika uppsats i The Federalist[192] No.78 var mer polemisk. För Hamilton, den kanske mest övertygade federalisten av alla grundlagsfäderna, var det självklart att domstolarna skulle övervaka de andra maktorganen:

> ...the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.
>
> Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will

190. Madison började med att slå fast att det fanns starka folkliga önskemål i flera delstater om att en rättighetskatalog borde antas som ett tillägg till konstitutionen. Eftersom medborgare runtom i den nya nationen fruktade att federationen annars skulle kunna beröva dem de friheter de traditionellt åtnjutit fanns det all anledning att anta en rättighetsdeklaration. Madison föreslog sedan nio olika rättigheter som borde ingå i denna. Förslaget baserades på de önskemål som framkommit i samband med några olika staters, däribland New York och Massachusetts, ratificering av konstitutionen. Se härom Schwartz, The Great Rights... s. 165.
191. Detta innebär dock inte att talet, lika lite som övriga indikationer på att grundlagsfäderna var för lagprövningsrätt, är någon rättskälla i traditionell mening. Lagförarbeten har av hävd haft en försumbar betydelse i anglosaxisk rätt, varför de omfattande studierna i konstitutionens tillkomsthistoria **ur strikt rättslig synvinkel** är förvånande; rättshistorikerna försöker i stor utsträckning bevisa rättsligt betydelselösa fakta.
192. The Federalist är samlingsnamnet på en serie om åttiofem uppsatser som publicerades 1787-88 i en tidning vid namn Independent Journal och sedan gavs ut i bokform. Bland författarna märktes förutom Hamilton bl.a. Madison och John Jay, sedermera Chief Justice. I artiklarna, vilka ofta var mycket välskrivna och än i dag har stort läsvärde, pläderades för antagandet av 1787 års konstitution. The Federalist är f.ö. något av en rättskälla, som inte sällan åberopas av domstolar i statsrättsliga frågor (även om dess status är oklar); se närmare härom James W. Ducayet, Publius and Federalism: On the Use and Abuse of The Federalist in Constitutional Interpretation, N.Y.U.L.R. 1993 s. 821-869.

of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than by the former.[193]

Hamiltons artikel förebådar, på ett närmast profetiskt sätt, de kommande två seklernas konstitutionella debatt. Han nöjer sig inte med att konstatera att konstitutionen är överordnad de vanliga lagarna, utan drar också de rättsliga konsekvenserna härav: En lag som strider mot konstitutionen får inte tillämpas. Hans formuleringar föregriper därvidlag på ett anmärkningsvärt sätt Marshalls i Marbury v. Madison.[194]

Både Hamilton och Marshall ser således lagprövningsrätten som en logisk konsekvens av det faktum att konstitutionen har högre rang än vanliga lagar. Däremot åberopar ingen av dem någon artikel i konstitutionen till stöd för judicial review.[195]

Hamilton hade ytterligare ett argument för varför **just domstolarna** borde ges uppgiften att värna de medborgerliga rättigheterna, ett argument som i hög grad är relevant även i dagens debatt om legitimiteten i judicial review, nämligen att domstolarna är den institution som är bäst skickad för denna uppgift.

Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.[196]

Argumentet kan, översatt till vår tids förhållanden, sägas gå ut på att domstolarnas eventuella brister i fråga om demokratisk legitimitet uppvägs mer än väl av att de är den

193. Federalist No.78 s. 492 f.
194. Jfr 5 U.S. s. 177: »It is emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case, conformable to the law, disregarding the constitution; or conformable to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case; this is of the very essence of judicial duty. If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.»
195. Marshall berörde både art.III och VI i domen, men fann inte uttryckligt stöd för lagprövningsrätten i någon av reglerna (även om han menade att det faktum att konstitutionen nämndes först i the Supremacy Clause underströk dess företräde framför vanlig lag). Se 5 U.S. s. 180.
196. Federalist No. 78. The Federalist Papers s. 490.

enda institution i ett demokratiskt samhälle som kan anförtros uppgiften att skydda de medborgerliga rättigheterna. De övriga grenarna i maktapparaten har så att säga andra, med denna uppgift oförenliga mål för ögonen.[197]

10.4.2.3 *Konstitutionen som bindande rätt*

Marshall menade som vi sett att det inte finns någon medelväg för en domstol som anser att en lag strider mot konstitutionen, utan att domstolen antingen måste betrakta konstitutionen som högre rätt och därför åsidosätta lagar som strider mot denna, eller tillerkänna lagstiftaren obegränsad handlingsfrihet. Ofta är emellertid själva frågan om lagen verkligen strider mot konstitutionen mycket svår att avgöra; i praktiken är det givetvis ofta så att en domstol efter en noggrann prövning konstaterar att så inte är fallet, utan att detta konstaterande behöver innebära att lagstiftaren tillerkänts »omnipotence».

De långtgående konsekvenserna av Marbury v. Madison beror på att S.Ct. slog fast både att konstitutionen var gällande rätt, att vanlig lag som stred mot konstitutionen inte fick tillämpas och att det är domstolarnas sak att avgöra om en lag strider mot konstitutionen. Härom bör ytterligare något sägas.

Att konstitutionen verkligen är gällande rätt, som domstolarna skall tillämpa i konkreta avgöranden, var inte alldeles givet 1803. Av själva konstitutionstexten, främst art. VI, följer att konstitutionen skall vara överordnad vanliga lagar, men de rättsliga konsekvenserna härav är inte självklara. Det var först genom Marbury v. Madison som konstitutionens *enforceability*, dess rättsligt bindande kraft slogs fast.

Vad som skedde kan beskrivas på följande sätt. Konstitutionen begränsar, genom att den har högre rang än vanliga lagar, lagstiftarens handlingsfrihet; lagstiftaren får inte stifta lagar som strider mot konstitutionen. Detta skulle dock kunna ses som en rent moralisk eller etisk princip för lagstiftaren; ingenting i själva konstitutionen säger att det är fråga om en rättsligt bindande handlingsnorm. Det är i Marbury v. Madison som det

197. Teorins giltighet i dagens debatt kommer att beröras närmare nedan i avsnitt 10.15. Här skall bara anmärkas att denna så att säga funktionella syn på lagprövningsrätten nära anknyter till Learned Hands skäl för att godta denna, trots att den saknar stöd i konstitutionen. Jfr The Bill of Rights s. 15 (»...this power is not a logical deduction from the structure of the Constitution but only a practical condition upon its successful operation...») o. s. 29 (»On the other hand it was probable, if indeed it was not certain, that without some arbiter whose decision should be final the whole system would have collapsed, for it was extremely unlikely that the Executive or the Legislature, having once decided, would yield to the contrary holding of another »Department», even of the courts. The courts were undoubtedly the best »Department» in which to vest such a power...»). – Hamiltons tolkning av det faktum att konstitutionens överhöghet i förhållande till vanliga lagar medför att domstolarna måste åsidosätta lagar som strider mot konstitutionen är således inte att den dömande makten är överordnad den lagstiftande, utan att folkets vilja, som uttrycks i konstitutionen, är överordnad lagstiftarens. Jfr S.Ct. i United States v. Butler, 297 U.S. 1, 62 (1936): »It is sometimes said that the court assumes a power to overrule or control the action of the peoples representatives. This is a misconception. The Constitution is the supreme law of the land ordained and established by the people. All legislation must conform to the principles it lays down. When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the constitutional mandate the judicial branch of the Government has only one duty, – to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former.» Detta är en ännu ofta använd förklaring till konstitutionens rättsliga primat. Här kan hänvisas till Ackermans idé om dual democracy, som ligger nära Hamiltons tvåhundra år tidigare formulerade försvar för judicial review. Se ovan kap. 3.2.3 samt nedan i 10.15.

slås fast att konstitutionens högre rang har denna rättsliga konsekvens: »...the concept of legality entails the notion of enforceability.»[198] Den främsta praktiska konsekvensen härav är ett förstärkt rättighetsskydd. Historien känner – och kände redan 1803 – flera exempel på i och för sig ståtliga rättighetsförklaringar vilka erbjudit ett ineffektivt rättighetsskydd, just därför att reglerna i dem inte haft status som gällande rätt och därigenom varit lätta att inskränka; ett exempel är grundlagen i Sovjetunionen, ett annat den franska rättighetsförklaringen (fram till 1970-talets början).[199] Av Marbury v. Madison framgår att domstolarna skall tillämpa konstitutionen och därigenom upprätthålla dess status som högre rätt: »It is judicial review that makes constitutional provisions more than mere maxims of political morality.»[200] Här finns naturligtvis också en grundläggande skillnad mellan amerikansk och brittisk rätt.[201]

Men varför skall just domstolarna ha rätt att avgöra om en lag strider mot konstitutionen? Denna fråga är särskilt viktig om vi antar att Marshall underskattade svårigheterna och att prövningen av en lags grundlagsenlighet i allmänhet är tämligen vansklig.[202] S.Ct. har varken i Marbury v. Madison eller senare behandlat denna fråga, utan diskussionen härom, som hänger samman med frågan om lagprövningens demokratiska legitimitet och refererades ovan i 3.3.2.1, har helt förts i doktrinen.

10.5 *Perioden från 1803 till inbördeskriget*

Trots Marbury v. Madison-domens stora betydelse och genomslagskraft kom det dryga halvseklet mellan 1803 och inbördeskrigets utbrott 1861 att präglas av en anmärkningsvärt låg aktivitet från S.Ct. på lagprövningsområdet. Detta berodde främst på två omständigheter, nämligen att kongressen under denna period faktiskt gjorde få försök att begränsa rättigheterna i Bill of Rights, och att S.Ct. under hela perioden från konstitutionens antagande till inbördeskriget såg som sin huvuduppgift att bidra till upprättandet av en stark centralmakt. Det är i det ljuset ett avgörande som exempelvis McCulloch v. Maryland måste ses.

Därtill kom ytterligare ett skäl, nämligen att S.Ct. 1833, i avgörandet Barron v. Mayor of Baltimore, slog fast att the Bill of Rights inte var bindande för delstaterna utan endast kunde åberopas mot federala lagar.[203]

Madison hade i det tal den 8 juni 1789 där han lade fram sitt utkast till en rättighetsförklaring föreslagit att en bestämmelse om att delstaterna inte fick kränka religions- eller yttrandefriheten samt rätten till juryprövning i brottmål skulle inkluderas i denna. Regeln, som Madison själv betraktade som den viktigaste i hela förslaget, röstades emellertid ner av senaten.[204] Det var därför

198. Perry, a.a.s. 15.
199. Jfr ovan kap. 8.2.
200. Schwartz, Constitutional Law, s. 3. Se till det sagda även Brennan, Why have a Bill of Rights?, s. 426, Chemerinsky, The Vanishing Constitution, Harv.L.Rev. 1989 s. 97, Perry, a.a., Robin West, Taking Freedom Seriously, Harv.L.Rev. 1990 s. 52-53 och Wright, The Bill of Rights in Britain... s. 315.
201. Jfr t.ex. West, a.a.
202. Jfr Bickel, a.a.s. 3 ff, Cox, s. 13 f och Perry, a.a.s. 15 f.
203. 32 U.S. 243.
204. Se närmare Schwartz, The Great Rights... s. 182 o. 202 f.

föga överraskande att S.Ct. i nämnda avgörande kom fram till att **ingen** av reglerna i rättighetskatalogen kunde åberopas mot delstatslagar.[205]

Konsekvensen av de nämnda »hindren» för lagprövningsrättens utövande under denna period blev att S.Ct. mellan 1803 och inbördeskriget bara åsidosatte en lag som grundlagsstridig. Till yttermera visso skedde detta i ett av de mest ifrågasatta avgörandena i hela den amerikanska rättshistorien, Dred Scott v. Sandford[206]: S.Ct. fann där att en lag kallad Missourikompromissen, som förbjöd slaveri i vissa delar av landet men tillät det i andra områden, stred mot konstitutionen genom att den förbjöd en slavägare att transportera en slav genom ett område med slavförbud till ett område där slaveri var tillåtet. Lagen ansågs kränka slavägarens frihet och egendom i strid mot am.V, eftersom det inte var godtagbart att slavägaren skulle drabbas av sådana ingrepp av det enda skälet att han besökte en viss del av USA![207] Dessutom förvägrades slaven Scott talerätt vid en federal domstol.

Sammanfattningsvis utgör därför perioden mellan Marbury v. Madison och inbördeskriget ingen höjdpunkt i lagprövningsrättens historia. Såväl det faktum att rättigheterna inte var bindande för delstaterna som det smått rasistiska avgörandet Dred Scott v. Sandford visade emellertid, inte minst i förening med inbördeskriget, att förbättringar i den svarta befolkningens rättighetsskydd var nödvändigt.

10.6 Införandet av The Civil War Amendments

Som nämnts var syftet med am.XIII-XV att förbättra de svartas levnadsvillkor. Främst det faktum att slaveri existerat i USA ända tills sydstaterna besegrades – vilket med all tydlighet visade att oavhängighetsförklaringens stolta proklamation »all men are created equal» endast gällde för vita – men också ett avgörande som Dred Scott v. Sandford visade att de svartas rättsställning var katastrofalt svag. Efter inbördeskriget sågs det som ett nödvändigt första steg för att ge de svarta drägligare levnadsvillkor att deras rättsställning stärktes. Av Barron v. Mayor of Baltimore framgick att Bill of Rights inte kunde åberopas mot delstaterna. Samtidigt var de flesta av de lagar som diskriminerade svarta och kränkte deras rättigheter delstatslagar. Det enklaste och effektivaste sättet att förbättra de svartas rättighetsskydd var därför att inkorporera Bill of Rights så att den blev gällande rätt i delstaterna, vilket var syftet med införandet av the privileges and immunities clause i am.XIV sect.1.[208]

205. 32 U.S. s. 249. Kärandens talan avsåg i detta mål egendomsskyddet i am.V, men S.Ct. – företrädd av Marshall – uttalade sig generellt om hela Bill of Rights.
206. 60 U.S. s. 393 (1857).
207. Ibid s. 450. Detta avgörande bidrog f.ö. sannolikt till att utlösa det amerikanska inbördeskriget.
208. Jfr ovan s. 376 f. – En genomgång av den procedur som ledde fram till antagandet av am.XIV ges av Abraham i Freedom and the Court s. 30 ff. Därutöver fick införandet av tilläggen också andra konstitutionella konsekvenser. Bortsett från det definitiva förbudet mot slaveri – jfr am.XIII – var nämligen den kanske viktigaste effekten av tilläggen att de klargjorde gränserna för delstaternas handlingsfrihet och lade grunden för en ny form av federal överhöghet. Inbördeskriget stod som bekant mellan sydstater, som ville behålla slaveriet och nordstater, som ville förbjuda det, men gällde också frågan i vilken utsträckning enskilda delstater kunde

Detta var i sig något av en konstitutionell nymodighet, eftersom det enligt traditionellt amerikanskt synsätt var delstaternas uppgift att skydda sina medborgare mot förtryck utövat av den **nationella** regeringen[209]; här åtog sig plötsligt kongressen, som gavs befogenhet att stifta de lagar vilka krävdes för att rättigheterna i am.XIII-XV skulle upprätthållas, att värna medborgarnas rättigheter gentemot delstaterna.[210]

10.7 1870-1890: Från inbördeskriget till Lochnereran

Den konstitutionella utvecklingen efter det amerikanska inbördeskriget kan, åtminstone såvitt gäller tiden fram till 1950-talet, indelas i tre huvudperioder, vilka alla präglats av Supreme Courts praxis på rättighetsområdet. När denna ändrats har konsekvenserna blivit sådana att det är befogat att säga att den konstitutionella utvecklingen gått in i en ny fas.

De tre huvudperioder som till stor del fick sin prägel av den högsta instansens bestämda, klart uttalade praxis är, grovt räknat, dels decennierna närmast efter inbördeskriget, då S.Ct. valde att inte se the Bill of Rights som inkorporerad i delstaterna genom am.XIV, dels perioden från 1890 (cirka) till 1937, den så kallade Lochnereran, då S.Ct. var tydligt influerad av en inom den ekonomiska debatten härskande liberalism av laissez-fairemodell, dels tiden efter 1937, då S.Ct. gjorde »helt om» och i strid med sin tidigare praxis förklarat att personliga rättigheter som yttrandefrihet och personlig frihet

vägra att rätta sig efter centralmakten. I the Civil War Amendments fastslogs, med ett nytt konstitutionellt språkbruk som visade att reglerna var bindande även för delstaterna, att de segrande nordstaternas linje skulle gälla i nästan alla frågor där sydstaterna haft en från centralmakten avvikande uppfattning: Slaveriet avskaffades, de forna slavarna gavs rösträtt och medborgarskap i en delstat gjordes avhängigt det nationella medborgarskapet. Jfr Tribe, American Constitutional Law s. 416: »The decisions of the battlefield were given constitutional expression in the Reconstruction Amendments.» (Tilläggen kallas ibland även för Reconstruction Amendments.) Den valda regleringen av medborgarskapsfrågan innebar f.ö. att Dred Scott v. Sandford åsidosattes; slaven Scott saknade enligt S.Ct. 1857 nationellt medborgarskap, eftersom han inte var ättling till någon ursprunglig invånare. Detta var således ett av de fyra fall då avgöranden från S.Ct. åsidosatts genom att tillägg antagits till konstitutionen; jfr ovan s. 394 vid not 151.

209. Jfr ovan kap. 10.4.2.

210. Se am.XIII sect.2, am. XIV sect.5, am.XV sect. 2. Som vi skall se i följande avsnitt skulle det komma att dröja länge innan denna effekt uppnåtts; till stor del kan Supreme Courts länge kvardröjande ovilja att godta att Bill of Rights skulle ha blivit bindande i delstaterna genom am.XIV sect.1 förklaras med ett motstånd mot detta nya perspektiv på förhållandet mellan medborgaren, delstaterna och federationen och med en djupgående rädsla i USA för att federationen skall förtrycka delstaterna. Tilläggen fick emellertid ändå, trots att det tog lång tid innan den åsyftade inkorporeringen uppnåtts,omedelbar betydelse därigenom att de tydliggjorde förhållandet mellan federationen och delstaterna. Jfr Tribe, American Constitutional Law s. 5: »However great the supposed need to use the fourteenth amendment as a shield for citizens against their own states, the cure was feared by many to be worse than the disease, since it seemed to mean that Congress could deploy the amendment as a sword against the only governments close enough to the people to provide enduring protection for their interests.» Se förutom Tribe, a.a. även Amar, On Sovereignty and Federalism s. 1462 (»It is remarkable that the Reconstruction Amendments can be seen as perfecting the Federalist Constitution by trimming off its confederate vestiges.»).

borde åtnjuta ett starkare skydd än ekonomiska rättigheter som äganderätt och avtalsfrihet. Från och med 1950-talet är bilden mer splittrad; det blir då, trots Warrendomstolens liberalism, svårare att urskilja entydiga linjer i utvecklingen.[211]

Det vägledande avgörandet under den första perioden, cirka 1870 till cirka 1890, är the Slaughter-House Cases[212], där S.Ct. med siffrorna 5-4 fann att en lag i Louisiana som gav ett privat företag tjugofem års ensamrätt att driva slakterirörelse i New Orleans inte stred mot am.XIV.

Avgörandet motiverades med att am.XIV trots allt gjorde en åtskillnad mellan medborgarskap i delstaten och federationen, varför de rättigheter som var kopplade till medborgarskapet i delstaten – däribland näringsfrihet – ännu kunde regleras, begränsas och utformas av delstaternas lagstiftande församlingar. Skyddet i am.XIV för privileges and immunities gällde enligt S.Ct. bara de rättigheter som följde av det nationella medborgarskapet[213], medan the equal protection clause främst kunde åberopas av svarta och nyligen frigivna slavar och i övrigt hade ett begränsat tillämpningsområde.

Den i målet gjorda uppdelningen mellan rättigheter »kopplade till» de olika formerna av medborgarskap minskade naturligtvis effekterna av the Civil War Amendments. Ett av syftena, kanske det främsta syftet med införande av dessa var ju att det skulle klarläggas att Bill of Rights gällde i delstaterna; efter Slaughter-House Cases kvarstod dock Barron v. Mayor of Baltimore som utgångspunkten för enskildas rättighetsskydd.

Slaughter-House Cases var under en följd av år vägledande för Supreme Courts praxis. Domstolen slog således fast att inte heller rösträtt och etableringsfrihet för jurister följde av det nationella medborgarskapet. Vidare vägrade S.Ct. i flera fall att se am.XIII-XV som hinder för olika former av kvarstående rasdiskriminering.[214] Decennierna efter inbördeskriget var följaktligen en period då S.Ct. hade mycket liten betydelse för skyddet av enskildas medborgerliga rättigheter (medan kongressen, som bland annat antog en Civil Rights Act 1866, var desto mer aktiv). Den inkorporering av Bill of Rights i delstaterna som var syftet med införandet av the Civil War Amendments skulle komma att dröja.[215]

211. I och för sig kan den liberala Warrendomstolens praxis på 1950-och 60-talen ses som en vidareutveckling av den praxis som S.Ct. inledde 1937, men samtidigt fanns under bägge dessa decennier andra, motstridiga tendenser. I början på 1950-talet rimmade t.ex. domstolens hållning under McCarthyepoken illa med dess sedan 1937 regelbundet uttalade vilja att värna rättigheter som har betydelse för den politiska opinionsbildningen. Under 1960-talet stred renässansen för substantive due process-metoden helt med så gott som all praxis från 1937-1965.
212. 83 U.S. 36 (1873). Målens officiella benämning var f.ö. The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company, Paul Esteben, L. Ruch, J. P. Rouede, W. Maylie, S. Firmberg, B. Beaubay, William Fagan, J. D. Broderick, N. Seibel, M. Lannes, J. Gitzinger, J. P. Aycock, D. Verges, The Live-Stock Dealers' and Butchers' Association of New Orleans, and Charles Cavaroc v. The State of Louisiana, ex rel. S. Belden, Attorney-general samt The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company.
213. S.Ct gjorde f.ö. en uppräkning av de rättigheter som var av denna karaktär: se ibid s. 83.
214. Se närmare Brennan, a.a.s. 430 och Wright, a.a.s. 309, bägge m.h.t. praxis samt vidare beträffande rasdiskrimineringen nedan kap.
215. Någon **full** inkorporering av Bill of Rights har ännu inte ägt rum, men däremot har flertalet av de enskilda rättighetsreglerna i denna efter hand, oftast genom Supreme Courts åberopande av the due process clause i am.XIV, inkorporerats så att de nu kan åberopas även gent-

10.8 1890-1937. »The Lochner Era»

Som vi såg i föregående avsnitt var S.Ct. under decennierna närmast efter inbördeskriget obenägen att tillämpa am.XIII-XV; framförallt ansåg inte domstolen att am.XIV sect.1 innebar att rättigheterna i Bill of Rights blivit inkorporerade i delstaterna.

I slutet av 1800-talet modifierades emellertid Supreme Courts praxis. Detta skedde inte genom inkorporering av Bill of Rights i delstaterna, men däremot gav S.Ct. under slutet av 1890-talet och inledningen av 1900-talet särskilt den sistnämnda delen av am.XIV, kravet på *due process of law*, en omstridd tolkning som kom att ge upphov till en långvarig och intensiv debatt om domstolens roll i det amerikanska rättslivet och statsskicket. Det var först under denna period som judicial review kom att bli ett regelbundet inslag i domstolarnas, främst Supreme Courts praxis och det var först nu som den demokratiska legitimiteten i domstolarnas lagprövningsrätt började diskuteras.[216]

Den praxis som S.Ct. slog in på kring mitten av 1890-talet innebar ett visst avsteg från den praxis som domstolen tillämpat omedelbart efter inbördeskriget.[217] I de få fall närmast efter inbördeskriget där S.Ct. åsidosatte grundlagsstridiga lagar skedde detta med åberopande av ordalydelsen i enskilda konstitutionella bestämmelser, medan domstolens omdiskuterade praxis under Lochnereran främst baserades på en ny princip, *substantive due process*, vilken gjorde det lättare för S.Ct. att åsidosätta lagar som majoriteten av ledamöterna ogillade. Viktigast är kanske att S.Ct. under denna period tydligare än vid andra tillfällen medvetet strävade efter att främja vissa bestämda värden[218], bland vilka främst märktes marknadsekonomi och avtalsfrihet men där även ett inslag av ren socialdarwinism var tydligt.[219]

Ideologiskt sett råder ingen tvekan om att Supreme Courts praxis under denna period

emot delstaterna. Denna utveckling inleddes dock inte förrän på 1920-talet. Efterhand har am.I, IV, V, VI och delar av am.VIII inkorporerats, medan am.II, III, VII och IX ännu inte är bindande för delstaterna. (Att så inte är fallet beträffande am.X följer av regelns innehåll.) Se närmare Tribe, a.a. s. 567 ff, Nowak/Rotunda/Young s. 455 ff, Hand, a.a.s. 50, Wright s. 311, Nowak, Evaluating the Work... s. 277 och Frowein/Schulhofer/Shapiro s. 258 f, alla m.h.t. praxis. En minoritet om fyra ledamöter i S.Ct. stödde dock läran om *total incorporation* i Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947). Se närmare Tribe, a.a. och Frowein/Schulhofer/Shapiro, a.a.s. 280 f samt vidare nedan kap. 10.12.

216. Mellan 1803 och inbördeskriget förklarade S.Ct. som vi sett bara två lagar grundlagsstridiga (jfr ovan i 10.5). Efter inbördeskriget blev detta något vanligare – se närmare Nowak/Rotunda/Young s. 431 – men S.Ct. iakttog ända till begreppet substantive due process vann insteg i domstolens praxis kring 1890 stor återhållsamhet i lagprövningsfrågor.
217. Domstolens praxis under Lochnerperioden, dvs från cirka 1890 till 1937, stred t.ex. helt mot majoritetens linje i Slaughter-House Cases, där tanken att en delstatslag skulle kunna strida mot kravet på due process of law mer eller mindre avvisades. Se närmare Tribe, American Constitutional Law s. 421 o. 430 samt Nowak/Rotunda/Young s. 433.
218. Den period som »Lochnereran» därvidlag främst kan jämföras med är utan tvekan 1953-69, då Earl Warren var Chief Justice. The Warren Court bidrog mycket aktivt till att motverka och i vissa fall eliminera rasdiskriminering och blev i likhet med S.Ct. under slutet av Lochnereran hårt kritiserad för »activism», om än med andra ideologiska förtecken.
219. Jfr Tribe, a.a.s. 438: »...more striking...during the Lochner era was the strict judicial assessment of legislative ends. In this respect, judges drew heavily on earlier natural law and implied limitation notions; partly on the economic and social theories of Herbert Spencer advocating social Darwinism; and to a degree also on the conservative legal theories of Roscoe Pound, Thomas Cooley, and Christopher Tiedeman, advocating protection for individual freedom of contract and property through limitations on the reach of the police power.»

präglades av en mycket långtgående ekonomisk liberalism, där tron på marknadens osynliga hand och motviljan mot alla försök att via lagstiftning reglera olika näringsgrenar var centrala inslag.[220] Domstolen motsatte sig bestämt alla tendenser till välfärdslagstiftning, federal såväl som statlig.[221] Kravet på due process of law kom i stor utsträckning att tillämpas på delstatslagstiftning som på olika områden – främst kanske inom arbetsrätten – syftade till att reglera närings- och marknadsfriheten.[222]

Den ändrade inriktningen i den högsta dömande instansens praxis under slutet av 1800-talet bör, för att rätt förstås, sättas in i ett historiskt perspektiv. USA präglades under slutet av 1800-talet av en hastig ekonomisk och industriell utveckling. Transportväsen och industrier byggdes ut i snabb takt. Delstaterna – liksom kongressen – försökte då i ökad utsträckning motverka de negativa effekterna av industrialiseringen genom lagstiftning, varvid företagare och näringslivsrepresentanter allt oftare väckte talan vid domstol med påståendet att dessa lagar stred mot konstitutionen. S.Ct. var inledningsvis kallsinnig till dessa argument, men indikerade mot slutet av 1880-talet att en ändrad praxis kunde vara nära förestående. Det är tydligt att domstolens »kursändring» var influerad av vid denna tidpunkt förhärskande doktrin på det samhällsekonomiska området, dvs en uttalad marknadsliberalism enligt vilken staten borde intervenera så lite som möjligt i det ekonomiska livet.[223]

Uttrycket due process of law innebar från början enbart ett krav på att ingen skulle kunna berövas sitt liv, sin frihet eller egendom utan en korrekt rättslig prövning, en fair trial om man så vill.[224] Detta var således snarast ett formellt krav på att en viss procedur skulle föregå begränsningar eller inskränkningar av vissa rättigheter; regeln garanterade medborgarna en *procedural* due process i vissa situationer. Medan S.Ct. decennierna efter inbördeskriget häri varken läste in något skydd för andra rättigheter eller något krav på att lagar generellt skulle uppfylla särskilda innehållsmässiga krav, kom domstolen under en halvsekellång period från cirka 1887 till 1937 att tillämpa den så kallade *substantive* due process-praxis, som innebar att due process of law även förutsatte en innehållsmässig *fairness* och att detta krav ställdes på i princip all lagstiftning vars grundlagsenlighet domstolen var tveksam till. Betydligt oftare än tidigare åsidosattes också lagar – ofta sådana som var hänförliga till helt andra ämnen än »life, liberty or property» – på grund av att S.Ct. inte fann detta krav uppfyllt.[225] Detta var naturligt, emedan denna

220. Jfr bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 436: »The idea of substantive due process became the most viable concept for the Court to adopt as a legal theory to protect industry from government regulation.»
221. Utvecklingen har således vissa likheter med situationen i Norge vid samma period. Se härom ovan kap. 5.2.
222. Beträffande federala lagar användes i stor utsträckning den s.k. »commerce clause» i art.I sect.8 st.3 på samma sätt och i samma syfte (dvs att hindra lagstiftning på områden där S.Ct. ansåg att den fria marknaden borde vara självreglerande). Detta skedde då genom att S.Ct. fann att en viss lag inte omfattades av kongressens rätt enligt det nämnda lagrummet att lagstifta om handeln mellan delstaterna, utan i stället enligt läran om kongressens enumerated powers – jfr am.X – borde ha ankommit på vederbörande delstat att besluta om och därför var ogiltig. Se härom bl.a. Corwin, a.a.s. 109 f och Nowak/Rotunda/Young, s. 150 ff, bägge m.h.t. praxis. Även den s.k. contract clause i art.I sect.10 st.1, som förbjuder kongressen att stifta lagar som upphäver gällande avtal, användes i detta syfte; se närmare Tribe, a.a.s. 435 o. 467 f.
223. Jfr t.ex. Corwin, a.a.s. 106.
224. Jfr t.ex. Corwin, a.a.s. 107 och Ely, s. 15 vid not 13 med vidare doktrinhänvisningar.
225. Från 1899, då denna praxis fått fasta konturer, till 1937 åsidosatte S.Ct. sammanlagt 197 lagar.

lagprövningsmetod gav domstolarna betydligt friare händer att åsidosätta tveksamma lagar än en mer strikt prövning med utgångspunkt från konstitutionens ordalydelse.

Denna epok i domstolens historia brukar ofta kallas *Lochnereran*, efter ett berömt rättsfall 1905.[226] Domstolens resonemang i detta fall har blivit en symbol för hela den period i amerikanskt rättsliv från början av 1890-talet till 1937, då S.Ct. i hög grad baserade sina avgöranden på en liberal ideologi av laissez-faire karaktär. Uttrycket Lochnereran bör dock, som Tribe påpekat[227], användas med viss försiktighet som epitet för perioden: Även om S.Ct., med stöd främst av the due process clause i am.XIV, under detta skede var mer benägen än under någon annan tidigare eller senare period att underkänna ekonomisk lagstiftning, så visar statistiska genomgångar att domstolen trots allt upprätthöll fler sådana lagar än den åsidosatte.[228] Dessutom bedömdes olika typer av ekonomisk och social lagstiftning på olika sätt. Medan lagar som rent allmänt syftade till att omfördela välstånd eller ekonomiska tillgångar normalt åsidosattes eftersom de på ett otillåtet sätt ansågs ingripa i eller korrigera marknadsprocessernas resultat, intog S.Ct. inte sällan en mer social, lätt paternalistisk hållning till lagar som mer direkt syftade till att skydda svaga grupper som kvinnor och barn.[229]

Det rättsfall där S.Ct. först utvecklade substantive due process-doktrinen och förklarade att den kunde tillämpas på lagar som innehöll alltför långtgående regleringar av närings- eller avtalsfriheten var Mugler v. Kansas 1887.[230] I detta mål upprätthölls dock ifrågavarande lag, en delstatslag i Kansas som förbjöd alkoholförsäljning. Det första målet där S.Ct. åsidosatte en lag med stöd av den nämnda doktrinen, var Allgeyer v. Louisiana 1897.[231] Det är också i detta avgörande S.Ct. anses ha slagit fast sin avsikt att tillämpa due process-kravet i am.XIV på **all** lagstiftning som enligt domstolens mening kränkte avtalsfriheten.

Avgörandet gällde en lag i Louisiana enligt vilken sjöförsäkringar utfärdade av bolag som saknade näringstillstånd i delstaten var ogiltiga. Företrädarna för ett bolag vid namn Allgeyer & Co dömdes för brott mot lagen efter att ha korresponderat med ett försäkringsbolag i New York, som saknade erforderligt tillstånd, om en sjötransport av hundra bomullsbalar. S.Ct. fann att lagen stred mot am.XIV eftersom den berövade Allgeyer-bolaget dess (avtals)frihet utan due process of law. Domstolen utvecklade också sin syn på vilken frihet som omfattades av am.XIV. Förutom den rent fysiska friheten fann S.Ct. att due process-kravet i am.XIV också garanterade rätten att söka alla typer av anställningar och utöva alla sorters yrken. För att medborgarna verkligen skulle kunna åtnjuta dessa friheter krävdes emellertid också avtalsfrihet; följaktligen menade S.Ct. att även »liberty of contract» innefattades i am.XIV.

226. Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
227. A.a.s. 435.
228. Enligt gjorda beräkningar åsidosatte S.Ct. 197 lagar av ekonomisk karaktär under perioden 1899-1937, medan ett betydligt större antal lagar upprätthölls. De beräkningsgrunder som därvidlag använts för upprätthållna lagar är dock något skiftande; se Tribe, ibid, not 2 för närmare statistiska uppgifter.
229. Exempel härpå är Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908), där S.Ct. upprätthöll en lag som reglerade den maximala arbetstiden för kvinnor och Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898), där en lag i Utah som begränsade den maximala arbetstiden för gruvarbetare upprätthölls. Jfr till det sagda bl.a. Tribe s. 439 o. 442.
230. 123 U.S. 623 (1887).
231. 165 U.S. 578 (1897).

Att Lochner-målet från 1905[232] kommit att bli så berömt beror egentligen inte på att S.Ct. genom detta avgörande skiftade kurs, utan mer på att den metod domstolen under denna tid utnyttjade så ofta just där uttrycktes och förklarades ovanligt öppet och tydligt.

Vad som i detta fall blev föremål för bedömning var en lag i New York som begränsade den maximala arbetstiden för bagare till 10 timmar per dag och 60 timmar per vecka. Majoriteten i S.Ct. fann att lagen var ogiltig, eftersom den utgjorde ett otillåtet intrång i arbetsgivares och anställdas avtalsfrihet[233] – vilken i enlighet med vad domstolen kommit fram till i Allgeyer v. Louisiana, skyddades av am.XIV – och därför inte uppfyllde kravet på due process of law.

De kriterier som S.Ct. under denna period använde för att pröva om lagar – federala eller (oftast) delstatliga – stred mot konstitutionen anses således ha kommit till tydligare uttryck i domstolens resonemang i Lochner-målet än i kanske något annat fall.[234] I korthet kan dessa sägas ha inneburit att ekonomisk lagstiftning endast kunde upprätthållas om den stod i rimlig proportion till det – i sig legitima – syfte som den avsågs uppnå.[235] Eftersom avtalsfrihet och allmän ekonomisk frihet ansågs vara skyddade av am.XIV samtidigt som reglering av anställningsförhållanden och andra ekonomiska villkor normalt inte ansågs vara i sig legitima mål, var det naturligt att åtskillig ekonomisk lagstiftning inte överlevde domstolens prövning.

Just i Lochnermålet fann S.Ct. att syftet med den ifrågavarande lagen – att skydda de anställdas hälsa – kunde ha uppnåtts genom andra, lindrigare bestämmelser som inte påverkat avtalsfriheten i samma utsträckning. S.Ct. ifrågasatte också om lagens syfte verkligen var att skydda de anställdas hälsa, bland annat just för att bestämmelserna var mer långtgående än vad som krävdes för att uppnå detta syfte.[236] Domstolens resonemang visar f.ö. tydligt hur drastiskt tolkningen av begreppet due process of law hade förändrats från det ursprungliga kravet på iakttagande av en viss procedur, en »fair trial»

232. 198 U.S. 45 (1905).
233. Ibid s. 64.
234. Se t.ex. Tribe s. 437.
235. S.k. close scrutiny of means-ends relationships, som påminner åtskilligt om modernare begrepp som proportionality, eller – i tysk doktrin och praxis – Verhältnismässigkeit (se härom ovan kap. 7.4.2.2). – Just i Lochner-målet efterlyste majoriteten en »real and substantial» koppling mellan lagens utformning och det avsedda syftet med den; se 198 U.S. s. 56 o. 64. Ett exempel på ett avgörande från denna period där S.Ct. med tillämpning av samma resonemang **upprätthöll** en delstatslag är Nebbia v. New York, 291 U.S. 502, 525, 537 (1934), där majoriteten uttryckte sig på följande sätt: »The guaranty of due process, as has often been held, demands only that the law shall not be unreasonable, arbitrary and capricious, and the means selected shall have a real and substantial relation to the object sought to be attained...If the laws passed are seen to have reasonable relation to a proper legislative purpose and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied...»
236. Ibid s. 61 ff. – Detta är också ett av de avgöranden som åberopats flitigast i debatten om judicial activism kontra judicial self-restraint, vilket beror dels på att det markerar en kulmen på den period då S.Ct. ansåg sig helt oförhindrad att åsidosätta lagar inte bara när de stred mot tydliga regler i den amerikanska konstitutionen eller rättighetskatalogen utan även när domstolen fann att de stred mot ett mer omstritt och i grunden oklart begrepp som substantive due process, dels på domstolens egna, motstridiga uttalanden om sin roll gentemot den lagstiftande makten. Sålunda förklarade majoriteten att den inte hade för avsikt att ge sin egen bedömning företräde framför lagstiftarens (s. 56-57), samtidigt som ogiltigförklarandet av lagen bland annat motiverades med att »we do not believe in the soundness of the views which uphold this law» (s. 61).

om man så vill. Framförallt märktes detta i tolkningen av ordet »liberty», frihet, i am.XIV sect.1. Vad som ursprungligen var avsett att skyddas härmed var naturligtvis den rent fysiska friheten; det var denna som inte kunde inskränkas utan en due process of law. S.Ct. kom emellertid under Lochnereran att läsa in ett eget frihetsbegrepp i am.XIV, vilket påverkat av tidens ekonomiska synsätt och den dynamiska ekonomiska utvecklingen i ett USA präglat av nybyggaranda även omfattade avtalsfrihet (också när denna, som i Lochnermålet, innebar en »frihet» att baka i mer än tio timmar om dagen eller sextio timmar i veckan).[237] Detta är kärnan i begreppet *substantive* due process: Due process of law kom att betyda något annat, mer »substantiellt», än bara ett krav på att vissa rättighetsbegränsningar måste föregås av en viss procedur.[238]

Majoritetens resonemang i Lochnermålet är på många sätt utgångspunkten för den fortsatta statsrättsliga debatten om de amerikanska domstolarnas ställning, politiska makt och demokratiska legitimitet, en debatt som ännu pågår och som kommer att behandlas närmare nedan.[239] Här kan dock uppmärksammas att majoriteten i S.Ct. 1905 tycks ha varit osäker på innebörden i den form av aktiv judicial review som domstolen under hela Lochnerperioden ägnade sig åt. På ett ställe i Lochnerdomen förnekar nämligen S.Ct. att domstolen, genom att ge sina bedömningar företräde framför lagstiftarens, agerar som en »super-legislature»:

> This is not a question of substituting the judgment of the court for that of the legislature.[240]

Det anförda motiverades med ett traditionellt »higher law-resonemang»; domstolarna hade att tolka lagen, men konstitutionen var en rättskälla av högre rang varför en lag som stred mot konstitutionen inte kunde tillämpas. Några sidor längre fram i avgörandet konstaterar emellertid majoriteten om den åsidosatta lagen, på ett sätt som antyder att detta var ett tillräckligt skäl för att inte tillämpa den, att »we do not believe in the soundness of the views which uphold this law.»[241]

Denna oklara inställning till frågan om **när** och under vilka omständigheter en domstol får åsidosätta en i behörig ordning antagen lag är troligen ingen tillfällighet. Den substantive due process-metod som S.Ct. använde under Lochnerperioden medförde nämligen av naturliga skäl en kraftig ökning av antalet avgöranden där lagar åsidosattes,

237. Jfr majoritetens resonemang i Lochnermålet, 198 U.S. s. 53: »The statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and the employés, concerning the number of hours in which the latter may labor in the bakery of the employer. The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the Fourteenth Amendment... Under that provision no state can deprive any person of life, liberty or property without due process of law. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty protected by this amendment.» – Se till det sagda bl.a. Corwin, a.a.s. 108 f och Schwartz, American Constitutional Law s. 210.
238. Lochnerdomen är i viss mån också berömd för den avvikande mening som anmäldes av Justice Holmes. Oliver Wendall Holmes gick under denna period ofta emot domstolens majoritet i mål av denna typ och förvärvade så småningom epitetet »the great dissenter». I detta mål fann han att S.Ct. åsidosatte en lag främst för att denna stred mot den ekonomiska teori domstolen hyllade. Holmes menade att detta stred mot konstitutionen: »The 14th Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics.» 198 U.S. s. 75.
239. Se t.ex. nedan i kap. 10.11 o. 10.15.
240. 198 U.S. s. 56-57.
241. Ibid s. 61.

inte så mycket för att de stred mot konstitutionens ordalydelse som för att S.Ct. ansåg att de var okloka eller föga ägnade att uppnå sina syften eller för att de innebar otillbörliga intrång i den fria marknaden.

Avgörandet kom som sagt att bli vägledande för domstolens fortsatta agerande fram till det stora »paradigmskiftet» 1937.[242] Eftersom majoriteten av domare i S.Ct. envist höll fast vid denna tolkning av konstitutionen samtidigt som omfattande välfärdsreformer genomdrevs, både av kongressen och på delstatsnivå, var det logiskt att en djupgående konflikt så småningom kom att uppstå mellan den lagstiftande och dömande makten.

Denna kris kulminerade under 1930-talet, då det föreföll som om S.Ct. skulle kunna hindra hela genomförandet av den nyvalde presidenten Franklin D. Roosevelts föreslagna reformprogram (»the New Deal»). Innan majoriteten i S.Ct. 1937 ändrade sin praxis fanns det inga tecken på att »Lochnerattityden» skulle överges. Tvärtom finns det gott om exempel från perioden 1905-1937 på hur S.Ct. fortsatte att utnyttja både substantive due process-kravet och andra grundlagsbestämmelser för att ogiltigförklara ekonomisk lagstiftning.

I det s.k. Child Labor Case från 1918[243] åsidosattes exempelvis en av kongressen antagen lag som innebar att produkter tillverkade av företag vilka utnyttjade barn som arbetskraft, inte skulle få säljas utanför den stat där de tillverkats. S.Ct. fann att regeln om delstaternas »reträttigheter» i am.X[244] hindrade kongressen från att stifta en sådan lag. Ett annat känt avgörande från denna period är Coppage v. Kansas[245], där S.Ct. vägrade tillämpa en lag i Kansas som förbjöd arbetsgivare att i anställningskontrakt inta klausuler, vilka ställde som villkor för att någon skulle få ett visst arbete att vederbörande förband sig att avstå från medlemskap i en fackförening. Lagen ansågs kränka avtalsfriheten, eftersom rätten till medlemskap i en fackförening var en förmån som varje arbetare borde kunna förhandla bort om det gagnade honom.[246]

10.9 Paradigmskiftet 1937 och dess konsekvenser

10.9.1 President Roosevelts strid med Supreme Court. »The Court-Packing Plan»

Omedelbart efter sitt tillträde som president 1933 försäkrade sig Franklin D. Roosevelt om stöd i kongressen för sitt stora politiska och ekonomiska program mot den djupa 30-talsdepressionen, allmänt kallat the New Deal. Innehållet i detta var till stora delar

242. Det är dock i och för sig troligt att de domare vilka ansåg att konstitutionen gav ett så gott som absolut skydd åt den fria marknaden och att deras uppgift därför var att åsidosätta all lagstiftning som sökte reglera ekonomiska förhållanden, intog denna hållning snarare p.g.a. att de verkligen tolkade konstitutionen på detta sätt än för att de medvetet ansåg sig böra verka aktivt för marknadens eller näringslivets intressen. Jfr Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 438.
243. Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918).
244. Jfr ovan s. 374 f.
245. 236 U.S. 1 (1915).
246. Ibid s. 19 ff.

välfärdslagstiftning av just det slag som S.Ct. sedan minst fyrtio år varit skeptisk till.[247] Grundlagsenligheten i flera av de viktigaste lagarna i detta »krispaket» kom att prövas i en serie avgöranden 1934-36, då S.Ct. mycket riktigt åsidosatte några av de centrala New Deal-lagarna.[248]

Efter att ha blivit omvald som president 1936 lät Roosevelt tydligt förstå att han avsåg att gå vidare med the New Deal och att han inte tänkte låta S.Ct. stå i vägen på det sätt som varit fallet under hans föregående ämbetsperiod. Presentationen av hans *Court Packing Plan* i februari 1937 var därför inte helt ologisk.[249]

Förslaget innebar att en ny federal domare skulle utnämnas för **varje federal domare** – således inte bara för varje ledamot av S.Ct. – som fyllt sjuttio år och varit verksam som domare i tio år. 1937 innebar detta att maximalt femtio nya domare hade kunnat utnämnas. Antalet ledamöter i S.Ct. skulle dock inte tillåtas bli högre än femton.[250]

Förslaget gav upphov till en minst sagt livlig politisk och rättslig debatt. Majoriteten i den demokratiskt styrda kongressen tycktes under våren 1937 vara emot förslaget, varför det mesta tydde på att det inte skulle kunna genomföras. Innan det blev aktuellt med omröstning förlorade emellertid frågan sin betydelse, eftersom majoriteten i S.Ct. helt enkelt övergav sitt motstånd mot välfärdslagstiftning som syftade till att reglera det ekonomiska livet.

10.9.2 Avgörandet 1937

Det kan vara svårt att ange exakt när begreppet substantive due process med allt det står för blev en del av Supreme Courts praxis, men det är desto enklare att ange när domstolen övergav sin strikta lagprövningspraxis beträffande ekonomisk lagstiftning. Ändringen skedde i början av 1937 genom avgörandet West Coast Hotel v. Parrish[251], där S.Ct. – i skarp kontrast mot det så sent som 1936 meddelade avgörandet Morehead v. New York ex rel. Tipaldo[252] – upprätthöll en delstatslag från Washington om minimilöner för kvinnor. Under de följande åren upprätthöll S.Ct. flera viktiga New Deal-lagar.[253]

247. Jfr Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 441: »The New Deal legislation presented to a majority of the justices of the Court the greatest threat to their concept of free enterprise that they could imagine.» Se även Schwartz, American Constitutional Law s. 165.
248. Totalt åsidosatte S.Ct. under denna tvåårsperiod inte mindre än sexton av de lagar som ingick i Roosevelts reformprogram. Se för en fyllig genomgång av de viktigaste av dessa fall Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 157 ff. – En allmän skildring av det amerikanska rättslivet under denna period, med betoning på de konstitutionella konsekvenserna av högsta domstolens vägran att godta de av kongressen föreslagna anti-depressionslagarna, ges av Kjell-Åke Modéer i Finalisten som katalysator, i Festskrift till Per-Olof Bolding, Stockholm 1992, främst s. 354-60.
249. Jfr härom Modéer, a.a.
250. Se närmare bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 40 f. o. 160.
251. 300 U.S. 379 (1937).
252. 298 U.S. 587 (1936).
253. Främst i fallen U.S. v. Darby, 312 U.S. 100 (1941) beträffande Fair Labor Standards Act (en federal lag med regler om både minimilöner och maximal arbetstid), NLRB v. Jones & Laughlin Steel Co., 301 U.S. 1 (1937) beträffande National Labor Relations Act (där föreningsfriheten erkändes genom att S.Ct. gick emot Coppage v. Kansas (jfr ovan s. 416)) samt Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942) beträffande Agricultural Adjustment Act (som underkänts 1936 i U.S. v. Butler, 297 U.S. 1, 75). En genomgång av de viktigare avgörandena under denna period finns hos Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 40 not 15. Se även Wechsler, Stone and the Constitution, Col.L.Rev. 1946 s. 778 f.

Sedan domstolen väl övergivit sin tidigare praxis var vägen jämnad för ett totalt konstitutionellt nytänkande, som något år senare skulle komma till uttryck i den inflytelserika doktrinen om *preferred rights*.

I amerikansk doktrin ifrågasätts inte sällan i vilken utsträckning omsvängningen i S.Ct. – »the switch in time that saved nine» – enbart berodde på hotet om omorganisation av domstolen. Den djupgående depressionen i USA under 1930-talet hade förmodligen minst lika stor betydelse; en aktiv, interventionistisk regering som genom lagstiftning försökte få fart på ekonomin och lindra den sociala nöden blev under denna period betraktad som något av en nödvändighet. President Roosevelt åtnjöt också under hela depressionstiden ett starkt folkligt stöd för sitt lagstiftningsprogram. Under dessa förhållanden blev det allt svårare för majoriteten i S.Ct. att hålla fast vid en filosofi baserad på ekonomisk 1800-talsliberalism, som i stort sett gick ut på att staten borde avstå från att lagstifta i ekonomiska frågor.[254] Redan 1936 var fyra av domstolens nio ledamöter beredda att ändra den tidigare rigida hållningen och när sedan Justice Roberts skiftade sida 1937 fanns en majoritet i S.Ct. för större lyhördhet gentemot den lagstiftande makten – vilket kanske var nödvändigt för att rädda domstolens anseende och legitimitet i den amerikanska allmänhetens ögon.[255]

254. Jfr Tribe, American Constitutional Law s. 446-47: »No longer could it be argued with great conviction that the invisible hand of economics was functioning simultaneously to protect individual rights and produce a social optimum... Positive government intervention came to be more widely accepted as essential to economic survival, and legal doctrines would henceforth have to operate from that premise.» Se även Schwartz, American Constitutional Law s. 165.

255. Se allmänt om vilka faktorer som kan ha bidragit till förändringen bl.a. Tribe, a.a.s. 446 ff samt i God Save This Honorable Court s. 66-67 (där Tribe helt avvisar tanken att Justice Roberts skulle ha bytt sida enbart p.g.a. hotet från »the Court-Packing Plan»). Denna uppfattning, som är mycket vanlig i amerikansk doktrin, beror dock enligt en annan teori helt på Justice Frankfurters framgångsrika försök att i efterhand sprida denna bild av vad som hände i S.Ct. vid tidpunkten för the Court Packing Plan; verkligheten skulle ha varit en helt annan, nämligen att domstolen darrade inför presidentens och kongressens hot mot dess oberoende; se Michael Ariens, A Thrice-told Tale or Felix the Cat, Harv.L.Rev. 1994 s. 620-676. Jfr även Schwartz, American Constitutional Law s. 165. Se också Aleinikoff, a.a. s. 953 ff, som urskiljer tre skäl till, eller krav från tre håll på, ändrad praxis i S.Ct. vid 1930-talets slut, nämligen »the political call», dvs önskemål från politiska kretsar om en mer tidsanpassad tolkning av konstitutionen, »the judicial call», vilket syftar på det ökade inflytandet för dissidenterna under Lochnereran (främst Holmes, Brandeis och så småningom Stone) samt »the Academic Call», dvs den ökade kritiken mot Lochnerideologin från den akademiska världen. En bred, allmän skildring av de ideologiska stämningarna i USA vid denna period och dessas rättsliga effekter ges vidare av David M. Bixby, The Roosevelt Court, Democratic Ideology, and Minority Rights: Another Look at United States v. Classic, Yale L.J. 1981, främst på s. 746 ff. – Det kan anmärkas att flera av de ledamöter i S.Ct. som under »Lochnereran» så ofta ogiltigförklarat viss ekonomisk lagstiftning vid tidpunkten för Roosevelts maktinträde hunnit bli ganska ålderstigna. Presidenten hade därför under alla omständigheter haft stora möjligheter att inom en snar framtid ersätta de konservativa domarna med mer progressiva ledamöter och därigenom sannolikt avlägsnat den konservativa majoriteten även om S.Ct. inte självmant ändrat sin praxis. Från 1937-1940 utnämnde president Roosevelt f.ö. inte mindre än fem nya ledamöter av S.Ct. Dessa var i kronologisk ordning Justices Black, Reed, Frankfurter, Douglas och Murphy.

10.9.3 Teorin om preferred rights

10.9.3.1 *Footnote four i Carolene Products*

Även om det dröjde till 1942 innan S.Ct. uttryckligen angav att vissa av rättighetsreglerna i Bill of Rights befann sig i en *preferred position*[256] så brukar denna läras ursprung hänföras till Justice Stones berömda *footnote four* i U.S. v. Carolene Products Co.[257] Innebörden i denna doktrin, som under en lång period skulle komma att dominera domstolens praxis i lagprövningsfrågor, anses i allmänhet vara att lagar som berör personliga och politiska rättigheter i lagprövningssammanhang skall utsättas för en hårdare granskning än lagar som rör sociala och ekonomiska rättigheter (där domstolarna i princip skall respektera lagstiftarens bedömningar av vilka lagar som behövs). Det finns därför all anledning att analysera den berömda fotnotens budskap.

Efter att i sakfrågan – huruvida federal lagstiftning som förbjöd transport och handel av lågkvalitativ mjölk mellan delstaterna var grundlagsenlig – ha konstaterat att »(T)he existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless in the light of the facts made known or generally assumed it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators», övergick Stone till att i en fotnot närmare utveckla sin syn på domstolarnas möjligheter att granska olika former av lagstiftning. Fotnotens fullständiga lydelse är – med undantag för rättsfallshänvisningar – denna:

> There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.
>
> It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation...
>
> Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious...or national...or racial minorities; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.

Vad fotnoten egentligen säger är således följande: S.Ct. bör inte åsidosätta lagstiftning som reglerar ekonomiska förhållanden. Brytningen med Lochnereran är således total. Däremot kan det finnas större utrymme (»narrower scope for the operation of the presumption of constitutionality») för prövning av giltigheten av lagstiftning som berör och

256. Genom Justice Stone i Jones v. Opelika, 316 U.S. 584, 608 (1942): »The First Amendment is not confined to safeguarding freedoms of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution... has put those freedoms in a preferred position.»
257. 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

möjligen begränsar någon bestämd rättighet i Bill of Rights.[258]

Detta är dock ett ganska allmänt hållet kriterium; ekonomisk lagstiftning berör exempelvis inte sällan regeln om skydd för property i am.V. Därför beskriver Stone i fotnotens st. 2-3 olika typer av lagstiftning vars grundlagsenlighet bör granskas mer kritiskt från domstolarnas, främst då den högsta domstolens sida. Sådan lagstiftning är, antyder han, lagar som gör det svårare för den politiska processen att fungera och lagar som riktar sig mot eller berör små (»discrete and insular») minoriteter.

I fotnotens första stycke görs således ingen åtskillnad mellan rättigheterna i am.I-X. St. 2-3 innebar däremot i praktiken – eftersom S.Ct. snabbt anammade Stones synsätt – att lagar, som begränsade yttrandefriheten, mötesfriheten och andra för den politiska processen och den fria opinionsbildningen viktiga rättigheter samt lagar som berörde olika minoritetsgrupper i samhället, kom att granskas betydligt hårdare än övrig lagstiftning.[259]

10.9.3.2 *Den fortsatta utvecklingen*

Om man skall analysera preferred rights-lärans betydelse under de närmaste decennierna efter 1937 kan det i och för sig vara lämpligt att göra en åtskillnad mellan dess förekomst i högsta domstolens praxis och dess inflytande i den rättsvetenskapliga doktrinen. Ett slående faktum är dock att tanken att S.Ct. borde överlåta åt de lagstiftande myndigheterna att avgöra vilken lagstiftning som är lämplig på det ekonomiska området men samtidigt upprätthålla en strikt praxis avseende lagar som berörde vissa medborgerliga rättigheter – s.k. *double standard of judicial review*[260] – under en lång period dels var vägledande för domstolens bedömningar av vilka lagar som stred mot konstitutionen, dels var allmänt accepterad i den rättspolitiska debatten. Tidigare kritiker av domstolens maktanspråk såg av allt att döma principen som en välgörande kontrast mot domstolens

258. Denna rangordning av rättigheter kan givetvis också ses som ett inlägg i en traditionell debatt mellan höger- och vänsterliberaler, »libertarians» kontra »egalitarians», vilken på 1970-talet fått sin fortsättning i libertarianernas kritik från höger mot Rawls rättviseteori. Jfr Sandel i Harv.L.Rev. 1994 s. 1765 f. The preferred position principle innebar förvisso inte bara ett brott med Lochnereran utan också ett avståndstagande från vissa liberala önskemål om behovet av en minimal »nattväktarstat».

259. Carolene Products och Stones uttalande kan givetvis ses som den definitiva bekräftelsen på att S.Ct. brutit med Lochnererans ideologi och slagit in på en ny väg. Det kan dock påpekas att tanken att vissa rättigheter bör åtnjuta ett starkare skydd i lagprövningssammanhang än andra hade framförts redan 1937 av Justice Cardozo i Palko v. Connecticut (302 U.S. 319, 326-27). Cardozo gjorde här en uppdelning mellan rättigheter som var »implicit in the concept of ordered liberty» och sådana som inte kunde sägas ha denna status. Han menade att »... we reach a different plane of social and moral values when we pass to... freedom of thought and speech... the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom.» Att Stone var påverkad av detta uttalande när han skrev fotnoten i Carolene är givetvis mycket sannolikt; skillnaden mellan Carolene och Palko v. Connecticut kan kanske sägas vara att Stone i det förstnämnda fallet tydligare markerar att S.Ct. bör ha en aktiv roll i skyddet av de skyddsvärda rättigheterna. Se närmare om förhållandet mellan de bägge avgörandena härvidlag Abraham, Freedom and the Court, s. 15 f.

260. Se närmare bl.a. Abraham, a.a.s. 13 ff och Samuel Estreicher, Platonic Guardians of Democracy: John Hart Elys role for the Supreme Court in the Constitutions open texture, N.Y.U.L.R. 1981 s. 554.

totala brist på lyhördhet gentemot de politiska organen under Lochnereran.[261] Teorin låg med andra ord rätt i tiden i ett skede då domstolarnas lagprövningsrätt länge ifrågasatts och S.Ct. »attackerades» från högsta politiska håll. Den byggde på den urgamla tanken, med rötter hos Hamilton och Madison[262], att domstolarna var den institution i USA som var bäst skickad att värna de medborgerliga rättigheterna, men garanterade samtidigt att varken S.Ct. eller andra domstolar särskilt ofta skulle komma att åsidosätta lagar som berörde andra frågor, exempelvis rent ekonomiska frågor.[263]

Som illustration till hur principen kunde influera en domares resonemang kan hänvisas till en annan av Justice Stones mer berömda formuleringar, nämligen hans dissens i det s.k. Flag Salute Case, som gällde rätten för medlemmar av en religiös minoritet att vägra hylla den amerikanska flaggan. Stone skrev här inledningsvis: »The very fact that we have constitutional guarantees of civil liberties and the specificity of their command where freedom of speech and religion are concerned require some accomodation of the powers which government normally exercises, *when no question of civil liberty is involved*, (min kursivering) to the constitutional demand that these liberties be protected against the action of government itself...»[264]

I rättspraxis fick principen ett så gott som totalt genomslag under 1940- och 50-talen.[265] I praktiken kom dock det förstärkta skyddet rätt snart att i första hand omfatta rättigheter av politisk betydelse som yttrande-, press-, mötes- och föreningsfriheten; preferred rights blev allt mer liktydigt med *first amendment rights*.[266] Som exempel kan hänvisas just till det ovannämnda Flag Salute Case: Visserligen var Stone där ensam om att vilja ge yttrande- och religionsfriheten företräde framför troheten till flaggan, men några år senare anslöt sig majoriteten i S.Ct. i ett likartat mål till Stones uppfattning.[267]

261. Jfr t.ex. – ur den rikhaltiga litteraturen härom – Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 68 f: »The famous Carolene Products footnote, soon after the end of Lochnerism, offered a way to define the judicial role that seemed consistent with a commitment to majoritarian democracy. The Carolene Products approach assumed the supremacy of the elected branches of government and of limited judicial review. The judiciarys task was to facilitate effective democratic decisionmaking by ensuring full participation and preventing incumbents from frustrating electoral accountability. The Justices would not be substituting their values for that of the legislature; laws would be invalidated only if they violated rights specified in the text of the Constitution or disadvantaged »discrete and insular» minorities that could not protect themselves in the pluralistic political process. The allure of the Carolene Products approach was great: it was a philosophy that promised both the judicial deference needed to sustain economic regulations and a role for the courts that was consistent with democratic rule.» – Som en illustration till att Holmes' ovan in 238 nämnda dissens i Lochner närmast blivit domstolens normala standard brukar f.ö. ibland anföras Blacks uttalande i Ferguson v. Skrupa (372 U.S. 726, 731-32 (1963): »We refuse to sit as a »superlegislature to weigh the wisdom of legislation»...Whether the legislature takes for its textbook Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes or some other is no concern of ours.»
262. Jfr ovan kap. 10.4.2.2.
263. Jfr bl.a. Abraham, Freedom and the Court s. 24 ff.
264. Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940), s. 602 f.
265. För hänvisningar till praxis under denna period se bl.a. Abraham, a.a.s. 17 not 47 o. 18 not 48, Chemerinsky, a.a.s. 69 not 119, Estreicher, a.a.o.s. not 27 och Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 865 not 3.
266. Ett uttalande som »(F)reedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position» (Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105, 115 (1943)) utgör ingen isolerad företeelse.
267. West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

Som vi sett ovan betonade Stone i sin dissens i Flag Salute Case särskilt yttrande- och religionsfrihetens betydelse. (»The very fact that we have constitutional guarantees of civil liberties *and the specificity of their command where freedom of speech and religion are concerned* (min kursivering)...»). Målet gällde huruvida två skolpojkar, tio och tolv år gamla samt medlemmar i Jehovas vittnen, hade rätt att av religiösa skäl vägra delta i av deras skola anordnade och i lag påbjudna hälsningsceremonier till den amerikanska flaggan. Då de vägrade delta blev de relegerade från skolan, varvid deras far väckte talan mot denna. Stone var den ende ledamoten i S.Ct. som ansåg att de hade rätt att vägra delta i denna hälsningsceremoni. Han konstaterade att en tillämpning av lagen även gentemot religiösa minoriteter av i målet aktuellt slag innebär »no less than the surrender of the constitutional protection of the liberty of small minorities to the popular will.» Detta var enligt Stone fullkomligt otänkbart, eftersom »(T)he Constitution expresses more than the conviction of the people that democratic processes must be preserved at all costs. It is also an expression of faith and command that freedom of mind and spirit must be preserved, which government must obey, if it is to adhere to that justice and moderation without which no free government can exist.»[268]

Här återkommer således resonemanget från *footnote four* i Carolene Products, samtidigt som det specificeras. Redan i footnote four betonades eller snarare antyddes att främst lagar som ingriper i den politiska processen bör bli föremål för en hårdare prövning, en striktare granskning av domstolarna än andra lagar. Detta är – tillsammans med skyddet för »discrete and insular minorities» – kärnan i *the preferred position principle*. I the Flag Salute Case går Stone ett steg längre och framhäver särskilt »freedom of mind and spirit» (dvs i praktiken främst yttrande- och religionsfrihet) som villkor för ett fritt samhällsskick. Även minoritetsskyddet framhävs tydligare i detta senare avgörande; Stone understryker att minoriteternas rättigheter normalt inte får offras enbart av hänsyn till majoritetens önskemål och påminner om att frihetsinskränkningar ofta riktats mot försvarslösa minoriteter, varför sådana rättighetsbegränsningar bör föranleda särskild vaksamhet från domstolarnas sida.[269]

I texten i footnote four förordas strikt granskning av lagar som kan hindra den politiska processen från att fungera effektivt (st.2) och lagar riktade mot bland annat etniska minoriteter (st.3). På 1950-talet avgjorde S.Ct. de första i en serie mål om rasdiskriminering vilka kom att få stor betydelse för att förbättra de svartas ställning i USA. Ett område på vilket S.Ct. kunde förena vakthållningen kring den demokratiska processen med en prövning av hur lagar påverkade minoriteternas ställning, där domstolen emellertid gjorde stora insatser redan på 1940-talet, var rösträtten.

Enligt am.XV har som nämnts alla amerikanska medborgare rösträtt, vilken aldrig kan avskaffas på grund av rasskäl. Regeln är bindande också för delstaterna. Samtidigt visade det sig vara ganska vanligt att de stora partierna i vissa delstater infört regler som i praktiken inskränkte svarta personers rösträtt, ofta genom att de förbjöds att delta i partiernas primärval (där som bekant presidentkandidaterna nomineras). I U.S. v. Classic[270] slog S.Ct. fast att primärval var att jämställa med val i den mening som anges i art.I sect.4, varför de skulle regleras genom delstatslagstiftning. Och eftersom delstaterna var bundna av am.XV innebar detta att tidigare diskriminerande primärvalsregler blev ogiltiga.[271]

268. 310 U.S. s. 606-07.
269. Ibid: »History teaches us that there have been but few infringements of personal liberty by the state...which have not been directed, as they are now, at politically helpless minorities.»
270. 313 U.S. 299 (1941).
271. Andra viktiga rösträttsfall som kan nämnas här är bl.a. Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944), där S.Ct. förklarade att det demokratiska partiet i Texas inte var en privaträttslig organisation med rätt att reglera sina egna primärvalsregler utan tvärtom, på grund av sin politiska funktion i samhället, representerade staten Texas, samt Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962),

10.9.3.3 *Synpunkter från doktrinen*

a. Tidig kritik När teorin om vissa rättigheters preferred position i lagprövningssammanhang blivit accepterad, kom den att dominera lagprövningspraxis i S.Ct. under en lång följd av år. I den mån ett definitivt »trendbrott» så småningom kom, ägde detta inte rum förrän på 1970-talet.[272] En annan sak är att S.Ct. under olika perioder på 1950- och 60-talen också tillämpade andra kriterier i sin normprövning.

I sin enkla form kan teorin omsatt i praxis sägas innebära att en domstol som skall pröva grundlagsenligheten av ekonomisk eller social lagstiftning nöjer sig med att bedöma om lagstiftaren förefaller ha haft rationella skäl för att införa lagen, så att den inte framstår som helt godtycklig. Finns någon sådan rationell motivering, kan lagen inte åsidosättas såvida den inte uttryckligen strider mot någon bestämmelse i konstitutionen.[273] Denna bedömning anknyter nära till Justice Stones uttalande i Carolene Products.

Däremot görs alltså en striktare bedömning av lagar som berör någon av de medborgerliga rättigheterna i the Bill of Rights. För sådana lagar gäller ingen »presumption of constitutionality». Detta innebär inte att de förutsätts vara grundlagsstridiga, utan endast att rättigheternas stora betydelse för samhället betonas och att domstolarna på ett helt annat sätt än vid prövning av ekonomisk lagstiftning bör vara vaksamma så att dessa rättigheter inte inskränks i onödan. **Bland** de medborgerliga rättigheterna i Bill of Rights anses så de som har stor betydelse för den politiska processen och den fria åsiktsbildningen böra åtnjuta ett särskilt starkt skydd.

Under den långa tid då idén om preferred rights »härskade» mer eller mindre oinskränkt i amerikansk konstitutionell teori och praxis kom trots allt kritik från två höga jurister som förklarade att de varken kunde stödja teorin eller sympatisera med dess implikationer. Dessa bägge dissidenter i det amerikanska juristetablissemanget var Justice Frankfurter och Judge Learned Hand, vilka i dissenser (Frankfurter) och skrifter (Hand) framförde skarp kritik mot den annars så populära läran.[274]

Dessa två var också ledande företrädare för den amerikanska restrainttraditionen. Justice Frankfurter var överhuvudtaget skeptisk till tanken på att domstolar skulle kunna åsidosätta lagar, varför det inte var så underligt att han vände sig mot tanken att vissa rättigheter borde åtnjuta ett starkare skydd i dessa sammanhang än andra. Han fruktade att tanken på en preferred position för exempelvis yttrandefriheten skulle innebära att varje lag som kunde misstänkas begränsa denna automatiskt skulle åsidosättas.[275] Så kan dock knappast Stones berömda fotnot tolkas; den framstår snarare som en uppma-

där domstolen slog fast att alla försök att indela valdistrikt på ett sätt som missgynnar minoritetsgrupper stred mot am.XIV. Se närmare om dessas avgöranden rättsliga och ideologiska samband med footnote four i Carolene Products bl.a. Bixby, a.a.s. 806 f samt närmare om rösträttsfallen nedan kap. 10.11.2. .

272. Se närmare nedan kap. 10.12.
273. Se t.ex. Schwartz, a.a.s. 211.
274. Frankfurter och Hand var f.ö. nära vänner. Se härom Gunthers stora biografi över Hand, bl.a. s. 437 ff, 557 ff (om hur Frankfurter försökte få Hand invald i S.Ct.) o. 665 ff.
275. Tydligast utvecklade han sin syn på the preferred position principle (»a mischievous phrase») i Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 90 (1949). Hans motvilja mot begreppet fick f.ö. till följd att själva uttrycket preferred position sedan dess inte återkommit i domstolens avgöranden.

ning till domstolarna om **skärpt vaksamhet**, eller ökad aktivitet om man så vill, i vissa fall där medborgerliga rättigheter berörs.[276] Learned Hand var inte lika stark motståndare mot alla former av lagprövningsrätt, utan kunde som vi sett i 3.2.1 acceptera vissa former av formell sådan, närmast för att upprätthålla konstitutionens maktdelningsideal. Tanken att domstolarna vid utövandet av den materiella lagprövningsrätt som han under alla omständigheter var skeptisk till skulle göra åtskillnad mellan olika rättigheter var honom emellertid helt främmande.[277]

Ett mål där S.Ct. visade en tydlig splittring i den centrala frågan om huruvida vissa rättigheter borde åtnjuta ett starkare skydd än andra var West Virginia State Board of Education v. Barnette[278], det avgörande där majoriteten följde Stones tre år tidigare framlagda dissens i Flag Salute Case. Majoriteten var säker på sin sak: »The test of legislation which collides with the Fourteenth Amendment because it also collides with the principles of the First, is much more definite than the test when only the Fourteenth is involved.»[279] Minoriteten (tre ledamöter), som dock inte fick något omedelbart inflytande på rättsutvecklingen, hade genom Frankfurter en annan syn: »There is no warrant in the constitutional basis of this Court's authority for attributing different roles to it, depending upon the nature of the challenge to the legislation. Our power does not vary according to the particular provision of the Bill of Rights which is invoked.»[280]

b. Ytterligare om Elys modell Om Frankfurter och Hand var relativt ensamma i sin skepticism under 1940- och 50-talen blev bilden emellertid en annan under 1960- och än mer 1970-talet. Kritiken gällde då i allmänhet att teorin var svår att upprätthålla utan

276. Jfr t.ex. McKay, a.a.s. 1191. Se allmänt om Frankfurter även Ariens, a.a. Gunther menar f.ö. i sin biografi över Hand, s. 557 ff, att Frankfurters hårda motstånd mot preferred rights-läran var det främsta skälet till att president Roosevelt inte ville nominera Hand till Justice; Roosevelt ville inte på nytt se en splittrad S.Ct., där de välrenommerade skeptikerna Hand och Frankfurter kanske kunde överatala andra ledamöter att överge den framgångsrika preferred rights-doktrinen.
277. Jfr The Bill of Rights s. 51: »I can see no more persuasive reason for supposing that a legislature is *a priori* less qualified to choose between »personal» than between economic values; and there have been strong protests, to me unanswerable, that there is no constitutional basis for asserting a larger measure of judicial supervision over the first than over the second.» – Enligt Dworkin hade Frankfurter främst pragmatiska skäl för sin restraintlinje (som alltså inkluderade skepsis mot preferred rights); det gällde att se till att den amerikanska allmänheten hade respekt för S.Ct., så att en situation som påminde om Lochnereran inte skulle kunna uppstå. Se Mr. Liberty s. 19 f. (Denna bild av Frankfurters pragmatiska övervägande stämmer f.ö. väl med Ariens resonemang om hur Frankfurter lyckats pådyvla eftervärlden sin av pragmatism dikterade version av händelserna 1937; se Ariens a.a., anm. ovan i not 255). Hands version av judicial restraint var enligt Dworkin »so much more austere». Även om Frankfurter och Hand var de enda mer namnkunniga kritiker mot teorin som framträdde under dess »storhetstid» och deras inflytande därför blev begränsat, så bemöttes deras argument naturligtvis allvarligt och engagerat av lärans förespråkare. Abraham har i en genomgång av denna debatt identifierat tre huvudtemata som anförts till stöd för läran, nämligen dels rättigheternas stora betydelse för samhället, dels den uttryckliga lydelsen i Bill of Rights, som onekligen ger rättigheterna i am.I ett starkare skydd än flera andra rättigheter (»Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble...»), dels domstolarnas större möjligheter än andra samhällsinstitutioner att skydda rättigheterna. Se närmare a.a.s. 21 ff.
278. 319 U.S. 624 (1943).
279. Ibid s. 648.
280. Ibid.

att även andra rättigheter än de som uttryckligen nämns i Bill of Rights skulle komma att garanteras av S.Ct.[281]

En av anledningarna till att teorin om preferred rights fick så bred anslutning i juristkretsar var att den erbjöd en definition av domstolarnas roll, som var förenlig med den traditionella majoritetsdemokrati som få i USA ifrågasatte. Den förenade de valda politiska organens politiska överhöghet med domstolarnas lagprövningsrätt och gav därmed en lösning på »the counter-majoritarian difficulty».[282] De som under 1960- och 70-talen började kritisera preferred rights-läran menade emellertid att den inte längre kunde lösa denna avvägning, eftersom S.Ct. genom att skydda även icke grundlagsreglerade rättigheter på nytt var på väg att utvecklas till en slags *super-legislature*.[283] Elys i 3.2.2.2 behandlade teori erbjuder en ny lösning på the counter-majoritarian difficulty[284] genom att hävda att ökat deltagande i den politiska processen förstärker demokratin. En lagprövning som främjar demokratin är därför godtagbar, **oavsett** om domstolarna går emot den demokratiskt valde lagstiftaren och oavsett om normprövningen resulterar i att även andra rättigheter än de som nämns i Bill of Rights tillerkänns konstitutionell status.

Kritiken mot Elys teori har ända sedan den lanserades varit tämligen omfattande.[285] En central del av denna kritik har berörts ovan i avsnitt 3.2.2.2, men här bör också diskuteras Elys tolkning av Carolene Products. Kritikerna hävdar att Ely tolkar footnote four i grunden fel. Detta beror delvis på hans ensidiga betoningen av participation, av politisk aktivitet, som enligt kritikerna ger en felaktig bild av den preferred rights doctrine som Stone eftersträvade.[286] Det finns dock även ett annat problem med Elys tolkning av den berömda fotnoten, som har att göra med vilken typ av minoritetsskydd Justice Stone egentligen avsåg. Det är något oklart om Stone syftade på svaga minoriteter i allmänhet eller endast på minoriteter som av olika skäl hade svårt att i den politiska processen tillvarata sina intressen. St. 3 i fotnoten kan egentligen tolkas på bägge sätten[287], men

281. Inte minst sköt kritiken in sig på två rättsfall där S.Ct. i kontroversiella avgöranden erkände en rättighet som saknar stöd i Bill of Rights, nämligen rätten till »privacy» eller personlig integritet i Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) och rätten till abort i Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Se närmare om dessa fall nedan kap. 10.12.3.
282. Se närmare t.ex. Chemerinsky, a.a.s. 68 ff, Abraham, a.a.s. 24 ff och Ackerman, Beyond Carolene Products, Harv. L. Rev. 1985 s. 715. Jfr även Tribe, a.a.s. 453: »From Justice Stones footnote 4 to modern arguments about economic as against political liberties, the search for ways to make judicial review legitimate, given the rejection of Lochner for reasons of institutional competence and authority, has preoccupied (one could say obsessed) constitutional scholarship for the last forty years.»
283. Se för hänvisningar till denna debatt bl.a. Chemerinsky, a.a.s. 69 not 123. Jfr om utvecklingen nedan, främst kap. 10.12. En annan form av kritik gick ut på att det inte längre var lika lätt att identifiera olika minoritetsgrupper som Stone antytt i fotnoten. Hur borde t.ex. lagstiftning som särskilt berör uteliggare, homosexuella eller kvinnor bedömas? Se närmare om denna debatt Ackerman, a.a.s. 713-746 och Ely s. 151 ff.
284. Jfr Grey, Do we have an Unwritten Constitution?, Stan.L.Rev. 1975 s. 705. Se närmare om svårigheterna i Elys teori kap. 3.2.2.2.
285. Se kap. 3.2.2.2 samt för en hänvisning till kritik i doktrinen Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 15 (i not 13).
286. Vad Stone menade var att vissa rättigheter hade större betydelse än andra för det demokratiska samhällsskicket samt att vissa minoriteter borde ges ett stärkt rättighetsskydd. Däremot hävdade han aldrig – som Ely – att domstolarna i sin lagprövning skall påverkas av i vilket syfte en enskild utövar en viss rättighet.
287. Jfr ovan avsnitt 10.9.3.1 på s. 419 f.

Ely är övertygad om att en »discrete and insular minorities approach» för att fungera effektivt i vår tid måste omfatta **alla** svaga minoritetsgrupper, inte bara de etniska eller religiösa minoriteter som Stone nämnde i fotnoten respektive de grupper vars intressen av något skäl inte bevakas fullt ut i den politiska processen.[288] Som exempel hänvisar Ely till de svarta, en grupp som efter rösträttsavgörandena fått sin rent politiska ställning stärkt men ändå är en missgynnad minoritet i det amerikanska samhället. Ely menar att innebörden av footnote four måste vara att lagar som på något sätt berör svartas rättsställning skall utsättas för en strikt granskning i lagprövningssammanhang. Stones varning för »prejudice against discrete and insular minorities» måste enligt Ely ha inneburit en omsorg om alla svaga minoritetsgrupper, vilka av någon anledning missgynnas av lagstiftaren.[289] Detta resonemang bygger dock på en mycket extensiv tolkning av footnote four, vilken kan leda till betydligt mer långtgående konsekvenser än Stone avsåg.[290] Skall även olika invandrargrupper, bostadslösa eller homosexuella åtnjuta förstärkt rättighetssskydd vid lagprövning? Ja, säger Ely, eftersom de troligen missgynnas i »the pluralist's bazaar».[291] Denna uppfattning kan givetvis ha fog för sig, men det är svårt att se att den har något direkt samband med footnote four.

10.10 McCarthy-perioden

Som en särskild period i amerikansk konstitutionell historia kan även McCarthy-perioden i början av 1950-talet beskrivas. Denna period, som åtminstone bland icke-jurister torde vara betydligt mer bekant än Lochner-eran, har dock inte fått sitt namn efter något viktigt rättsfall utan efter den ökände senatorn Joseph McCarthy, som strax efter andra världskriget, under det kalla krigets inledningsskede, stod i spetsen för en omfattande »klappjakt» på kommunister i hela USA. Syftet med de aktioner McCarthy ledde var framför allt att förhindra att kommunister eller kommunistsympatisörer innehade ansvarsfulla poster i det amerikanska samhället.

Oavsett exakt vilka år som avses med uttrycket McCarthy-perioden[292], så råder ingen

288. Se Democracy and Distrust s. 151 ff.
289. Ibid s. 152 f.
290. Se t.ex. Estreicher, a.a.s. 556: »Presumably, Stone was concerned with more than formal exclusion from the political process. He may have had in mind the condition of black Americans who, although granted suffrage by the fifteenth amendment, were effectively barred – by poll taxes, literacy tests, racial gerrymandering, exclusion from political parties, and violence – from real access to the process. Under Ely's reading, however, the footnote unquestionably extends beyond formal and de facto exclusion from the process, to outcomes which, notwithstanding Ely's efforts to isolate the role of »prejudice», may well be explained by factors such as poverty, low intensity of interest, abscence of organizational skills, disinclination to participate in politics, or cultural preference for isolation.»
291. A.a.s. 152.
292. McCarthy-perioden – då de av senator McCarthy ledda aktiviteterna i mycket präglade hela nationen – kan vara svår att exakt precisera tidsmässigt. McCarthys plattform var ett kongressutskott kallat *HUAC*, House Un-American Activities Committee, som bildades redan 1938. Utskottets aktioner, med förhör, uppmaningar till yrkesförbud (bland annat inom filmindustrin) m.m., anses ha varit som livligast under perioden 1947-54. Det är också uppenbart att anti-kommunistiska stämningar ökade starkt i omfattning i USA kort tid efter krigsslutet 1945, liksom att McCarthys inflytande minskade snabbt under senare delen av 1950-talet.

tvekan om att USA i slutet av 1940- och början av 1950-talet ideologiskt sett var starkt präglat av skarp antikommunism. Bakgrunden härtill var naturligtvis »det kalla kriget», dvs den supermaktskonflikt mellan USA och det kommunistiska Sovjetunionen som så gott som omedelbart efter andra världskriget kom att dominera världspolitiken. De främsta effekterna av »McCarthyismen» var rent politiska, i form av yrkesförbud, svartlistningar osv för personer som av olika skäl misstänktes (beviskraven ställdes i dessa sammanhang inte särskilt högt) för att hysa kommunistiska böjelser. De allmänna stämningarna i samhället under denna period kom emellertid också att få rättsliga konsekvenser. I början av 1950-talet övergav S.Ct. *the preferred position principle* som utgångspunkt för judicial review.[293]

Detta inträffade i målet Dennis v. United States[294] från 1951, det tydligaste exemplet från denna tid på att även S.Ct. påverkades av de allmänna stämningarna i samhället. I målet åtalades tio av ledarna för det amerikanska kommunistpartiet för brott mot Alien Registration Act, allmänt kallad Smith Act, från 1940. Denna lag, som antogs året innan USA gick med i andra världskriget, var inte primärt riktad mot kommunister utan mot subversiva och revolutionära aktiviteter i allmänhet. Under McCarthy-perioden kom den dock att tillämpas främst på kommunister.

I sect.2-3 i Smith Act förbjöds alla former av deltagande i eller förespråkande av revolutionär verksamhet i USA (...overthrowing or destroying any government in the United States...). Däremot förbjöds inte medlemskap i några politiska organisationer. Ledarna i kommunistpartiet åtalades emellertid för brott mot dessa bestämmelser på den grunden att de försökte göra partiet till en revolutionär rörelse (samt för att de förespråkat revolutionära metoder för att förändra samhället). Däremot åtalades de inte för några andra brottsliga gärningar. Sedan de fällts i första instans – efter en rättegång som varade i nio månader – och även i Court of Appeal (där Learned Hand var ordförande)[295] blev målet föremål för prövning i S.Ct. S.Ct. prövade av processuella skäl aldrig själva skuldfrågan,utan endast huruvida de åberopade bestämmelserna i Smith Act var förenliga med konstitutionen (främst med am.I). Domstolen fann med sex röster mot två att så var fallet.

Avgörandet rymde inte mindre än fem skrivna vota. Vinson, som efterträtt Stone som Chief Justice 1946, fann för domstolens räkning[296] att the Smith Act syftade till att skydda det amerikanska styrelsesättet och regeringen »...not from change by peaceable, lawful and constitutional means, but from change by violence, revolution and terrorism.»[297] Lagen omfattade dock inte bara våldsoch terrorhandlingar som sådana, utan fastmer agitation och propaganda för sådana handlingar – vilket Vinson menade att kongressen hade rätt att förebygga.[298] Vad så gällde de i målet åtalade personerna fann Vinson att deras handlande (dvs att de stödde kommunistiska idéer) befann sig på »fel» sida om gränsen mellan yttrandefrihet, som även innefattade en rätt att plädera för förändringar i samhället, och sådana handlingar som samhället hade rätt att skydda sig mot genom att, t.ex., anta lagar som Smith Act: »In each case(courts) must ask whether the gravity of the »evil»,

293. Dessutom antogs ett antal speciella »anti-kommunistlagar», däribland the Subversive Activities Control Act 1950 och the Communist Control Act 1954.
294. 341 U.S. 494 (1951).
295. Denna dom kan sägas ligga i linje med den restraint-tradition Hand var en del av (se ovan i 3.2.1) men avvek samtidigt från ett yttrandefrihetsavgörande som Hand meddelat i ett liknande mål under första världskriget. Se för kritik mot domen från Court of Appeal och Hands inkonsekvens Dworkin, Mr. Liberty s. 18 f.
296. Till hans mening anslöt sig även Reed, Burton och Minton. Frankfurter och Jackson, vilka var eniga med Vinson, skrev egna motiveringar, vartill kom dissenser från Black och Douglas.
297. 341 U.S. s. 501.
298. Ibid.

discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger.»[299]

Att Dennis-avgörandet verkligen innebar ett avsteg från the preferred position principle illustreras i viss mån av att Justice Frankfurter var enig med majoriteten om att the Smith Act inte stred mot konstitutionen. Frankfurter ogillade i och för sig lagen, men hyllade – som alltid – principen om judicial self-restraint: »...free-speech cases are not an exception to the principle that we are not legislators, that direct policy-making is not our province.»[300] Än tydligare framgår brottet med de föregående decenniernas praxis kanske av dissidenternas Black och Douglas' resonemang. Douglas vände sig mot vad han upplevde som en uppstramning av domstolens praxis i yttrandefrihetsmål och ifrågasatte kommunistpartiets förmåga att åstadkomma en revolution i USA.[301] Black uttryckte sig ännu tydligare:

Public opinion being what it now is, few will protest the conviction of these Communist petitioners. There is hope, however, that in calmer times, when present pressures, passions and fears subside, this or some later Court will *restore the First Amendment liberties to the high preferred place* where they belong in a free society.»[302] (Min kursivering).

Att det var fråga om ett avsteg från preferred rights-läran behöver dock inte visas med citat. Viktigare är vad som faktiskt inträffade i målet, nämligen att S.Ct. inte gjorde något försök att värna de åtalade kommunisternas yttrandefrihet och rätt att framföra impopulära åsikter vid en tidpunkt då just dessa åsikter ogillades starkt av såväl lagstiftare som allmänhet.[303] Yttrandefriheten var som vi sett en av de centrala rättigheterna i pre-

299. Ibid s. 510. Att S.Ct. nu godtog detta kriterium som godtagbart skäl för yttrandefrihetsbegränsningar innebar inte bara ett – som det senare visade sig tillfälligt – övergivande av preferred rights-läran, utan också av »*the clear and present danger test*», som varit domstolens huvudprincip i yttrandefrihetsmål ända sedan Schenk v. U.S., 249 U.S. 47 (1919). Enligt denna princip, som formulerades av Justice Holmes i nämnda mål, var yttrandefrihetsbegränsningar enbart tillåtna när det förelåg en »clear and present danger» för att de faror som lagstiftaren ville förhindra verkligen skulle inträffa (»(T)he question in every case is whether the words used are used in circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evil that Congress has a right to prevent»). Vinsons uttalande i Dennis v. U.S. anses allmänt ha inneburit en omformulering av the clear and present danger test till något av en »probable danger test»; se bl.a. Abraham, a.a.s. 214, Ely, a.a.s. 108, McKay, The preference for Freedom s. 1204 f o. 1208 f samt Rostow, The democratic Character... s. 219 f. I själva sakfrågan ansåg Vinson f.ö. att clear and present danger inte kunde innebära ett krav på att regeringen »...must wait until the *putsch* is about to be executed, the plans have been laid and the signal is awaited». (341 U.S. s. 509).
300. Ibid s. 539.
301. 341 U.S. s. 588-89: »Some nations less resilient than the United States, where illiteracy is high and where democratic traditions are only building, might have to take drastic steps and jail these men for merely speaking their creed. But in America they are miserable merchants of unwanted ideas; their wares remain unsold. The fact that their ideas are abhorrent does not make them powerful.»
302. Ibid. s. 581.
303. Kritik mot avgörandet från rättssäkerhetssynpunkt saknades inte i den rättsvetenskapliga doktrinen under denna period. Här kan hänvisas till Rostow, a.a.s. 222 ff: »The Dennis case is by all odds the most important and far-reaching of the recent civil rights cases...civil liberties in the United States are in a state of grave crisis, and I venture to hope that the recent decisions of the Supreme Court will not prove to be its lasting position...»

ferred rights-läran, som S.Ct. tillämpat sedan 1938. S.Ct. anpassade sig således till de rådande åsiktskonjunkturerna och övergav sina tidigare principer.[304]

10.11 The Warren Court

10.11.1 Allmänt

Domstolens avsteg från the preferred position principle skulle bli kortvarigt. Sedan Earl Warren utnämnts till Chief Justice 1953 präglades S.Ct.av en mycket liberal hållning. Återgången till the preferred position principle var då på många sätt ett naturligt steg i domstolens praxis.

På yttrandefrihetsområdet kom detta, inte minst i förhållande till McCarthy-eran och Dennis-målet, till uttryck i Yates v. United States[305], där S.Ct. gjorde en distinktion mellan uttryck för ideologisk övertygelse och förespråkande av brottsliga metoder. S.Ct. gjorde här klart att ingen skulle dömas för brott mot the Smith Act enbart för att vederbörande uttryckt stöd för **den abstrakta idén** om förändringar genom våld eller revolution; brott förelåg först när någon verkligen försökt, eller försökt övertyga någon annan, att göra revolution. Till yttermera visso fastslogs att det var myndigheternas sak att visa att de förmenta revolutionärerna verkligen försökt »...do something, now or in the future, rather than merely believe in something.»[306]

Earl Warren var Chief Justice från 1953 till 1969. Under hans ordförandeskap präglades S.Ct. starkt av *activism*. Den enda period i domstolens historia som därvidlag kan jämföras med åren 1953-69 är Lochnereran. Skillnaden mellan dessa bägge perioder är emellertid att Warrendomstolen hade en helt annan ideologisk profil än S.Ct. under åren 1890-1937; medan »Lochnerdomstolen» hyllade principen om statens icke-inblandning i näringslivet (»laissez-faire») och inte var främmande för socialdarwinistiska idéer, var the Warren Court inriktad på samhällsreformer och förbättringar av minoriteternas – främst den svartas – ställning. Om S.Ct. under Lochnereran ideologiskt stod för en blandning av konservatism och extrem eller i vart fall långtgående marknadsliberalism var Warrendomstolen uttalat socialliberal.[307]

304. Jfr bl.a. Abraham, a.a.s. 214 och McKay, a.a.s. 1209. – Det sagda hindrar inte att S.Ct. under McCarthy-åren även kunde få kritik från konservativt håll för att vara »soft on communism»; se närmare om dylika stämningar bl.a. Schmidhauser, Judicial Activism... s. 49.
305. 354 U.S. 298 (1957).
306. Ibid s. 325. Se för hänvisning till ytterligare rättsfall som pekade i samma riktning Frowein/-Schulhofer/Shapiro s. 268 f, Abraham, a.a.s. 178-79 och Nowak i Hast. Const. Law Quarterly 1980 s. 280-81.
307. Warrendomstolen var naturligt nog mycket kontroversiell i USA under 1950- och 60-talet och ofta utsatt för kritik inte minst från konservativa kretsar. De åtgärder för att motverka rasdiskrimininering som bar domstolens signum var exempelvis inte särskilt uppskattade i sydstaterna. S.Ct. fick emellertid under denna period också uppbära kritik från (konservativa) juristkretsar, däribland från advokatsamfundet, the American Bar Association. Se närmare Schmidhauser, a.a.s. 47. Just utnämningen av Earl Warren till Chief Justice brukar f.ö. ofta anföras som exempel på att ledamöter i S.Ct. inte alltid agerar så som allmänt förväntats när de utnämnts; Warren, som utnämndes av den republikanske presidenten Eisenhower, hade tidigare varit republikansk guvernör i Californien under lång tid. Att hans namn skulle komma att symbolisera den kanske mest liberala perioden i domstolens historia föreföll vid utnämningstillfället 1953 föga sannolikt.Se Tribe, God save this honorable Court s. 52 f.

Resultatet av Warrendomstolens liberalism och aktiva skydd för medborgerliga rättigheter var dels en liberalare praxis beträffande vissa rättigheter, som S.Ct. i och för sig värnat tidigare men då kanske inte lika energiskt[308], dels en utveckling av rättighetsskydd på flera »nya» områden som diskrimineringsförbud och rösträttsregler.[309] Ett tredje karakteristiskt inslag i Warrendomstolens praxis var att delstaterna i högre grad än tidigare förpliktades att vidta särskilda åtgärder för att exempelvis motverka rasdiskriminering; domstolen skyddade under denna tid således medborgarnas rättigheter inte enbart genom att värna deras privata, skyddade sfärer, utan också genom att i högre grad än tidigare förpliktiga myndigheter och även privatpersoner att handla på ett visst sätt. Flera av Warrendomstolens avgöranden på hithörande områden fick stor betydelse för den fortsatta statsrättsliga utvecklingen.

10.11.2 Kampen mot rasdiskriminering

10.11.2.1 Equal protection cases

Det helt grundläggande avgörandet vad gäller förbättringar av de svartas rättsställning är Brown v. Board of Education från 1954.[310] Genom detta avgörande förbjöds – eller åtminstone försvårades – mycket av den diskriminering av svarta som i praktiken rått i USA ända sedan nationen bildades.

Ända fram till inbördeskriget var som bekant slaveri tillåtet; att de svarta då var diskriminerade är tämligen uppenbart. Efter inbördeskriget förbjöds så slaveri genom am.XIII. Att segregation mellan svarta och vita, rentav i apartheidliknande former, trots detta var lagligt fastslogs av S.Ct. 1896 i Plessy v. Ferguson.[311] Detta mål gällde en bestämmelse i Louisiana, enligt vilken alla järnvägsbolag var skyldiga att tillhandahålla likvärdiga men åtskilda (»equal but separate») platser för svarta och vita passagerare. En man vid namn Plessy, som enligt egen utsago var av blandat kaukasiskt och afrikanskt ursprung, satte sig under en resa i en avdelning för vita. Plessy dömdes av en delstatsdomstol för brott mot bestämmelsen. S.Ct. fann att detta inte stred mot am.XIV. Domstolens motivering härför präglade sedan rättsläget i stort sett ända fram till 1954; majoriteten i S.Ct. (8-1) menade att the equal protection clause i am.XIV visserligen garanterade svarta en med vita likvärdig behandling, men inte kunde tolkas som ett förbud mot åtskillnad mellan svarta och vita medborgare (»*the separate but equal doctrine*»).[312] Lagar som segregerade svarta från vita innebar enligt S.Ct. inte nödvändigtvis att den ena gruppen rankades som över- eller underlägsen den andra, åtminstone inte så länge lagen framstod som »reasonable».

308. Att Warrendomstolen hade en liberalare syn än närmast föregående domstolssammansättning på yttrandefrihetens ställning under 1950-talets skarpa antikommunism framgår, som vi sett av Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957). En lättillgänglig genomgång av Warrendomstolens praxis på några från rättighetssynpunkt centrala områden ges av Choper, a.a.s. 91-103. Se för en något fylligare analys Nowak i Hast.Const.L.Q. 1980 s. 280 ff samt för en allmän beskrivning av Warrendomstolens praxis Ely, a.a.s. 73-75.
309. Se till det sagda bl.a. Cox, a.a.s. 100: »...the chief Justiceship of Earl Warren brought a period of extraordinary creativity in constitutional law which has greatly enlarged the role of the Supreme Court in American government and further politicized the process of constitutional adjudication.» Jfr även Ely, a.a.
310. 347 U.S. 483.
311. 163 U.S. 537 (1896).
312. 163 U.S. s. 543-44: »The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political equality, or a conmingling of the two races upon terms unsatisfactory to either.»

Den ende avvikarens, Harlan, dissens har i efterhand kommit att framstå som smått profetisk. Harlan underströk att konstitutionen var »colorblind»[313] och att rasbetingad åtskillnad mellan individer »...is a badge of servitude wholly inconsistent with...the equality before the law established by the constitution.»[314] Han varnade också för att majoritetens separate but equal doctrine med tiden skulle bli lika förlegad som Dred Scott-avgörandet.[315]

Den separate but equal doctrine som S.Ct. slog fast i Plessy v. Ferguson gällde, med de konsekvenser detta medförde för de svartas ställning, ända till 1954, då Warrendomstolen i Brown v. Board of Education enhälligt slog in på en ny kurs. Vad S.Ct. gjorde i Brown-avgörandet innebar dock inget upphävande av hela the separate but equal doctrine, utan endast att denna inte fick tillämpas inom utbildningsväsendet.[316]

Målet gällde fyra fall av segregerade skolor. I samtliga fall hade svarta elever sökt tillträde till skolor som var avsedda för vita, men förvägrats tillträde av skolmyndigheterna och sedan fått besked av delstatsdomstolarna att detta var riktigt med hänsyn till the separate but equal doctrine. Kärandena i målet hävdade inför S.Ct. att segregerade skolor aldrig kunde vara »equal». Samtidigt var det klarlagt i målet att de olika skolorna i princip var likvärdiga såvitt gällde byggnader, läromedel, lärarnas kvalifikationer och andra jämförbara förhållanden. Domstolen var därför tvungen att ta ställning till om segregationen **som sådan** stred mot konstitutionen: »Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other »tangible» factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities?»[317] En enhällig domstol fann att så verkligen var fallet, eftersom segregering av svarta barn från andra barn »...of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.»[318]

S.Ct. menade därför att en tillämpning av the separate but equal doctrine inom utbildningsväsendet stred mot the equal protection clause i am.XIV, ett lagrum som från och med 1954 ofta skulle komma att användas av de amerikanska domstolarna just för att motverka rasdiskriminering.

Samtidigt, den 17 maj 1954, tog S.Ct. ställning till en liknande form av skolsegregering i District of Columbia, där enbart federal lag (och ingen delstatslag) var tillämplig. Här kunde S.Ct. inte basera avgörandet på the equal protection clause, som enbart gäller i delstaterna och inte binder de federala myndigheterna. Frågan var därför om skolsegregering mellan svarta och vita även stred mot the due process clause i am.V. S.Ct. fann att sådan segregering var liktydig med en kränkning av de svarta elevernas »liberty» och därför stred mot am.V.[319] Avgörandet var logiskt, eftersom S.Ct. svårligen kunde ställa lägre krav på federationen än på delstaterna vad gällde förbud mot diskriminering av svarta, men »inkorporeringen» av the equal protection clause i den federala rätten genom am.V innebar otvivelaktigt en konstitutionell innovation och är ett exempel på Warrendomstolens activism. I dag råder det emellertid ingen tvekan om att the due process clause i am.V även innefat-

313. 163 U.S. s. 559.
314. Ibid s. 562.
315. Jfr om detta avgörande ovan i 10.5.
316. 347 U.S. s. 495. – Det kan därför ifrågasättas i vilken utsträckning avgörandet egentligen upphävde verkningarna av Plessy v. Ferguson; jfr bl.a. Hand, The Bill of Rights s. 54 och Wechsler, a.a.s. 32.
317. 347 U.S. s. 493.
318. Ibid s. 494.
319. Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

tar en för de federala myndigheterna bindande regel om likabehandling mellan olika raser och folkgrupper.[320]

Även om S.Ct. i Brown v. Board of Education formellt inte åsidosatte den separate but equal doctrine som rått i USA sedan 1896, så fick avgörandet en svåröverskattad rättslig, social och politisk betydelse. Socialt och politiskt bidrog det framför allt till att stärka de svarta medborgarnas självkänsla och inspirera den framväxande medborgarrättsrörelsen.[321] Ur rättslig synvinkel är avgörandet betydelsefullt dels på grund av de följdverkningar det snabbt fick, dels för att det kan ses som det kanske första exemplet på *policy-making*, dvs ett direkt ställningstagande i en kontroversiell politisk fråga, som tangerar formuleringen av ett politiskt handlingsprogram, från S.Ct.[322] Till yttermera visso var domen enhällig, vilket bidrog till dess genomslagskraft. Brown v. Board of Education var det första avgörandet där S.Ct. så att säga gick före andra institutioner i det politiska reformarbetet och blev pådrivande i samhällsutvecklingen.[323]

Begränsningen av Brown-domens räckvidd till utbildningsväsendet betydde nämligen, vilket snabbt kom att visa sig, inte särskilt mycket. Snart följde ett antal avgöranden från S.Ct. som förklarade att the separate but equal doctrine, av samma skäl som anförts i Brown, var ohållbar även på en mängd andra områden i samhället; t.ex. bussar, restauranger, parker, badstränder och -hus samt idrottstävlingar.[324] Dessa domar var i allmänhet kortfattade och innehöll ofta bara en hänvisning till Brown jämte en förklaring om att de där anförda synpunkterna även var tillämpliga på de områden saken gällde i respektive mål. Indirekt låg därför *Brown* till grund för ett så gott som totalt avskaffande av the separate but equal doctrine.

En särskild fråga av intresse i detta sammanhang är i vilken utsträckning Warrendomstolens aktiva skydd av medborgerliga rättigheter kan härledas eller ses som ett arv från, alternativt en utveckling av footnote four i Carolene Products. Att Warrendomstolen rent allmänt slog vakt om och även utvecklade the preferred position principle är oomtvistat. Mer oklart är om domstolens avgöranden i Brown och andra rasdiskrimineringsfall kan ses som en direkt utveckling av det förstärkta minoritetsskydd som Stone förordade i footnote four. Att dessa avgöranden inte stred mot de idéer Stone förde fram i fotnoten är givet, men frågan är om det kan sägas gå en rak linje från footnote four

320. Jfr Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 636. S.Ct. har ända sedan 1954 tillämpat detta krav lika hårt mot federala som mot delstatliga myndigheter. Ibid s. 423 o. 585 m.h.t. praxis.
321. Se härom i statsrättsdoktrinen bl.a. Choper, a.a.s. 92 ff m.h.t. litteratur och debatt.
322. Se t.ex. Perry, a.a.s. 2: »In the modern period of American Constitutional law – which began in 1954 – with Brown v. Board of Education – the United States Supreme Court has played a major and unprecedented role in the formulation of human rights...Thus, in America the status of constitutional human rights is almost wholly a function, not of constitutional interpretation, but of constitutional policymaking by the Supreme Court.» Detta är möjligen något överdrivet, eftersom S.Ct. som vi sett ovan, sin political question doctrine till trots även före 1954 avgjort ett stort antal mål med viktiga politiska implikationer.
323. Jfr t.ex. Cox, a.a.s. 57: »The Brown decision restated the spirit of America and provided a beacon of hope for black men at a time when other governmental voices had nothing to offer. The result can only be described as a revolution in constitutional law.»
324. Se närmare Nowak/Rotunda/Young s. 636 o. 659 och Swindler, a.a.s. 240, bägge m.h.t. praxis. Det dröjde däremot ända till 1967 innan S.Ct., i avgörandet Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967), förklarade att en delstatslag som förbjöd äktenskap mellan svarta och vita stred mot am.XIV.

till Brown och de många avgöranden som senare följde. Ely hävdar bestämt att så är fallet.[325] Vad som möjligen kan invändas häremot är att Stone i st.3 i den berömda fotnoten, som särskilt behandlar skyddet för minoriteter, antyder dels att lagar som behandlar minoriteter helt allmänt bör utsättas för särskilt noggrann prövning såvitt avser deras grundlagsenlighet, dels att »prejudice against discrete and insular minorities» kan vara ett skäl till en striktare lagprövning om denna »prejudice» »...tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities...», dvs om den hindrar den normala politiska processen från att fungera eller försvårar de svartas deltagande i denna. Den apartheidliknande segregering som ännu i slutet på 1950-talet förekom i många amerikanska delstater[326] var givetvis synnerligen osmaklig, men ingenting tyder i och för sig på att den begränsade svarta medborgares möjligheter att delta i det politiska livet. (Annorlunda förhöll det sig då med de i nästa avsnitt behandlade rösträttsfallen, som härvidlag avgjordes mot en annan bakgrund.) Ingenstans i fotnoten uttrycks heller någon specifik skepsis mot just the separate but equal doctrine, (som för övrigt inte hade tillkommit genom någon lag utan genom en dom från S.Ct.). En viss koherens finns dock mellan Warrendomstolens åsidosättande av Plessy v. Ferguson och footnote four; Plessy v. Ferguson var ju ett avgörande från Lochnereran, vars synsätt S.Ct övergivit 1937, året innan fotnoten skrevs.

10.11.2.2 Rösträttsfallen

I am.XV, som antogs 1870, fastslås att varken kongressen eller någon delstat kan begränsa någon medborgares rösträtt på grund av dennes ras, hudfärg eller tidigare rättsliga status (vilket givetvis syftar på före detta slavar). Frågan om de svartas rösträtt och delstaternas möjligheter att på olika sätt begränsa denna har trots detta varit omdiskuterad i stort sett ända sedan inbördeskriget.

Redan 1884 slog S.Ct. fast att federala myndigheter hade rätt att ingripa mot otillbörliga påtryckningar på väljare från delstatsmyndigheter vid federala val.[327] Gränserna för de federala myndigheternas möjligheter att övervaka »att allt gick rätt till» vid de federala valen stramades emellertid åt genom en serie avgöranden i S.Ct. i början av 1900-talet.[328] Bland dessa var det kanske viktigaste Newberry v. United States[329], där majoriteten fann att kongressens rätt enligt art.I sect.4 att bestämma regler för valen till senaten och representanthuset inte innefattade någon rätt att reglera villkoren vid partiernas primärval. Primärvalen var enligt S.Ct. inte »Elections» i den mening som avses i art.I sect.4.[330] Frågan hade stor praktisk betydelse, eftersom det ofta förekom att partierna, främst i sydstaterna, försökte begränsa de svarta väljarnas inflytande vid primärvalen. Partiernas befogenheter därvidlag prövades i tre avgöranden rörande »the white Primary», dvs försöken att utestänga svarta från primärvalen, 1927-1935. Alla tre fallen gällde det demokratiska partiet i Texas. I det första avgörandet, Nixon v. Herndon, fastslogs att en delstatslag som förbjöd svarta

325. A.a.s. 75. Jfr även Robert M. Cover, The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, Yale L.J. 1982 s. 1316: »Each constitutional generation organizes itself about paradigmatic events and texts. For my generation, it is clear that these events are Brown v. Board of Education and the civil rights movement and that the text is footnote four. For, whether or not the footnote is a wholly coherent theory, it captures the constitutional experience of the period from 1954 to 1964.»
326. Jfr Cover, a.a.: »Apartheid was not, however, hysteria. It was the governing system that pervaded half the country...»
327. Ex parte Yarbrough, 110 U.S. 651 (1884).
328. Se närmare om rättsutvecklingen Bixby, The Roosevelt Court... s. 787 ff.
329. 256 U.S. 232 (1921).
330. I USA ordnar de stora politiska partierna, demokraterna och republikanerna, regelmässigt primärval, som är en form av nomineringsval, före såväl presidentvalet som valen till kongressens bägge kamrar. Dessa primärval har särskilt stor betydelse inför presidentvalet, då utgången av dem avgör vem som blir partiets presidentkandidat.

väljare att rösta i primärval stred mot am.XIV.[331] I Nixon v. Condon[332] fick S.Ct. fem år senare ta ställning till en lag varigenom staten Texas överlåtit beslutanderätten om vilka som fick bli medlemmar i det demokratiska partiet – vilket var ett krav för att få delta i primärvalen – till partiets verkställande utskott (som förbjudit svarta att bli medlemmar). Domstolen fann att staten Texas genom att ge ett särskilt organ inom partiet rätt att besluta vilka personer som skulle ha rätt att delta i primärval upphöjt partiets beslut i denna fråga till delstatens eget, varför regeln att svarta inte kunde bli medlemmar i partiet stred mot am.XIV. Demokraterna i Texas antog då en egen regel om att svarta inte fick delta i partiets primärval. S.Ct. kunde 1935 i fallet Grovey v. Townsend bara konstatera att beslutet inte var fattat av något av delstatens officiella organ och därför inte kunde angripas med stöd av am.XIV eller XV.[333]

Vid tidpunkten för domstolens paradigsmskifte 1937 saknade kongressen således rätt att lagstifta om rösträtt vid primärval. Delstatsregler som utestängde svarta eller andra från deltagande i dessa stred mot am.XIV men partierna hade själva rätt att bestämma vilka som fick delta i valen. 1941 fick dock S.Ct., efter att ha skiftat »ideologi» och sammansättning, i United States v. Classic möjlighet att på nytt ta ställning till kongressens möjligheter att reglera primärvalen.

Omständigheterna i detta mål var särpräglade och behöver inte genomgås i detalj här[334], men sakfrågan gällde oegentligheter vid demokraternas primärval i Louisiana 1940. En federal åklagare väckte åtal mot några valarbetare, men en lokal domstol avvisade talan med motiveringen att de federala myndigheterna saknade möjlighet att kontrollera och övervaka primärval. Justice Department, det federala justitiedepartementet, överklagade beslutet till S.Ct[335], som fann att den rösträtt vilken kan utläsas ur art.I sect 2 inkluderade rätten att delta i primärval om dessa var en »integral part» av det egentliga valet och hade en avgörande inverkan på utgången av detta (krav som flertalet primärval uppfyller). Under samma förutsättningar menade domstolen att kongressen jämlikt art.I sect.4 hade rätt att reglera primärvalens genomförande, vilket innebar att Newberry v. U.S. sattes åt sidan. Konkret innebar detta att den federale åklagaren hade rätt att åtala de valarbetare som manipulerat valresultatet.

Detta mål skilde sig från de tidigare refererade rösträttsavgörandena genom att de händelser vid primärvalet i Louisiana som gav S.Ct. anledning att ta ställning till primärvalens rättsliga karaktär inte på något sätt hade med möjligheterna för de svarta att delta i valen att göra. Ändå kom *Classic*, genom att det i målet slogs fast att primärvalen var »elections» och att kongressen därför hade rätt att reglera dem, att få stor betydelse för de svartas ställning och möjligheter att påverka den politiska processen. Vägen var genom Classic jämnad för S.Ct. att i Smith v. Allwright[336] 1944 förklara att de bestämmelser i Texas som utestängde svarta från deltagande i primärvalen stred mot am.XV. Detta avgörande innebar ett direkt upphävande av Grovey v. Townsend, där ju det demokratiska partiets beslut att förbjuda svarta att delta i primärvalet ansågs vara omöjligt för domstolen att angripa.

331. 273 U.S. 536 (1927).
332. 286 U.S. 73 (1932).
333. Grovey v. Townsend, 295 U.S. 45, 54 (1935): »We are not prepared to hold that in Texas the state convention of a party has become a mere instrumentality or agency for expressing the voice or will of the state.»
334. Se Bixby, a.a.s. 793 f för en närmare redogörelse.
335. Se Bixby, a.a., för en närmare behandling av sakförhållandena och de politiska aspekterna på skeendet.
336. 321 U.S. 649 (1944).

Domen i Classic-målet innebar, just genom de konsekvenser den fick, en logisk vidareutveckling av tankarna i footnote four. Med Classic och Smith v. Allwright slog S.Ct. i själva verket, sett med utgångspunkt från footnote four, två flugor i en smäll; den politiska processen effektiviserades och blev mer rättvis samtidigt som – och just genom att – de svartas rättsställning stärktes.[337]

Nästa steg för att förbättra de svartas ställning i rösträttssammanhang och öka deras inflytande i den politiska processen togs av Warrendomstolen genom en serie avgöranden rörande valkretsindelningar i början av 1960-talet, vilka låg väl i linje med Brown och övriga »anti-diskrimineringsfall».

Bakgrunden till dessa *Reapportionment Cases* var att valkretsindelningarna i många delstater sedan lång tid tillbaka gynnade landsbygden på städernas bekostnad. I vissa stater kunde en landsbygdsvalkrets representeras i valda församlingar med trettiotre gånger fler representanter än dess befolkningsandel motsvarade. Det förekom också att majoriteten i ett delstatsparlament stöddes av så få som en fjärdedel av väljarna.[338] På 1900-talet, då den svarta befolkningen i ökande omfattning flyttade in till städerna, kom dessa förhållanden att kraftigt missgynna svarta väljare. Varken kongressen eller de berörda delstaterna tog några initiativ för att genom lagstiftning ändra på förhållandena. 1962 förklarade emellertid S.Ct. i Baker v. Carr att en valkretsindelning som inte stod i rimlig överensstämmelse med befolkningsförhållandena stred mot the equal protection clause.[339]

Baker v. Carr var ett ur flera synvinklar anmärkningsvärt avgörande.[340] Dels fick det stor betydelse för de svartas möjligheter att utöva politiskt inflytande, dels innebar det en nyorientering i domstolens praxis såvitt gällde de *political questions* domstolen enligt praxis inte var behörig att pröva.[341]

I sak innebar majoritetens[342] ställningstagande att principen »en man, en röst» gavs konstitutionell status och ansågs rymmas inom the equal protection clause.[343] Därmed gav detta avgörande, i likhet med Brown och Classic, S.Ct. en möjlighet att gå vidare och angripa påfallande oproportionella valkretsindelningar i ytterligare fall. Inom två år hade domstolen slagit fast att de stater som inte tillsåg att denna princip iakttogs både vid val till delstatsparlamenten och val till kongressens bägge kamrar bröt mot the equal protection clause.[344] Delstaterna ålades till sist en skyldighet att indela sina valkretsar på ett sätt som såvitt möjligt garanterade medborgarna en likvärdig behandling, vilket

337. Jfr t.ex. Bixby, a.a.s. 806: »In Classic, Stone reaffirmed his belief that the Court had primary responsibility to use the Constitution to protect the political process and ensure the participation of minorities in that process.»
338. Se Cox, a.a.s. 68 f.
339. 369 U.S. 186 (1962).
340. Earl Warren beskrev själv avgörandet som »the most important case we decided in my time»; se närmare Abraham, Freedom and the Court s. 19.
341. Jfr ovan avsn. 10.3.1.4 under d. Sålunda var det naturligt att Frankfurter, här som alltid den främste förespråkaren i S.Ct. för judicial self-restraint, i en sextioåtta sidor lång dissens utvecklade sin syn på varför domstolarna måste hålla sig utanför vad han kallade the political thicket. I korthet gick hans argument ut på att den typ av samhällsförändring som domstolen i detta fall eftersträvade enbart kan beslutas av demokratiskt valda organ. 369 U.S. s. 270: »There is not under our Constitution a judicial remedy for every political mischief. In a democratic society like ours, relief must come through an aroused popular conscience that sears the conscience of the peoples representatives.»
342. Siffrorna blev 6-2, sedan Harlan anslutit sig till Frankfurter.
343. Se t.ex. Swindler, a.a.s. 240.
344. Se Abraham, a.a.s. 19 f, Cox s. 69 och Swindler, a.a.s. 240, alla m.h.t. praxis.

här innebar att deras röster skulle vara lika mycket värda.[345] 1965 antogs så en ny rösträttslag, Voting Rights Act.[346] Diskrimineringen av svarta och andra minoriteter på rösträttsområdet hade då mer eller mindre eliminerats.

Warrendomstolens många avgöranden om rösträttsfrågor i början av 60-talet hade precis som Brown v. Board of Education en klar prägel av *policymaking*. Detta drag var än tydligare i rösträttsfallen: Här avgjorde S.Ct. frågor som utan tvekan kan sägas vara politiska till sin karaktär och som lagstiftarna dessutom avstått från att ta ställning till. Domstolen åsidosatte således varken några lagar som den ansåg stred mot konstitutionen – vilket hade legat i linje med footnote four – eller något av sina egna, tidigare avgöranden (vilket, åtminstone indirekt, var fallet i Brown). Detta var därför ur vissa synvinklar de mål där Warrendomstolen gick längst i fråga om activism.

10.11.2.3 Något om bakgrunden till diskussionen om affirmative action

Eftersom S.Ct. under Earl Warrens tid som Chief Justice i högre grad än under kanske någon annan period i dess historia präglades av activism kan det hävdas att Warrendomstolen överskred tidigare gällande gränser mellan juridik och politik.[347]

Ett av Warrendomstolens främsta karakteristika var nämligen att den i högre grad än S.Ct. någonsin tidigare gjort agerade som lagstiftare. Detta kom till uttryck genom att S.Ct. under Warren dels avgjorde frågor som lagstiftaren inte tagit ställning till, dels i högre grad än någonsin tidigare meddelade domar som tvingade delstaterna att vidta åtgärder.[348] Brown och de efterföljande avgörandena tvingade exempelvis åtskilliga stater att vidta djupgående förändringar i skolväsendet, medan effekterna av rösträttsfallen blev att cirka två tredjedelar av delstaterna tvingades ändra sina valkretsindelningar.[349]

Brown och de övriga anti-diskrimineringsfallen fick även andra, än mer omdiskuterade följdverkningar. Här avses framförallt de krav på så kallade affirmative actions som S.Ct. under 1960-talet och därefter inte sällan riktat mot delstater och myndigheter för att reell desegregering mellan svarta och vita skall uppnås. Något kan här sägas om denna speciella problematik.

Det var först i början på 1960-talet som S.Ct. läste in sociala rättigheter som rätten till utbildning i Bill of Rights och andra rättighetsregler; först vid denna tidpunkt fann S.Ct. att det fanns regler i konstitutionen som gav enskilda rätt att ställa krav på att (del)statliga myndigheter skulle prestera något eller tillhandahålla en viss nyttighet.

345. Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 585 (1964).
346. De rättsfall kring rösträtt som därefter avgjorts i S.Ct. om rätten för olika personer att delta i skilda val har i allmänhet rört tolkningar av denna lag. Se härom bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 834 ff och Cox, Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights, Harv.L.Rev. 1966 s. 99 ff med ingående rättsfallsanalyser.
347. Ur vissa synvinklar gick Warrendomstolen härvidlag längre än den likaledes ideologiskt medvetna Lochnerdomstolen. Jfr Cox, The Role of the Supreme Court... s. 87 f: »I can think of no earlier decisions with these characteristics in all constitutional history...The economic due process decisions did involve the accomodation of the conflicting interests of large social and economic classes, but even there the Court was vetoing accomodations worked out through the political process, not imposing upon millions of people a novel programme of legislative character without popular representation.»
348. Här är skillnaden jämfört med Lochnereran särskilt påtaglig, eftersom S.Ct. under denna »era» snarast tillhöll delstaterna att *inte* lagstifta på en mängd områden; jfr ovan kap. 10.8.
349. Se Cox, Constitutional Adjudication...s. 92-93.

Hela frågan om affirmative actions har egentligen sina »rötter» i Brown v. Board of Education.

1955, året efter detta mål, fick S.Ct. på nytt anledning att granska förhållandena vid den berörda skolan. I Brown II[350] tog S.Ct.ställning till hur den önskade integreringen mellan svarta och vita skolelever skulle genomföras. Domstolen konstaterade här, mot bakgrund av att den omläggning av skolsystemet i stora delar av USA som krävdes för att Brown (I) skulle kunna genomföras medförde avsevärda praktiska problem, att det var tillräckligt att skolmyndigheter runtom i landet införde integrerade skolor med »all deliberate speed».[351] Vad som krävdes var en »prompt and reasonable start toward full compliance».[352] Om skolmyndigheterna visade sin goda vilja och tog de nödvändiga inledande stegen mot integrering menade emellertid S.Ct. att de kunde få viss tid på sig för att uppnå full integration mellan svarta och vita i skolorna. Avgörandet byggde på tanken att de lokala myndigheterna var bäst skickade att avgöra exakt hur integrationen borde gå till; S.Ct. litade uppenbarligen på att dessa var villiga att bidra till genomförandet av integrationen.[353]

Utvecklingen blev emellertid den motsatta. Skolmyndigheter i flera delstater, främst i södern, vägrade helt enkelt att medverka till integration mellan svarta och vita skolelever, vilket ledde till att fler avgöranden kom under domstolens prövning. I Cooper v. Aaron[354] 1958 ansåg S.Ct. enhälligt att tiden för en skolmyndighet i Little Rock, Arkansas att genomföra integrationen gått ut. Liknande formuleringar återkom i avgöranden 1964[355] och 1969[356], i det senare fallet på ett sätt som antydde att tiden – femton år efter Brown – definitivt gått ut.

Dessa avgöranden kom under en period då spänningarna mellan svarta och vita ökade i USA, samtidigt som de federala lagstiftande organen var helt inriktade på att förbättra de svartas situation.[357] Även andra domstolar än S.Ct. – både federala och delstatliga – bidrog till att försöka genomdriva Brown. Den lagstiftande och dömande makten gick således »hand i hand» i kampen mot rassegregationen. Trots detta gick integrationsarbetet trögt, vilket bland annat berodde på att svarta och vita skolungdomar ofta bodde i åtskilda områden; den närmaste skolan hade därför ofta en renodlat svart eller vit elevkår, beroende på i vilket område den låg. Beslut, som förekom i många amerikanska orter, om att samtliga ortens skolor var öppna för både svarta och vita elever ledde därför i allmänhet inte till någon de facto-integration. Följdriktigt förklarade S.Ct. 1968 att sådana beslut inte uppfyllde de krav på desegregering som jämlikt Brown ställdes på skolmyndigheter runtom i USA.[358] För att segregationen skulle försvinna och svarta och vita behandlas lika inom skol- och utbildningsväsendet krävdes andra, mer aktiva åtgärder från skolmyndigheternas sida. I praktiken innebar detta en skyldighet att transportera svarta elever till »vita» skolor och vice versa. I början av 1970-talet klargjordes att the equal protection clause medförde en skyldighet för skolmyndigheterna på mindre orter att i integrationssyfte genomföra busstransporter av detta slag[359] men att detta inte var nödvändigt i större städer, där segregationen inte kunde misstänkas bero på någon

350. Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955).
351. 349 U.S. s. 301.
352. Ibid s. 300.
353. Se bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 640.
354. 358 U.S. 1 (1958).
355. Griffin v. Prince Edward County Board of Education, 377 U.S. 218.
356. Alexander v. Holmes County Board of Education, 396 U.S. 19.
357. Detta tog sig främst uttryck i antagandet av en särskild Civil Rights Act 1964.
358. Green v. New Kent County School Board, 391 U.S. 430 (1968).
359. Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

avsikt från myndigheternas sida att hålla svarta och vita ungdomar åtskilda.[360]

Genom dessa avgöranden hade det sålunda slagits fast att utbildningsplatser i vanliga skolor kunde – och ibland skulle – reserveras för en viss grupp av elever, vilka valts ut på grund av sin hudfärg. Även om dessa mål var kontroversiella, gick diskussionens vågor än högre när motsvarande princip applicerades på andra samhällsområden. Detta har främst skett vad gäller tillgång till bostäder och universitetsplatser och antingen tillgått så att ett visst antal bostäder eller utbildningsplatser reserverats för svarta (eller andra minoriteter), eller så att kraven på sökande från minoritetsgrupper generellt satts lägre än för sökande från andra grupper. Bägge dessa modeller innebär att de berörda minoriteterna gynnas på andra gruppers bekostnad; om detta sker för att motverka tidigare diskriminering innebär det således en positiv särbehandling av de tidigare diskriminerade grupperna och en negativ särbehandling av de tidigare icke diskriminerade. Frågan är när och under vilka omständigheter denna metod för att öka integrationen mellan svarta och vita – och andra folkgrupper – är konstitutionellt godtagbar.

Denna fråga hänger nära samman med det vidare spörsmålet om vilka klassificeringsgrunder som överhuvudtaget är godtagbara för särbehandling mellan olika individer, vilket kommer att behandlas närmare i nästa avsnitt. Vad gäller affirmative actions är dock rättsläget ännu något oklart; S.Ct. har ännu inte slagit fast exakt var gränsen går mellan godtagbar negativ särbehandling av majoritetsgrupper och otillåtna kränkningar av majoritetsrepresentanternas rättigheter.[361]

360. Keyes v. School District No. 1, 413 U.S. 189 (1973).

361. I det hittills mest uppmärksammade avgörandet om affirmative actions, Regents of the University of California v. Bakke (438 U.S. 265 (1978)) fann en majoritet i S.Ct. att ett *affirmative program* i Californien som reserverade ett visst antal utbildningsplatser i medicin för studenter från minoritetsgrupper stred mot dåvarande Civil Rights Act. Däremot avgjordes inte om programmet stred mot equal protection clause och S.Ct. sade heller inget mer generellt om vilka kriterier som kan göra affirmative actions grundlagsstridiga (eller om vilka måttstockar domstolarna bör använda i sin prövning av dessa fall). I City of Richmond v. J.A. Croson Co, 109 S.Ct. 706 (1989) stramades utrymmet för affirmative actions av allt att döma åt något; ett bostadsprogram för att uppnå ökad integration ansågs strida mot konstitutionen eftersom sådana program och andra affirmative actions enligt S.Ct. endast är godtagbara för att motverka effekterna av tidigare inträffad diskriminering.

10.12 Nya utgångspunkter: Fundamental rights och suspect classifications

10.12.1 Inledning

Som framgått var Warrendomstolen en »aktivistisk» domstol.[362] Det är därför naturligt att det i domstolens lagprövningspraxis under denna period lanserades flera nya metoder och principer.[363]

Framförallt två begrepp har blivit bestående och viktiga inslag i Supreme Courts praxis. Det ena, *fundamental rights*, innebär en gradering av rättigheterna såtillvida att rättigheter som anses vara »fundamentala» ges ett starkare skydd vid judicial review än andra rättigheter. Dessa fundamentala rättigheter, som endast får begränsas till skydd för verkligt starka samhällsintressen (i praxis används ofta lokutionen »compelling interest»), återfinns dock inte alltid i konstitutionstexten; om så inte är fallet uppstår vissa specialfrågor. Det andra begreppet, *suspect classification*, tar sin utgångspunkt i equal protection-garantin i am.XIV och syftar till att skydda minoriteter. Principen innebär att en lag som i något avseende klassificerar individer på ett »suspekt» sätt – dvs med utgångspunkt från i sammanhanget misstänkta kategorier som ras eller nationalitet – endast kan upprätthållas när domstolen finner att den gjorda klassificeringen varit nödvändig för att skydda **mycket** viktiga samhällsintressen.[364] Lagar som begränsar rättigheter utan att inkräkta på dessa särskilda skyddszoner skall däremot upprätthållas så länge de står i rimlig relation till något legitimt samhällsintresse.[365]

Rättsläget kan i korthet beskrivas på följande sätt. När S.Ct., eller någon annan domstol, prövar om en lag som begränsar en fundamental rättighet eller bygger på en misstänkt klassificering kan upprätthållas så gör domstolen en strikt prövning av lagens grundlagsenlighet. Denna strikta lagprövning innebär att lagstiftaren ges bevisbördan för att den granskade lagen verkligen är nödvändig för främjandet av viktiga samhällsintressen; lyckas lagstiftaren inte visa detta, skall lagen åsidosättas (s.k. *compelling interest test*). Vid prövning av andra typer av lagar tillämpas däremot ännu i huvudsak det kriterium som S.Ct. utvecklade 1937 och åren därefter, dvs att lagar som står i rimlig relation till ett legitimt syfte **skall** upprätthållas.[366] Sådana lagar åsidosätts av domstolarna en-

362. Domstolens praxis präglades under denna period särskilt av ambitionen att förbättra de svartas levnadsvillkor. Däremot präglades domstolen inte på samma sätt av något engagemang för andra minoriteter än svarta; jfr härom Nowak, Evaluating... s. 278 f.
363. Samtidigt bör det påpekas att Warrendomstolen på flera olika områden snarast förvaltade det arv från 1937-38, som fick sitt främsta uttryck i Stones berömda footnote four i Carolene Products; Warrendomstolen ärvde och vidareutvecklade the preferred position principle. Jfr Ely s. 75: »The Warren Courts approach was foreshadowed in a famous footnote in United States v. Carolene Products Co., decided in 1938.»
364. Bägge principerna kan sägas ha utvecklats ur the preferred position principle, men numera talas i amerikansk doktrin snarare om att domstolarna bör upprätthålla en s.k. *strict judicial scrutiny* beträffande lagar av nu nämnt slag (att jämföra med den *double standard* i lagprövningen som preferred rights-läran implicerade). Se bl.a. Abraham, a.a.s. 14 f och Nowak/Rotunda/Young s. 418.
365. Ibid.
366. Se till det sagda bl.a. Abraham, a.a.s. 14 f, Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 73 och Nowak/Rotunda/Young s. 418, 423 o. 448.

dast i rena undantagsfall, t.ex. vid helt godtyckliga rättighetsbegränsningar.[367]

Denna utveckling innebär att the due process clause i am.XIV fått en innebörd som samtidigt stämmer överens med och strider mot dess ursprungliga betydelse. I och med att begreppet substantive due process försvann ur Supreme Courts praxis för obestämd framtid 1937, återfick uttrycket due process of law sin mer ursprungliga innebörd av skydd för medborgarnas frihet. Denna betydelse är ännu giltig, men utvecklingen av begreppet fundamental rights har samtidigt lett till en renässans för en substantive due process-liknande praxis. Vid tillämpningen av fundamental rights-kriteriet bedömer S.Ct. nämligen om en lag berör ett område som ligger utanför lagstiftarens räckvidd; en sådan lag anses begränsa medborgarnas frihet eller egendom utan iakttagande av due process of law och kan därför inte tillämpas.[368]

10.12.2 Suspect classifications: Vidareutveckling av equal protection clause

S.Ct. godtog alltså i början av 1970-talet att rastillhörighet under vissa förutsättningar kunde vara en godtagbar grund för indelning, klassificering av individer. Förutsatt att klassificeringen skedde i syfte att främja integrationen och likställigheten mellan svarta och vita godtog, rentav beordrade S.Ct. bussning av vita elever till traditionellt »svarta» skolor och vice versa.[369] Under 1970-talet vidgades så utrymmet för klassificeringar på grund av ras eller etnisk tillhörighet genom det ökade bruket av affirmative actions. I samma takt intensifierades frågan om vilka klassificeringar respektive klassificeringsgrunder som var konstitutionellt godtagbara.

Allmänt kan sägas att the equal protection clause i am.XIV (liksom det motsvarande skydd gentemot de federala myndigheterna som sedan 1954 varit inkorporerat i am.V) innebär att myndigheterna, inklusive lagstiftaren, skall garantera likvärdiga medborgare en likvärdig behandling.[370] Frågan huruvida någon »misstänkt» indelningsgrund använts uppstår av naturliga skäl enbart då en lag gör åtskillnad mellan olika grupper eller individer. Vad domstolar vid prövning av sådana lagar har att ta ställning till är om själva klassificeringen förefaller välgrundad, så att denna kan sägas stå i en rimlig relation till och vara ägnad att främja ett legitimt syfte.[371] Vid denna lagprövning ankommer det på lagstiftaren att visa att klassificeringen vidtagits i något mycket angeläget syfte.[372]

367. Ibid. Dock kan det ifrågasättas om dessa principer iakttagits helt och fullt under senare år; jfr nedan i 10.13.
368. Se bl.a. Nowak/Rotunda/Young s. 418 o. 448 samt vidare nedan i 10.12.3.
369. Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).
370. Jfr Nowak/Rotunda/Young s. 423.
371. Ibid.
372. Ibid s. 448. Vid affirmative actions är gränserna mellan tillåtna och förbjudna indelningsgrunder som nämnts svåra att dra. Allmänt kan sägas att ras just här, till skillnad från i många andra sammanhang, är en godtagbar indelningsgrund men att den klassificering som alla affirmative programs förutsätter, aldrig är godtagbar om den inte främjar jämlikhet och integration mellan raserna. Godtyckligt utformade program som diskriminerar representanter för majoritetsgrupper utan att leda till några positiva integrationseffekter kan aldrig upprätthållas. Ibid s. 664. Exakta kriterier har som nämnts ännu inte utvecklats (jfr ovan kap. 10.11.2.3). Om en delstat stiftar en lag som innehåller eller ger uttryck för en förbjuden klassificering strider lagen således mot the equal protection clause i am.XIV, medan en federal lag

Efter vilka kriterier bedöms då detta? Utgångspunkten är att the equal protection clause garanterar att likvärdiga personer behandlas på ett likvärdigt sätt, medan personer som på avgörande punkter skiljer sig från varandra också kan behandlas på olika sätt. Inget förbjuder lagstiftaren att i olika sammanhang klassificera personer i olika avseenden.[373] Däremot får inte de indelningar som i olika sammanhang används vara godtyckliga eller sakligt omotiverade; en regel om att endast män kan vara domare framstår exempelvis som omotiverad och förefaller inte stå i rimlig relation till något legitimt syfte.

Vilka klassificeringar som är giltiga bedöms enklast mot bakgrund av den ifrågavarande lagens syfte. I praktiken torde mycket få klassificeringar vara vare sig perfekt avpassade för att främja ett visst mål eller totalt felaktigt utformade, varför det avgörande oftast blir vilka krav domstolen ställer på sambandet mellan klassificeringen (medlet) och lagens syfte (målet).[374] I praxis har S.Ct. inte sällan formulerat detta med att lagen måste vara »substantially related» till syftet, som i sin tur måste vara av stor betydelse för samhället.[375]

10.12.3 Fundamental rights – renässans för substantive due process

Supreme Courts activism på fundamental rights-området har blivit betydligt mer ifrågasatt och givit upphov till fler principiella frågeställningar av det slag som här står i fokus än diskussionen om suspect classifications.

Vad denna diskussion i grunden handlar om är vilka rättigheter som egentligen skyddas av the due process clause i am.XIV. Är det bara de rättigheter som nämns i Bill of Rights, är det samtliga i konstitutionen och dess tillägg omnämnda rättigheter eller är det alla rättigheter som majoriteten i S.Ct. anser vara skyddsvärda? Här råder sedan länge oenighet såväl i doktrinen som i S.Ct.[376]

med samma – förbjudna – innehåll strider mot the due process clause i am.V. Federala och delstatliga lagar bedöms dock med samma måttstock. Se närmare Nowak/Rotunda/Young s. 586.

373. En lag om rätt till pension uppställer t.ex. kanske vissa ålderskrav, abortlagar vänder sig främst till kvinnor osv; fler exempel kan ges, men det förstås lätt att klassificeringar, indelningar mellan individer och grupper är ett naturligt inslag i mycken lagstiftning.

374. Se till det sagda Nowak/Rotunda/Young s. 586 ff samt för en närmare analys med en mycket fyllig genomgång av praxis desamma s. 590 ff. Hänvisningar till praxis finns också hos Aleinikoff, a.a.s. 969.

375. Detta krav har förutom vid affirmative actions (i Regents of University of California v. Bakke, jfr ovan s. 438 i not 361) även riktats mot andra indelningar som gjorts på basis av ras, kön och föräldrars äktenskapsförhållanden. Se närmare Aleinikoff, a.a.s. 969 m.h.t. praxis. I San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 29 (1973) fann S.Ct. inte att ekonomisk svaghet var en suspekt klassificering av en grupp; dennas medlemmars rätt till equal protection kränktes därför enligt domstolen inte av allmänna utbildningsfinansieringssystem som byggde på den lokalt erlagda fastighetsskatten.

376. Som vi sett ovan var domstolen inte enig under Lochnereran, då främst Holmes ofta avvek från majoritetens linje. Efter paradigmskiftet 1937 och Roosevelts många nyutnämningar rådde en viss enighet i S.Ct. om att vissa rättigheter borde ges ett starkare skydd än andra i lagprövningshänseende,men snart nog visade sig domstolen oenig bland annat om hur bokstavligt konstitutionen borde tolkas. I Adamson v. California (332 U.S. 46, 69-72, 77-78, 83-85, 89-90, 123-25 (1947)), som gällde i vilken utsträckning Bill of Rights inkorporerats i del-

Vad som hände under 1960- och 70-talen var att S.Ct. i en rad avgöranden skyddade vad som senare, med en sammanfattande benämning, kom att kallas *fundamental rights* och som kan beskrivas som rättigheter vilka har så stor betydelse för den individuella friheten att domstolarna **enbart av denna anledning** kan åsidosätta lagar som inskränker dem. För att en lag som begränsar någon av dessa rättigheter skall upprätthållas måste lagstiftaren visa att det funnits mycket starka, närmast tvingande skäl (»compelling interest») för att införa den. Denna praxis har kommit att bli mycket omdiskuterad, vilket främst beror på att S.Ct. i flera avgöranden funnit rättigheter som inte nämns i Bill of Rights vara »fundamentala»; i dessa fall är det uppenbart att rättigheterna skyddats enbart av det skälet att en majoritet i S.Ct. ansett att så bör ske. Denna *non-interpretive review*, där domstolarna inte åsidosätter en lag för att den strider mot konstitutionen, den högre rätten, utan för att den inskränker en rättighet som majoriteten i S.Ct. ansett vara förtjänt av konstitutionellt skydd, ger i än högre grad än vanlig lagprövning upphov till frågor om lagprövningsrättens demokratiska legitimitet.

Dessutom kan denna fundamental rights-praxis[377] kritiseras på den grunden att S.Ct. inte utvecklat några fasta normer, varken för vilka rättigheter som är fundamentala eller för vilka kriterier som kan ge en rättighet denna speciella status.[378] I praxis har S.Ct. tillerkänt föreningsfriheten denna ställning, närmast som en vidareutveckling av mötesfriheten och övriga politiskt viktiga rättigheter i am.I.[379] I samma anda har domstolen slagit fast att rösträtten trots att den – åtminstone såvitt avser delstatsval – inte uttryckligen garanteras någonstans i konstitutionen är en fundamental rättighet.[380] Vidare har

staterna genom am.XIV, menade sålunda »bokstavstolkaren» Black, stödd av Douglas, att Bill of Rights markerade den yttre gränsen för inkorporering av rättigheter genom tillägget, medan Justices Murphy och Rutledge hävdade att am.XIV täckte fler rättigheter än så. Det kanske tyngsta försvaret för en mer extensiv tolkning av am.XIV gavs dock av Justice Harlan i en dissens i Poe v. Ullman: »The full scope of the liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the Constitution. This »liberty» is not a series of isolated points pricked out in terms of the taking of property; the freedom of speech, press, and religion; the right to keep and bear arms; the freedom from unreasonable searches and seizures; and so on. It is a rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints...and which also recognizes...that certain interests require particularly careful scrutiny of the state needs asserted to justify their abridgement.» 367 U.S. 497, 543 (1961). Vad Harlan här förordar är således en friare tolkning av am.XIV, där domstolarna försöker värna individernas frihet i samtliga situationer där denna kan vara hotad, oberoende av om någon av de rättigheter som nämns i Bill of Rights (eller på andra ställen i konstitutionen) inskränkts eller ej. Stöd för denna hållning finns i och för sig i Bill of Rights, i am.IX (»The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.»), men som nämnts har denna bestämmelse länge ansetts sakna praktisk betydelse. Jfr ovan kap. 10.2.3. Det synsätt Harlan ger uttryck för skulle emellertid snart komma att prägla Supreme Courts praxis.

377. En närmare genomgång av domstolens fundamental rights-praxis ges av Tribe, American Constitutional Law s. 570.
378. Förutom att de rättigheter som inkorporerats i delstaterna genom am.XIV generellt anses ha den. Se Nowak/Rotunda/Young s. 454 o. 460.
379. NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 460 (1958): »Effective advocacy of both public and private points of view, particularly controversial ones, is undeniably enhanced by group association, as this Court has more than once recognised by remarking upon the close nexus between the freedom of speech and assembly.»
380. Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966).

rörelsefriheten, närmast i form av en rätt att fritt resa mellan delstaterna, tillerkänts denna status.[381]

De avgöranden som främst givit upphov till den principiella diskussionen är emellertid de där S.Ct. värnat en rätt till *privacy*, dvs ett skydd för privatlivet och den personliga integriteten.

De två avgöranden som livligast – troligen mer än några andra domar under den senaste trettioårsperioden – diskuterats och ifrågasatts är Griswold v. Connecticut[382] respektive Roe v. Wade.[383] I Griswold åsidosatte majoriteten i S.Ct. (7-2[384]) en lag i Connecticut som förbjöd bruket av preventivmedel (även för gifta par). De olika ledamöterna hade skilda motiveringar för att vägra tillämpa lagen: Douglas, som skrev majoritetens motivering, menade att det i amerikansk rätt fanns en fundamental rätt till privacy, som lagen stred mot. Denna rättighet var enligt Douglas oskriven men implicerad i Bill of Rights. Goldberg, som var enig med Douglas i sakfrågan, menade biträdd av Warren och Brennan att rätten till privacy kunde erkännas trots att allt stöd härför i Bill of Rights saknades. Am.IX gav enligt Goldberg S.Ct. rätt både att identifiera andra viktiga medborgerliga rättigheter än de som nämns i konstitutionen och att skydda dessa icke-konstitutionella rättigheter gentemot de lagstiftande och verkställande organen.[385] Harlan hävdade i enlighet med sin dissens i Poe v. Ullman[386] att rätten till privacy utan vidare borde kunna tolkas in i »the concept of ordered liberty»; han såg således inga svårigheter i att låta domstolarna avgöra vilka värden, utöver de som lyfts fram i konstitutionen, som kan anses vara fundamentala (»the basic values that underlie our society»[387]) och därför förtjänta av domstolarnas skydd.

Avgörandet ger ett intryck av att majoriteten om sju domare starkt ogillade den prövade lagen och ogärna ville upprätthålla den, men samtidigt hade svårt att hitta någon konstitutionellt hållbar motivering för att åsidosätta lagen eftersom denna inte direkt stred mot någon bestämmelse i konstitutionen. Domstolen hesiterade av allt att döma inför tillskapandet av en ny right to privacy, samtidigt som majoriteten absolut inte ville upprätthålla en lag som upplevdes som lätt absurd.

Spännvidden mellan ledamöternas skilda uppfattningar i målet föregriper för övrigt de följande decenniernas konstitutionella debatt, som till stor del rört sig just om den form av substantive due process-lagprövning som avgörandet var ett exempel på. Särskilt Harlans naturrättsligt färgade votum är enligt kritikerna av substantive due process-metoden ett exempel på de avigsidor som denna för med sig, nämligen att S.Ct., precis som under Lochnereran, kan välja ut vissa värden som domstolen vill skydda och sedan framhärda i denna praxis obekymrad om konsekvenserna, reaktionerna i samhället och samhällsutvecklingen i övrigt. Motpolen representeras i målet av Blacks ovilja att åsidosätta lagen:

381. Bl.a. i Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).
382. 381 U.S. 479 (1965).
383. 410 U.S. 113 (1973).
384. Black, vars lagtolkning alltid utgick från konstitutionstexten (se närmare nedan kap. 10.15.4.1) var naturligt nog skiljaktig, eftersom han inte kunde finna något stöd för rätten till privacy i Bill of Rights. Även Stewart var skiljaktig och ville upprätthålla lagen.
385. Han hävdade f.ö. att S.Ct. borde kunna identifiera dessa rättigheter genom att utgå från nationens »traditions and conscience». 381 U.S. s. 486, 493. – Detta var således »det» första mål i modern tid där en hänvisning skedde till am.IX; jfr härom ovan i 10.12.3 samt på s. 441 f i n. 376.
386. Jfr ovan s. 441 f i n. 376.
387. 381 U.S. s. 501.

> I do not believe that we are granted power by the due process clause or any other constitutional provision or provisions to measure constitutionality by our belief that legislation is arbitrary, capricious or unreasonable, or accomplishes no justifiable purpose, or is offensive to our own notions of »civilized standards of conduct»...The use by federal courts of such a formula or doctrine or whatnot to veto federal or state laws simply takes away from Congress and States the power to make laws based upon their own judgment of fairness and wisdom and transfers that power to this Court for ultimate determination...[388]

Denna dissens föregriper i viss mån den senare kritiken mot domstolens substantive due process-praxis[389], en kritik som skulle komma att öka kraftigt i styrka efter Roe v. Wade.

En anledning till att Roe v. Wade blivit ett så kontroversiellt avgörande är att sakfrågan i målet var den i USA starkt värdeladdade abortfrågan. Avgörandets politiska implikationer[390] får dock inte överskugga det faktum att målet är av stor rättslig och konstitutionell betydelse.

Sakfrågan i Roe v. Wade (som avgjordes tillsammans med ett annat, mindre uppmärksammat abortavgörande[391]) gällde om den lag i Texas som helt förbjöd aborter i delstaten var grundlagsenlig. Huvudpersonen i målet, som egentligen inte hette Roe utan Norma McCorvey, hade sommaren 1969 våldtagits av av tre män och två kvinnor (!). En tid efter denna gruppvåldtäkt fick hon reda på att hon var gravid. Miss McCorvey ville absolut inte föda ett barn som tillkommit under dylika omständigheter, men aborter var förbjudna i Texas och hon saknade tillräckligt med pengar för att åka till en stat där abort fick utföras. I sin vrede beslöt hon sig då för att väcka talan mot abortlagen i Texas, som hon menade stred mot konstitutionen. Målet blev så småningom föremål för Supreme Courts prövning.[392] S.Ct. fann med siffrorna 7-2 att lagen stred mot det skydd för privatlivet som konstitutionen garanterade. Domstolen klargjorde inte vilken bestämmelse i konstitutionen lagen stred mot, även om det mesta tyder på att S.Ct. läste in den rätt till privacy som lagen befanns oförenlig med i am.XIV: »This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendments concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendments reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a womans decision whether or not to terminate her pregnancy.»[393] Däremot slog S.Ct. uttryckligen fast att kvinnors rätt till abort var en del av rätten till privacy, som var en *fundamental right*, vilken endast kan begränsas om (delstats)lagstiftaren lyckas visa att det finns mycket tungt vägande skäl (»compelling interest») för en sådan begränsning.[394] S.Ct. menade i detta mål, vilket kom att få stor betydelse för den fortsatta abortdebatten, att varken det ofödda barnets rätt

388. 381 U.S. s. 513.
389. Skillnaden mellan Black och majoriteten av de nyare kritikerna är främst av ideologisk karaktär: Black, den förste ledamot av S.Ct. att 1937 bli utnämnd av Roosevelt, var en traditionell New Deal-liberal, medan den övervägande delen av kritiken under 1970- och 80-talen kommit från konservativt håll. Se närmare om denna kritik nedan s. samt i kap. 10.15.3.
390. Jfr Cox, The Role s. 113: »My criticism of Roe v. Wade is that the Court failed to establish the legitimacy of the decision by not articulating a precept of sufficient abstractness to lift the ruling above the level of a political judgment...».
391. Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973); utgången i de bägge målen var likartad, varefter Roe v. Wade har fått beteckna rättsläget i abortfrågan.
392. Miss McCorvey, som inte var särskilt välutbildad och levde under knappa omständigheter, hade knappast räknat med de konsekvenser hennes talan skulle få. När hon av sin advokat fick reda på att S.Ct. beslutat pröva hennes talan lär hon ha utbrustit ungefär »My God, all those people are so important. They don't have time to listen to some little old Texas girl who got in trouble.» Se närmare Tribe, God Save... s. 16. – Anledningen till att hon i processen gavs namnet Jane Roe var f.ö. att hon ville skydda sin dotter i ett tidigare äktenskap från negativ publicitet.
393. 410 U.S. s. 153. – Det är något anmärkningsvärt att S.Ct. inte slog fast huruvida rätten till privacy återfanns i am.IX eller am.XIV; se för kritik häremot Robert Bork, The Tempting of America, New York 1990 s. 114.
394. Ibid s. 162 ff.

till liv eller skyddet för moderns hälsa var ett sådant compelling interest; utgången blev därför att ingen delstat hade rätt att förbjuda aborter som görs förrän fostret hade kunnat födas som en livsduglig individ, vilket enligt domstolen var efter sex månaders graviditet (»...the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mothers womb.»)[395]

Roe v. Wade etablerade, i än högre grad än Griswold v. Connecticut och de tidigare avgörandena av liknande slag, fundamental rights som ett begrepp i domstolens praxis.[396] Roe v. Wade är inte bara ett av Supreme Courts mest politiskt kontroversiella avgöranden genom alla tider utan också ett närmast arketypiskt exempel på non-interpretive review.

Legitimiteten i denna senare form av judicial review är av naturliga skäl lättare att

395. Ibid s. 163. – Det bör påpekas att Roe v. Wade ännu är »gällande rätt» beträffande aborter i USA. Trots en av allt att döma medveten strategi från presidenterna Reagan och Bush under perioden 1981-91 att enbart utse abortmotståndare till ledamöter av S.Ct. har ännu ingen majoritet för abortförbud och mot Roe v. Wade uppstått i domstolen. Däremot har delstaterna genom flera olika avgöranden givits en större frihet att reglera villkoren för när och hur aborter får utföras. Utvecklingen av domstolens praxis i abortfrågan sedan 1973 har varit denna: I Maher v. Roe (432 U.S. 464) fann S.Ct. 1977 att en bestämmelse om att ekonomiskt stöd till aborter endast utgick när aborterna var nödvändiga för att rädda moderns hälsa inte diskriminerade fattiga kvinnor. I Harris v. McRae 1980 (448 U.S. 287) fastslogs att delstaterna överhuvudtaget inte var skyldiga att ge ekonomiskt stöd till abortverksamhet. I Webster v. Reproductive Health Services (492 U.S. 490) upprätthölls 1989 en lag som dels förbjöd personalen vid offentligt finansierade sjukhus och vårdinrättningar att informera hjälpsökande personer och ge dem råd om möjligheten till abort, dels förbjöd utförandet av aborter vid dessa institutioner. Ytterligare ett steg mot inskränkning av aborträtten togs 1990, då S.Ct. i Hodgson v. Minnesota (497 U.S. s. 417) upprätthöll en lag som krävde att bägge föräldrarna skulle underrättas (alternativt ett domstolsutslag meddelas) innan aborter fick utföras på omyndiga flickor. Längre gick domstolens majoritet 1991 i Rust v. Sullivan (111 S.Ct. 1759), där en lag upprätthölls som (i ansvariga myndigheters tolkning) innebar att läkare anställda vid kliniker vilka i någon mån finansierades med federala sjukvårdanslag överhuvudtaget inte fick nämna aborter för sina patienter.

Dessa avgöranden markerar sammantagna en successiv reträtt från Roe v. Wade, vilket rimmar väl med Supreme Courts tilltagande konservativa profil under 1980- och 90-talen. Vid 90-talets början var det därför en mycket vanlig uppfattning bland amerikanska jurister och »konstitutionalister» att det bara var en tidsfråga innan S.Ct. skulle åsidosätta Roe genom att upprätthålla någon delstatslag som helt förbjöd aborter. Förvåningen var därför ganska allmän när domstolen 1992 i Planned Parenthood v. Casey (112 S.Ct. 2791) med 5-4 åsidosatte regler i en lag i Pennsylvania enligt vilka gifta kvinnor var skyldiga att underrätta sina män innan de kunde få abort. Majoriteten förklarade samtidigt att »the essential holding» i Roe, vilken enligt majoritetens tolkning var att aborter som utfördes innan ett livsdugligt foster hade kunnat födas inte kunde kriminaliseras, ännu gällde (112 S.Ct. s. 2804). Se vidare om fallet nedan s. 452.

396. Att Roe v. Wade blivit det mest omdiskuterade av dessa avgöranden beror i och för sig som nämnts på att S.Ct. i målet tog ställning i den kontroversiella abortfrågan. Detta faktum kan ses som höjden av diskutabel activism; om S.Ct. är beredd att gå emot lagstiftaren i en så värdeladdad fråga som abortförbud, för att en abortlag anses strida inte mot konstitutionen utan mot en i domstolens egen praxis utvecklad rättighet, så är det i och för sig naturligt att motståndarna till substantive due process – liksom abortmotståndarna – hävdar att S.Ct. tagit sig för stora friheter och att domstolens avgöranden saknar demokratisk legitimitet. Se vidare särskilt kap. 10.15.6. Detta konstaterande innebär dock inte nödvändigtvis att kritiken mot domstolen är berättigad; det kan t.ex. hävdas att abortfrågan inte är en *political question*, utan en i grunden juridisk fråga om rätten till liv.

ifrågasätta från såväl rättsliga som demokratiska utgångspunkter.[397] Det är därför föga förvånande att Supreme Courts fundamental rights-avgöranden efterhand utsatts för allt hårdare kritik i praxis.[398]

Denna senare utveckling i Supreme Courts praxis kan kritiseras från två olika infallsvinklar. Antingen kan det hävdas att S.Ct. under 1960 och 70-talen höll fast vid den i slutet av 1930-talet lanserade preferred rights-doktrinen men att denna inte upprätthölls, eftersom domarna i S.Ct. övergav sin tidigare värdeneutralitet och plötsligt inte bara värnade preferred rights i konstitutionen utan allehanda rättigheter som majoriteten ansåg vara skyddsvärda.[399] Alternativt kan kritiken gå ut på att den renässans för substantive due process som avgöranden som Griswold och Roe v. Wade betecknade i praktiken innebar en återgång till den typ av judicial review som var legio under Lochnerperioden. Den senare kritiken ligger kanske något närmare till hands, enär avgöranden som Griswold och Roe egentligen inte har mycket gemensamt med teorin om preferred rights så som denna 1938 skisserades av Stone i footnote four. Visserligen antyder S.Ct. genom åberopandet av begreppet fundamental rights att vissa rättigheter bör ges ett starkare skydd än andra och visserligen har detta förstärkta skydd i praxis huvudsakligen kommit personliga, inte ekonomiska rättigheter till del, men i footnote four klargörs att de lagar vars grundlagsenlighet bör granskas extra noga är dels lagar som begränsar någon av rättigheterna i Bill of Rights, dels lagar som försvårar den politiska processens möjlighet att fungera, dels lagar som särskilt berör svaga minoriteter. Rätten till privacy uppfyller inga av dessa förutsättningar.

Mera befogat än att åberopa Griswold och Roe för att kritisera eller döma ut preferred rights-teorin förefaller det därför vara att fråga om inte cirkeln slutits, så att S.Ct. efter omsvängningen 1937 och Warrendomstolens liberala activism återgick till sin hållning från seklets början.[400] Följaktligen har också domstolens substantive due process-avgöranden från 1960- och 70-talen kritiserats på delvis samma grunder som Lochnerdomstolens praxis, ehuru kritiken politiskt sett i allmänhet kommit från annat håll.[401] Till domstolens försvar kan då anföras att effekterna av en helt statisk grundlagstolkning, där enskilda stadganden behåller den betydelse de hade för tvåhundra år sedan, skulle kunna bli absurda.

397. Jfr Justice White (för majoriteten) i Bowers v. Hardwick, 106 S.Ct. 2841, 2846 (1986): »The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution.»
398. Se närmare nedan kap. 10.15.3 samt Nowak/Rotunda/Young s. 459 för en översyn av kritisk – och positiv – doktrin.
399. Så t.ex. Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 69 (m.h.t. kritisk doktrin i not 122-23).
400. Se t.ex. Cox, The Role... s. 54. Precis som under Lochnereran ansåg sig S.Ct. oberoende av lagstiftarens bedömningar kunna skydda de rättigheter som befinns skyddsvärda. Det enda som därvidlag skiljer »Roe-domstolen» från Lochner-domstolen är egentligen att den förra vill främja andra värden. Jfr Cox, a.a.s. 54 f: »Is there any *general* priciple which authorizes the Court to substitute its judgment for the result of the political process when dealing with abortion but not with hours of work?» och Tribe, American Constitutional Law s. 566: »The Lochner error...was not in invoking a value the Constitution did not mark as special: the text evinces the most explicit concern with »liberty», »contract» and »property». The error lay in giving that value a perverse content.»
401. Se kap. 10.15.2.

10.13 Nya tendenser i Supreme Courts praxis

I de föregående avsnitten har några perioder i amerikansk konstitutionell historia skildrats. Gemensamt för dessa är att vissa tendenser varit dominerande i Supreme Courts praxis. Dessa tendenser har samtidigt diskuterats i doktrinen, kritiserats, ifrågasatts och så småningom reviderats, varefter domstolen tagit till sig andra, kanske helt motsatta rättsliga eller ideologiska influenser.

Utvecklingen i den amerikanska statsrätten under senare delen av 1970-talet och hela 1980-talet har emellertid, liksom under 1990-talet, varit betydligt mindre entydig. Antalet nya teorier om judicial review i doktrinen har förvisso varit mycket stort, men dessa har ofta inte mycket gemensamt med varandra och behandlar inte alltid samma frågor; doktrinen ger således ett splittrat intryck.[402] Samtidigt har även S.Ct. under de senaste decennierna varit splittrad och oförmögen att enas kring någon huvudlinje, lik skyddet för den ekonomiska friheten under Lochnereran, preferred rights-läran därefter, rasintegrationen under Warrenåren eller fundamental rights i övergången från 60- till 70-tal.

Den viktigaste förklaringen härtill är de politiska eller snarare ideologiska meningsskiljaktigheter som under de senaste decennierna klyvt S.Ct. i två ganska jämnstarka block. Bakgrunden är enkel: S.Ct. hade alltsedan Roosevelts många utnämningar en solid majoritet av liberala domare, vilket bidrog till domstolens i många avseenden starkt profilerade praxis från 1937 till låt säga 1973. Republikanen Eisenhowers försök att »högervrida» S.Ct. genom att utnämna Warren till Chief Justice slog som vi sett helt fel.[403] Bättre lyckades i detta avseende Nixon, som under sin tid som president lät utnämna flera förmodat konservativa ledamöter av S.Ct. Nixon, som gått till val 1968 med löfte om lag och ordning, utnämnde i början av sin ämbetstid Burger (Chief Justice), Blackmun, Powell och Rehnquist, vilka tillsammans med någon annan ledamot ibland utgjorde en konservativ majoritet (även om Blackmun så småningom kom att betraktas som en utpräglad liberal).[404] Under 1980-talet utnämnde så Reagan tre uttalat konservativa domare, O'Connor (den första kvinnliga ledamoten av S.Ct), Kennedy (i stället för den av senaten ratade Bork[405]) och Scalia. President Bush följde upp denna konservativa utnämningsvåg med nomineringarna av Souter och Thomas (den förste svarte ledamoten). Resultatet av alla dessa utnämningar blev att de som konservativa betraktade domarna inte sällan format en majoritet. Men S.Ct. har ändå haft svårt att forma en enhetlig praxis, eftersom även de nyutnämnda domarna agerat oförutsägbart och ibland anslutit sig till de äldre liberalerna. Dessutom märks sedan 1990-talets början en spricka i det förmodat konservativa blocket. Även S.Ct. har därför bidragit till bilden av en konstitutionell rätt i förvirring.

En effekt av de många av republikanska presidenter gjorda utnämningarna till S.Ct. har blivit ett flertal exempel i domstolens praxis på vad som kan ses som uttryck för

402. De viktigaste teorierna behandlas nedan i kap. 10.15.
403. Jfr ovan kap. 10.3.1.3 samt 10.11. – Eisenhower lär ha varit så besviken över Warrens och sin andra utnämnings Brennan utveckling att han mot slutet av sin presidentperiod, på frågan om han gjort några allvarliga misstag under sin tid som president svarade »Yes, two, and they are both sitting on the Supreme Court». Se Tribe, God Save... s. 51.
404. Se närmare Tribe, a.a.s. 71 f.
405. Jfr ovan kap. 10.3.1.3.

konservatism – i bemärkelsen lag och ordning, hårdare straff, motstånd mot aborter, främjande av traditionella kristna värden samt skepsis mot tanken att individer har absoluta rättigheter gentemot staten (liksom mot den form av activism som Warrendomstolen präglades av). Denna tendens har accentuerats sedan Rehnquist 1986 utnämndes till Chief Justice.

Som ett exempel på ökad konservatism bland domstolens ledamöter kan hänvisas till Bowers v. Hardwick från 1986.[406] I detta mål, där S.Ct. också visade prov på större återhållsamhet beträffande fundamental rights (här närmast rätten till privacy) än domstolen gjort under 60- och 70-talen, upprätthölls med siffrorna 5-4 en lag i Georgia som kriminaliserade vissa (orala och anala) sexuella umgängesformer. Trots att denna lag i hög grad kunde sägas göra intrång i människors privatliv förklarade majoriteten genom Justice White att avsikten inte var att åsidosätta Griswold eller Roe: »We think it evident that none of the rights announced in those cases (dvs Griswold och Roe, min anm.) bears any resemblance to the claimed constitutional right of homosexuals to engage in acts of sodomy, that is asserted in this case. No connection between family, marriage or procreation on the one hand and homosexual activity on the other has been demonstrated...»[407] Lagen i fråga förbjöd helt vissa former av sexuellt umgänge, utan åtskillnad mellan homo- och heterosexuella relationer, men i målet prövades dess grundlagsenlighet enbart såvitt avsåg homosexuellt umgänge, eftersom Hardwick, som väckt talan därom vid en delstatsdomstol i Georgia, var en homosexuell man som dömts för brott mot den.

Exempel kan emellertid ges från fler områden. Särskilt tydliga har kraven på »law and order» av förklarliga skäl varit på det straffrättsliga och straffprocessuella området[408], liksom vad gäller dödsstraff; sålunda har S.Ct. tillåtit dödsstraff för minderåriga (från sexton års ålder) med motiveringen att flertalet delstatslagar medgav att så unga personer avrättades.[409] Individens i vissa avseenden allmänt svaga ställning gentemot staten återspeglas i ett avgörande som United States v. Stanley, där S.Ct. förklarade att en armésergeant som varit omedveten om att han av sin arbetsgivare utsatts för LSD-experiment på grund av militärlivets unika disciplinkrav inte hade rätt till ersättning eller någon annan form av upprättelse.[410] Som exempel på restriktiv tolkning även av i konstitutionen garanterade rättigheter kan hänvisas till Employment Division v. Smith[411], där domstolen fann att två medlemmar i en religiös grupp (Native American Church) i Oregon, vilka avskedats från sina arbeten som vårdare på en drogavvänjningsklinik för att de – på fritiden – av religiösa skäl tuggat peyote, en växt av meskalinkaraktär, inte heller var berättigade till arbetslöshetsunderstöd. Detta avgörande stred mot domstolens tidigare praxis i religionsfrihetsfrågor.[412]

I flertalet av de nämnda avgörandena bildade de domare som i slutet av 1980-talet utkristalliserade sig som något av ett konservativt »block» – Rehnquist, White, O'Connor,

406. 106 S.Ct. 2841 (1986).
407. Ibid s. 2844. Den – liberala – minoriteten i målet utgjordes av Blackmun, Brennan, Marshall och Stevens. Blackmun motiverade sin dissens bl.a. med följande ord: »Depriving individuals of the right to choose for themselves how to conduct their intimate relationships poses a far greater threat to the values most deeply rooted in our Nations history than tolerance or nonconformity could ever do. Because I think the Court today betrays those values, I dissent.» (Ibid s. 2856.) En efekt av avgörandet har f.ö. blivit att rättsläget beträffande rätten till privacy nu är mycket oklart; preventivmedel och aborter är tillåtna, men inte vissa sexuella umgängesformer. Jfr Tribe/Dorf, a.a.s. 57 f.
408. Se närmare George Kannar, The Constitutional Catechism of Antonin Scalia, Yale L.J. 1990 s. 1320 ff och Robin West, Taking Freedom Seriously, Harv.L.Rev. 1990 s. 85 ff, bägge med analyser och detaljerade genomgångar av praxis på detta område.
409. Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989); se vidare om fallet nedan s. 452 i n. 432.
410. 483 U.S. 669 (1987).
411. 110 S.Ct. 1595 (1990).
412. Se närmare bl.a. Blackmuns dissens i målet, 110 S.Ct. s. 1616 samt Benjamin Young Jr., Justice Scalias History and Tradition, Virg.L.Rev. 1992 s. 615 f.

Scalia och Kennedy – en majoritet om fem röster.[413] Samtidigt visade det sig dock i några uppmärksammade fall att dessa ledamöter inte var överens i alla frågor.[414]

Bland dessa avgöranden kan här nämnas de så kallade flaggbränningsfallen[415], där majoriteten åsidosatt lagar som förbjudit brännandet av den amerikanska flaggan. Dessa lagar har setts som alltför långtgående begränsningar av yttrandefriheten; flaggbränning har åtminstone sedan Vietnamkriget varit en tämligen vanlig protestyttring i radikala kretsar.[416] Vidare märks Planned Parenthood v. Casey, det något överraskande abortavgörande från 1992 där majoriteten i allt väsentligt höll fast vid Roe v. Wade (efter en femtonårig praxis som alltmer urholkat detta centrala abortprejudikat).[417] I detta mål blev sprickan i det konservativa blocket särskilt tydlig.[418]

En särskild fråga, mot bakgrund av Rehnquistdomstolens något oenhetliga praxis och de uppenbara ideologiska skiljelinjerna bland domstolens ledamöter är om S.Ct. av i dag bör beskrivas som en aktivistisk eller återhållsam domstol. Uppenbart är att domstolens officiella »attityd» är präglad av *restraint*, av en uttalad ambition att endast åsidosätta en lag som grundlagsstridig då denna kan sägas strida mot tydliga regler eller allmänt erkända konstitutionella principer. Av stor vikt för Rehnquistdomstolen är således att ledamöterna inte skall kunna anklagas för att värna (fundamentala) rättigheter enbart för att de själva finner vissa rättigheter skyddsvärda. Exemplen härpå i praxis är talrika.[419]

413. Jfr Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 48: »Their shared views...largely define the Rehnquist Courts approach to constitutional law.»
414. Chemerinsky konstaterar således också (ibid, not 13) att »I do not suggest absolute consistency among the Justices in their ideology or voting patterns, but rather mean to describe tendencies that are strong enough to be predictive and descriptively accurate.»
415. Texas v. Johnson, 109 S.Ct. 2533 (1989) samt United States v. Eichman, 496 U.S. s. 310 (1990).
416. Samtidigt finns dock även på yttrandefrihetsområdet avgöranden som pekar i konservativ eller föga progressiv riktning. Mest omdiskuterat av dessa är kanske R.A.V. v. City of St. Paul, 112 S.Ct. 2538 (1992), som visserligen innebär en bekräftelse av principen från flaggbränningsfallen om att politiskt »offensive speech» skall tillåtas, men där domstolen åsidosatte en lokal ordningsbestämmelse i St.Paul som förbjöd utplacering på privat egendom av hakkors och andra förargelseväckande symboler, vilka var ägnade att såra den drabbade p.g.a dennes ras, religion eller kön. Några ungdomar i St.Paul hade åtalats och dömts jämlikt denna bestämmelse för att de placerat ett brinnande kors i en svart familjs trädgård, men majoriteten i S.Ct. (5-4), anförd av Scalia, menade alltså att ett sådant agerande – bortsett från att det kan vara straffbart av andra skäl, t.ex. som mordbrand – utgjorde ett tillåtet bruk av yttrandefriheten. Avgörande för utgången var att stadgandet tillät bestraffning av yttranden enbart för att de kunde väcka förargelse »on the basis of race, color, creed, religion or gender». Enbart detta faktum kunde enligt Scalia inte innebära att yttrandefriheten missbrukats. Se för kritik mot avgörandet bl.a. Amar, The Case of the missing Amendments: R.A.V. v. City of St.Paul, Harv.L.Rev. 1992 s. 125: »All nine justices...seemed to have forgotten that it is a *Constitution* they are expounding, and that the Constitution contains not just the First Amendment, but the Thirteenth and Fourteenth Amendments as well.»
417. Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791. Jfr ovan s. 445 i not 395.
418. Se Kathleen M. Sullivan, The Justices of Rules and Standards, Harv.L.Rev. 1992 s. 79 ff o. 112 ff för en närmare analys.
419. Här kan hänvisas till det tidigare nämnda fallet Stanford v. Kentucky (109 S.Ct. 2969, 2980 (1989)), jfr ovan s. 448 vid n. 409, där majoriteten fann att ett åsidosättande av staten Kentuckys lagstiftning om dödsstraff för sextonåringar skulle innebära en otillbörlig prioritering av ledamöternas egna värderingar, liktydig med att »replace judges of the law with a committee of philosopher-kings.» I Bowers v. Hardwick (se ovan s. 448), fann White för majoritetens del att om det omdiskuterade förbudet mot anal- och oralsex inte skulle upprätthållas såvitt avsåg homosexuella skulle detta innebära »imposition of the Justices' own values on the Sta-

Samtidigt menar vissa av Rehnquistdomstolens kritiker att domstolens föregivna objektivitet och värdeneutralitet blott är en sorts mask, som döljer majoritetens verkliga avsikter, nämligen att aktivt främja de värden den betraktar som väsentliga, däribland (del)statlig makt, »lag och ordning» och en försvagning av individernas rättsställning gentemot statsmakten på vissa områden.[420] Denna kritik väcker den principiellt intressanta frågan om en domstol som inte är ideologiskt motiverad att främja vissa bestämda rättigheter eller att förbättra villkoren för någon bestämd grupp i samhället, utan snarare eftersträvar handlingsfrihet för lagstiftaren och en återhållsam domstolsmakt (åtminstone så länge inga alltför radikala lagar stiftas) i praktiken kan vara aktivistisk genom att iakkta restraint.[421]

Under senare år har denna debatt om Rehnquistdomstolens egentliga karaktär alltmer kommit att fokuseras kring dess kanske mest profilstarke medlem, Justice Scalia. Denne har, på anmärkningsvärt kort tid efter sin utnämning 1987 till Justice, kommit att framstå som något av Rehnquistdomstolens tongivande gestalt och har författat majoritetens domar i flera viktiga avgöranden. Såväl hans inställning i grundläggande rättsliga frågor som hans tolkningsmetoder i konstitutionella frågor har rönt stor uppmärksamhet och blivit livligt omdiskuterade.

Scalia är först och främst en *originalist*[422], vars tolkning av konstitutionen och lagarna alltid utgår från texternas ordalydelse. Han avvisar emellertid alla försök att efterforska lagstiftarens eller grundlagsfädernas egentliga avsikter, deras »*original intent*».[423] Däremot använde han själv vid senatsutfrågningarna inför utnämningen till Justice uttrycket »*original meaning*» för att beskriva sin utgångspunkt för lagtolkning; vad han menade var att han alltid utgår från lagtexten **som den tolkades vid den tidpunkt då den antogs.** Domare bör enligt Scalia hålla sig till »the plain meaning of the text» och inte försöka lagstifta på egen hand.[424] Hans rättsuppfattning är följaktligen uttalat positivistisk;

tes» – vilket inte gick för sig. (478 U.S. s. 191.) Vidare märks Planned Parenthood v. Casey, där Stewart om den mycket kontroversiella abortfrågan yttrade (112 S.Ct. 2816) att »(A) basic change in the law upon a ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the Government.»

420. Se bl.a. Chemerinsky, a.a.s. 47 (»The focus on majoritarianism masks and obscures the Courts value choices...») o. 100: »More than anything else, I believe that the simplicity of the Rehnquist Courts premises and approach obscures key questions. It allows the Court to appear to have avoided value choices by deferring to the political process, when in reality it has made a value choice in choosing such deference.» Jfr även Guido Calabresi, Antidiscrimination and constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate ignores), Harv.L.Rev. 1991 s. 80 not 1 m.h.t. kritik av denna typ i doktrinen o. s. 151: »Obscuring this activism behind claims of deference to majority wishes is both false and hypocritical» samt Morton J. Horwitz, Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism, Harv.L.Rev. 1993 s. 115: »...this Court regularly resorts to technical sleights of hand in order to maintain the appearance of neutrality.»
421. Jfr de ovan i n. 419 anförda fallen och uttalandena. Även majoriteten i R.A.V. v. City of St.Paul motiverade sin ståndpunkt med värdet av förment åsiktsneutralitet.
422. Jfr nedan kap. 10.15.4.
423. Jfr härom nedan kap. 10.15.4.2 om Bork.
424. Scalia är tillsammans med Black (se om denne särskilt nedan kap. 10.15.4.1) den främste företrädaren för en lagprövning som utgår från konstitutionstextens ordalydelse. Till skillnad från Black är Scalia dock ingen »absolutist», som menar att även kravet i am.I att yttrande- och religionsfriheten överhuvudtaget inte får begränsas bör tolkas bokstavligt (jfr ovan kap. 10.2.3). Detta framgår bl.a. av hans votum i Employment Div. v. Smith (jfr ovan s. 448), där

härav följer att han är motståndare både till värdebemängd lagprövning av substantive due process-karaktär och till mer ad hoc-betonad balancing eller Abwägung.[425]

Den uppfattning Scalia företräder är i sig mycket omdiskuterad i den amerikanska statsrättsdoktrinen. Än mer kontroversiell har dock Scalias praktiska tillämpning av dessa idéer blivit.[426]

Tydligast illustreras kanske de praktiska konsekvenserna av Scalias tankar i avgörandet Michael H. v. Gerald D.[427] Frågan i målet var om faderskapslagen i Kalifornien, enligt vilken maken till en gift moder presumeras vara biologisk far till ett barn, kränkte den biologiske faderns »due process-rättigheter». (Den biologiske fadern, Michael H., krävde att få bli betraktad som far till ett barn och därmed få umgängesrätt.) Majoriteten i S.Ct. fann att faderns krav på att bli erkänd som far till barnet inte var någon fundamental right, vilket genom Scalia motiverades på ett nytt sätt, som bröt med tidigare fundamental rights-praxis. Scalia menade att en rättighet bara kan vara fundamental om den **traditionellt** varit skyddad i USA och kan anses fast rotad i amerikansk historia och tradition.[428] Avgörande är enligt Scalia inte om samtiden uppfattar rättigheten som viktig, utan om den historiskt sett har åtnjutit en skyddad position i USA. I en särskild fotnot, footnote six, utvecklar han i polemik med Justice Brennan sin syn på hur domstolen bör pröva vad som är en fundamental rättighet. Brennan hävdade i sin dissens att den historiska tradition som krävs härför är den allmänna traditionen på ett visst samhällsområde; avgörande i ett mål som detta blev då »whether parenting is an interest that historically has received our attention and protection».[429] Scalia avfärdade denna uppfattning i tämligen hånfulla ordalag: »We do not understand why...Justice Brennan would choose to focus instead upon »parenthood». Why should the relevant category not be even more general – perhaps »family relationships»; or »personal relationships»; or even »emotional attachments in general»? Though the dissent has no basis for the level of generality it would select, we do: We refer to the most specific level at which a relevant tradition protecting, or denying protection to, the asserted right can be identified.»[430]

Den metod Scalia här tillämpar i ett mål som rör förekomsten av en fundamental right har utomordentligt stora konsekvenser för domstolens non-interpretive review. Scalia föredrar att undersöka traditionen på ett visst område på den lägsta möjliga, mest specifika nivån framför att undersöka en allmän tradition, eftersom »such general traditions provide such imprecise guidance...permitting judges to dictate rather than discern the societys views.»[431] Vad han eftersträvar är således judicial restraint; domare bör vara bundna av lagtext och samhällstraditioner och ge så litet utrymme som möjligt åt sina

han godtog den ganska långtgående begränsning av religionsfriheten som bestod i att medlemmarna av den religiösa gruppen inte bara avskedades från sina jobb för att de utövat sin religion, utan också avstängdes från möjligheterna att få arbetslöshetsunderstöd.

425. Se närmare om balancing nedan kap. 10.14.3.2 – Allmänna beskrivningar av Scalias rättsideologi (han har inte själv skrivit något större teoretiskt verk) har bl.a. givits av Kannar, a.a., främst s. 1303-08, och William D. Popkin, An »Internal» Critique of Justice Scalias Theory of Statutory Interpretation, Minn.L.Rev. 1992 s. 1133-1187. Se även Rebecca L. Brown, Tradition and Insight, Yale L.J. 1993 s. 177-222, Tribe/Dorf, a.a.s. 97 ff och Jeffrey Rosen, The Leader of the Opposition, The New Republic 18 januari 1993 s. 20-27.
426. Se om reaktionerna på Scalias hållning i doktrinen samt i senaten (där senare utnämnda kandidater tillfrågats om huruvida de delar dennes värderingar) Young, a.a.s. 584 ff.
427. 491 U.S. 110 (1989).
428. Ibid s. 122-23.
429. Ibid s. 139.
430. Ibid s. 127 not 6. – Som Young framhäver (a.a.s. 582 not 13) är det dock oklart vari den specifika tradition avseende biologiska, med mödrarna inte gifta fäders rättigheter vis-à-vis inomäktenskapliga barn som Scalia här hänvisar till egentligen består.
431. Ibid.

egna värderingar.[432] Uppenbarligen ger den mer generella bedömning som Brennan förespråkar domarna större möjlighet att anpassa sin bedömning till ändrade värderingar i samhället och dylika faktorer.[433] Konsekvensen av Scalias synsätt blir emellertid, om och när majoriteten i S.Ct. vinns för denna linje, att en fundamental right aldrig kan vara något så vidsträckt som rätten till privacy (som ju kan innefatta både rätt till aborter och rätten att använda preventivmedel). Vad som i stället måste undersökas är om det finns någon **tradition** i det amerikanska samhället som kan rättfärdiga en rätt till faderskap, aborter osv.[434] I t.ex. abortfrågan är Scalias uppfattning klar: Konstitutionen nämner inget om aborter och den allmänna traditionen i USA talar snarast emot att sådana bör vara lagliga, varför S.Ct. omöjligen kan hindra en delstat att förbjuda, eventuellt kriminalisera aborter.[435]

Det kan anmärkas att majoriteten i Planned Parenthood v. Casey, det viktiga abortavgörandet från 1992, avvisade Scalias »Specific Tradition Rule». O'Connor, Kennedy och Souter gick till och med så långt att de med åberopande av Harlans dissens i Poe v. Ullman[436] underströk att de inte ville »foreclose the unanticipated by the prior imposition of a single mode of historical analysis.» Vad detta avståndstagande från Scalias metod kommer att få för framtida konsekvenser återstår att se.[437]

432. Scalia tycks personligen dessutom eftersträva att utrymmet för den personliga friheten på en mängd områden krymps väsentligt. Resonemanget i Michael H. v. Gerald D. bygger t.ex. på att en rättighet endast kan respekteras om den är »rooted in history and tradition» (491 U.S. s. 123). Hur detta resonemang kan förenas med godtagandet, i R.A.V. v. City of St.Paul, av brännande av kors i svarta familjers trädgårdar är i vart fall för mig obegripligt. – En särskild metod som Scalia ibland använt för att undersöka traditionen på ett visst område är att helt enkelt undersöka den aktuella lagstiftningen i delstaterna, liksom ibland lagarnas utseende vid antagandet av am.XIV 1868. Så i Stanford v. Kentucky (492 U.S. 361, 370, jfr ovan s. 448 vid n. 409), där han motiverade upprätthållandet av dödsstraff för minderåriga med att tjugofem av de trettiosju delstater som tillämpade dödsstraff även tillät avrättningar av 17-åringar medan tjugotvå av dem tillät avrättningar av tjugotvååringar. Han fick här mothugg av Brennan (s. 385), som påpekade att om de tretton delstater som helt förbjudit dödsstraff räknades in var en majoritet av staterna i själva verket emot dödsstraff för 16-åringar. Brennan visade också att nitton av de tjugotvå delstater som formellt tillät avrättningar av så unga personer aldrig övervägt att tillämpa bestämmelserna härom, varför endast tre delstater i praktiken tillåtit detta; hans bemötande av Scalia innebar onekligen något av ett undergrävande av dennes position.
433. Jfr Chemerinsky, a.a.s. 95: »Justice Scalias specific tradition analysis freezes the Constitution.» Rebecca L. Brown beskriver (a.a.s. 202) Scalias metod som »but a thinly-veiled effort to cut of all possibility of progressive interpretation of the past».
434. En genomgång av avgöranden där Scalia tillämpat sin s.k. »well-established tradition approach» finns hos Popkin, a.a.s. 1153 not 109. Se även Brown, a.a.
435. Muntlig uppgift från Justice Scalia vid anförande inför Hovrätten över Skåne och Blekinge den 10 september 1992. Se även hans dom i Ohio v. Akron Ctr. for Reproductive Health, 110 S.Ct. 2972, 2984 (1990), där han uttryckte uppfattningen att aborter är »not to be found in the longstanding traditions of our society, nor can it be logically deduced from the text of the Constitution.»
436. 367 U.S. 497, 543 (1961).
437. Ännu tycks Scalia ha en dominerande ställning i domstolen. Enligt Rebecca L. Brown, a.a.s. 179 f, hade Scalia 1993 fått med sig majoriteten i femtiotre (53) avgöranden där utgången motiverats m.h.t. till »tradition».

10.14 Några speciella frågor

10.14.1 Folkrättens ställning i nationell rätt

Folkrättsliga fördrag ingås enligt art.II sect.2 av presidenten, som dock måste få stöd av 2/3 av ledamöterna i senaten. USA har således inte ratificerat en internationell traktat förrän både presidenten och 2/3 av senaten godkänt denna. Ratificerade fördrag är emellertid omedelbart gällande som inomstatlig rätt[438]; någon inkorporering eller transformation krävs inte för att reglerna i fördraget eller konventionen skall bli gällande som amerikansk rätt. Folkrättsliga regler har samma status som vanliga federala lagar och således lägre rang än konstitutionen, vilket torde vara det främsta skälet till att folkrätten som rättskälla hittills haft en försumbar betydelse i USA.[439]

10.14.2 »Drittwirkung» i amerikansk rätt

Av konstitutionens olika regler framgår ganska tydligt att de olika rättigheterna endast kan åberopas mot staten. Ursprungligen kunde Bill of Rights som nämnts endast åberopas mot federationen, men sedan de flesta rättigheterna – långt efter införandet av am.XIV – av S.Ct. inkorporerats i delstaterna gäller de även mot delstatsmyndigheter.[440] Däremot gäller de, med undantag för am.XIII, inte mot privatpersoner; någon verkan mot tredje man, Drittwirkung, är konstitutionen uppenbarligen inte avsedd att ha.[441] Detta är alltjämt huvudregeln[442], men det finns trots allt exempel i praxis på att individuella rättigheter ansetts gälla även mot tredje man, liksom på att privatpersoner varit kapabla att kränka medborgerliga rättigheter. Så gott som alla dessa avgöranden har handlat om rasdiskriminering.

I viss mån kan redan några av de tidiga rösträttsavgörandena, främst U.S. v. Classic och Smith v. Allwright[443], sägas implicera en form av Drittwirkung därigenom att de bryter med det traditionella synsättet att konstitutionen endast skyddar medborgarna mot staten och dess myndigheter.[444] Tydligare uttalad var dock Drittwirkungaspekten i några av de antidiskrimineringsavgöranden som följde efter Brown v. Board of Education.[445] Bland dessa kan här nämnas Shelley v. Kraemer[446], där S.Ct. förklarade att en delstatsdomstol inte fick upprätthålla eller verkställa ett civilrättsligt avtal

438. Jfr art. VI st. 2.
439. Se till det sagda Johnson, Vereinigte Staaten... s. 905 ff. En annan orsak är att USA inte ratificerat flera viktiga rättighetskonventioner. Bland dem som inte ratificerats finns FN-konventionen från 1966 om civila och politiska rättigheter. En översikt av vilka konventioner USA 1990 hade signerat respektive ratificerat ges av Nadine Strossen, Recent U.S. and International Judicial Protection of Individual Rights: A Comparative Legal Process Analysis and Proposed Synthesis, Hastings Law Journal 1990 s. 810 i n. 19-21.
440. Se om utvecklingen ovan kap. 10.7.
441. Jfr om Drittwirkung i tysk rätt ovan kap. 7.6.
442. Se t.ex. DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 109 S.Ct. 998, 1003 (1989): »...nothing in the language of the due process clause itself requires the State to protect the life, liberty and property of its citizens against invasions by private actors.»
443. Se närmare ovan avsn. 10.11.2.2.
445. Denna tolkning gör i alla fall Bixby, a.a.s. 812.
445. En allmän genomgång av denna praxis ges av Cox, The Role... s. 57 not 3. Se även Nowak, Evaluating the Work... s. 277 not 71.
446. 334 U.S. 1, (1948).

med rasdiskriminerande inslag och Pennsylvania v. Board of Directors[447], där delstaten förbjöds att administrera en privatskola i Philadelphia som enligt ett testamente bara mottog fattiga vita föräldralösa barn. Staden Philadelphia förvaltade testamentet i egenskap av s.k. trustee[448]; sedan en domstol befriat staden från denna uppgift fick dock skolan fortsätta sin verksamhet. Warrendomstolen gick emellertid längre än så i två avgöranden i slutet av 1960-talet. I United States v. Guest[449] tolkade S.Ct. i am.XIV sect.5 in en rätt för kongressen att även lagstifta mot privat diskriminering av svarta. Sådan lagstiftning hade givetvis inte varit förbjuden tidigare heller, men fick genom Guest en form av konstitutionell sanktion, vilket troligen gjorde det lättare för svarta organisationer att driva krav på ny federal lagstiftning mot olika former av diskriminering. I Jones v. Alfred H. Mayer Co.[450] fann S.Ct. så att byggföretag och fastighetsmäklare saknade rätt att vid uppförande av nya bostäder vägra sälja mark och hus till svarta personer. Byggherrarnas beteende ansågs inte strida mot am.XIV, som ju endast förbjuder delstaterna att handla på visst sätt, men väl mot am.XIII, som enligt S.Ct. inte bara gav de svarta skydd mot slaveri i sig utan även mot dess följdverkningar. Domstolen tolkade därför en befintlig lag mot rasdiskriminering som att denna förhindrade sådant agerande.

S.Ct. har således, utan att ta steget fullt ut genom att i strid med dess ordalydelse tolka am.XIV som om regeln också innefattar ett skydd mot tredje man, på ett särskilt område, nämligen i rasdiskrimineringsfall, varit beredd att i viss utsträckning skydda medborgarnas rättigheter även mot tredje man. Någon mer långtgående Drittwirkungeffekt, liknande den som ibland antytts i den tyska författningsdomstolens praxis[451], har emellertid aldrig aktualiserats i amerikansk rätt.

10.14.3 Proportionality och balancing

10.14.3.1 PROPORTIONALITY

Två frågor som har nära samband med varandra och beträffande vilka jämförelserna med Tyskland kan göras mer konkreta än vad gäller Drittwirkung är kravet på proportionality vid rättighetsbegränsningar samt bruket av balancing i domstolarnas, främst Supreme Courts praxis. Det förra begreppet motsvaras i tysk rätt av det centrala begreppet Verhältnismässigkeit och det senare av den i Tyskland så omdiskuterade Abwägungsmetoden.[452]

Skillnaderna mellan USA och Tyskland är i praktiken störst såvitt gäller proportionality. De kriterier för lagprövning som tillämpats i USA i stort sett ända sedan 1938, med en gradering av rättigheter och ett förstärkt skydd i form av noggrannare prövning först av lagar som begränsar vissa rättigheter (»preferred rights») och sedan av lagar som begränsar »fundamental rights» eller innefattar »suspect classifications» har aldrig haft någon egentlig motsvarighet i Tyskland, där kravet på Verhältnismässigkeit gäller vid i stort sett alla rättighetsbegränsningar. Inte heller de kriterier S.Ct. tillämpar vid sin bedömning av de lagar som underkastas strikt prövning kan därför direkt jämföras med de metoder BVerfG använder vid granskning av en lags Verhältnismässigkeit; i USA åläggs

447. 357 U.S. 570 (1958).
448. En i anglosaxisk rätt vanlig rättsfigur vid förmögenhetsförvaltning, som inte behöver behandlas närmare här.
449. 383 U.S. 745 (1966).
450. 392 U.S. 409 (1968).
451. Jfr kap. 7.6.
452. Jfr om tysk rätt ovan kap. 7.4.1.4 respektive 7.4.2.2.

lagstiftaren att visa att det fanns mycket starkt vägande skäl för lagens införande; om »han» lyckas med det och lagen förefaller stå i rimlig relation till ett legitimt syfte – och således inte motverka detta – så upprätthålls normalt sett lagen. Beträffande övriga lagar, som granskas mindre strikt, krävs normalt sett enbart att de står i rimlig relation till ett i sig legitimt syfte; den tämligen noggranna prövning i flera led som är vanlig i BVerfG[453] saknar motsvarighet i amerikanska domstolar. Begreppet proportionality används visserligen ibland i den amerikanska doktrinen, men inte på ett liknande sätt som Verhältnismässigkeit i tysk rätt, och det har inte alls lika stor betydelse som i Tyskland.[454]

10.14.3.2 BALANCING

a. Allmänt Likheterna mellan amerikansk och tysk rätt är större beträffande balancing/Abwägung än vid proportionality/Verhältnismässigkeit. Balancing är en teknik för lösning av konstitutionella frågor som under större delen av 1900-talet varit vanlig i domstolarnas praxis. Bakgrunden och upphovet till domstolarnas bruk av en om *Abwägung* starkt påminnande metod finns att söka i debatten om huruvida yttrandefriheten och de övriga rättigheterna i am.I i enlighet med sin ordalydelse (»Congress shall make no law...») är absoluta rättigheter, som överhuvudtaget inte kan begränsas, eller trots allt är begränsningsbara. Som vi såg i 10.2.3 talar tungt vägande praktiska skäl för att även rättigheterna i am.I bör kunna begränsas. Eftersom konstitutionen inte ger någon anvisning om hur detta i så fall skall ske har utnyttjandet av balancingmetodiken gjort det möjligt för domstolarna att under vissa förutsättningar godta begränsningar av *first amendment rights*.[455] Vad domstolarna har att ta ställning till vid bedömningar av lagar som begränsar någon av rättigheterna i am.I är därför dels om rättigheten som sådan överhuvudtaget kan vägas mot något annat samhällsintresse av stor vikt, dels hur själva avvägningen i så fall skall gå till.

Konflikten mellan en absolutistisk och en mer pragmatisk syn på am.I blev tydlig under 1940-talet, då två av ledamöterna i S.Ct., Black och Douglas, var engagerade förespråkare för en absolutistisk syn (utan att någonsin få majoriteten i domstolen på sin sida; S.Ct. har aldrig tolkat am.I bokstavligt). I doktrinen företrädde under denna tidpunkt Alexander Meiklejohn en modifierad version av denna uppfattning.

Av förespråkarna för absolutism har främst Black gått till eftervärlden.[456] Av Blacks

453. Jfr ovan kap. 7.4.2.2.
454. Rötterna till proportionality (eller »close scrutiny of means-ends relationship, »compelling interest test» eller vad principen om Verhältnismässigkeit nu benämns i USA) i amerikansk rätt finns f.ö. redan i Chief Justice Marshalls berömda formulering i McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, 421 (1819): »Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, and which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.»
455. Jfr Barendt, Freedom of Speech s. 148: »The balancing process...may be mandated in the text itself or be (as in the United States) a judicial technique developed in order to avoid the difficulties of the »absolutist» position.»
456. Black var övertygad om att am.I måste tolkas bokstavligt och att den avvägning mellan rättigheter och andra värden som i och för sig ibland är nödvändig, redan gjorts av »the Founding Fathers» när konstitutionen och Bill of Rights antogs i slutet av 1700-talet: »It is my belief that there are »absolutes» in our Bill of Rights, and that they were put there on purpose by men who knew what words meant, and meant their prohibitions to be »absolutes»...The

långtgående tolkning av am.I följde naturligen också ett kategoriskt avvisande av balancing, en metod som i praktiken förutsätter att inga rättigheter är absoluta utan att alla värden och intressen kan vägas mot varandra:

> ...there is, at least in those areas, no justification whatever for »balancing» a particular right against some expressly granted power of Congress. If the Constitution withdraws from Government all power over subject matter in an area...there is nothing over which authority may be exerted...Courts have neither the right nor the power to review this original decision of the Framers and to attempt to make a different evaluation of the importance of the rights granted in the Constitution.»[457] »...The very object of adopting the First Amendment...was to put the freedoms protected there completely out of the area of any congressional control that may be attempted through the exercise of precisely those powers that are now being used to »balance» the Bill of Rights out of existence...I fear that the creation of »tests» by which speech is left unprotected under certain circumstances is a standing invitation to abridge it...[458]

Den kanske främste förespråkaren för balancing i Supreme Courts historia och den som framför andra förknippas med motståndet mot Blacks tankar är Justice Frankfurter. Eftersom Frankfurter i betydligt högre grad än Black var en förespråkare för self-restraint, kan detta synas förvånande; balancing eller Abwägung ger typiskt sett domare betydande frihet att väga olika skyddsvärda intressen mot varandra och därför även, om domaren så önskar, en frihet att efter eget skön värdera olika intressen mot varandra.

phrase »Congress shall make no law» is composed of plain words, easily understood. The Framers knew this...Neither as offered nor as adopted is the language of this Amendment anything less than absolute...To my way of thinking, at least, the history and language of the Constitution and the Bill of Rights...make it plain that one of the primary purposes of the Constitution with its amendments was to withdraw from the Government all power to act in certain areas.» The Bill of Rights, N.Y.U.L.R. 1960 s. 867 o. 874. »...I believe that the First Amendments unequivocal command that there shall be no abridgement of the rights of free speech and assembly shows that the men who drafted our Bill of Rights did all the »balancing» that was to be done in this field...» Dissens i Konigsberg v. State of California, 366 U.S. 36, 55 ff (1961). Denna uppfattning var han angelägen att ge praktisk tillämpning, vilket kom till uttryck i en mängd dissenser i konkreta avgöranden. Som ytterligare exempel kan här hänvisas till Carlson v. Landen, 342 U.S. 524, 555 (1952): »My belief is that we must have freedom of speech, press and religion for all or we may eventually have it for none. I further believe that the First Amendment grants an absolute right to...discuss all governmental affairs...» Exempel på ytterligare avgöranden där Black torgförde sin avvikande uppfattning ges av McKay i N.Y.U.L.R. 1959 s. 1195, Nowak/Rotunda/Young s. 866 samt av Aleinikoff, a.a.s. 967 not 149.

457. The Bill of Rights s. 875 o. 879.

458. Konigsberg, s. 55 ff. – Meiklejohn förfäktade i stort sett liknande idéer, ehuru vissa nyansskillnader fanns mellan honom och Black. I likhet med Black menade Meiklejohn att grundlagsfäderna på sin tid gjort den nödvändiga avvägningen mellan olika intressen: »There is, I am sure, a radical error in the theory that the task of balancing the conflicting claims of security and freedom has been delegated to Congress. It is the failure to recognise that the balancing in question was carefully done when, one hundred seventy years ago, the Constitution was adopted and quickly amended.» (Political Freedom s. 111). Till skillnad från Black menade han emellertid att det var möjligt att göra distinktioner dels mellan begränsningar av yttranden, vilka generellt borde tillåtas respektive begränsningar av yttrande**frihet**, vilka stred mot am.I, dels mellan yttranden av betydelse för demokratin och samhällsdebatten, vilka inte kunde begränsas, och begränsningar av andra yttranden, vilka borde prövas jämlikt due process-reglerna i am.V resp.XIV. Se närmare a.a.s. 24 ff o. 34 ff.

Metoden har i vart fall inget direkt, naturligt samband med judicial restraint.[459] Balancing var emellertid samtidigt, rent rättsideologiskt, en del av en under 1920- och 30-talet i doktrinen framväxande *realistisk* rörelse, som avvisade alla absoluta kriterier av det slag S.Ct. excellerat i under Lochnereran och förespråkade starkare inslag av teleologisk lagtolkning i domstolarnas rättspraxis.[460]

Teorin om preferred rights står varken i direkt samband med eller utesluter en tillämpning av balancing[461]; i praxis har S.Ct. inte sällan allmänt förordat balancing samtidigt som domstolen framhävt att vissa individuella rättigheter i denna process bör ges ett starkare skydd än andra, eftersom de är preferred rights.[462] Frankfurter, som utnämndes till Justice av Roosevelt och var starkt präglad av 1930-talets rättsideologiska klimat[463], var skeptisk till preferred rights samtidigt som han tydligare än någon annan ledamot av S.Ct. förordade balancing under det brytningsskede då denna metod blev ett naturligt inslag i domstolens praxis. Allra tydligast anses detta ha kommit till uttryck i Dennis v. United States, det kanske mest välkända avgörandet från McCarthy-epoken[464]: »The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible...»[465] Önskemålet om ett samtidigt iakttagande av judicial restraint kom till uttryck i fortsättningen på hans votum: »But how are competing interests to be assessed? Since they are not subject to quantitative ascertainment, who is to make adjustment? – who is to balance the relevant factors and ascertain which interest is in the circumstance to prevail? Full responsibility for the choice cannot be given to the courts. Courts are not representative bodies. They are not designed to be a good reflex of a democratic society...Primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us of necessity belongs to the Congress...We are to set aside the judgment of those whose duty it is to legislate only if there is no reasonable basis for it.»[466]

Balancingmetoden vid judicial review var således enligt Frankfurter förenlig med judicial restraint, men det bör observeras att detta enligt hans mening förutsatte att domstolarna

459. Jfr Black, The Bill of Rights s. 878: »Furthermore, the balancing approach to basic individual liberties assumes to legislators and judges more power than either the Framers or I myself believe should be entrusted, without limitation, to any man or any group of men.»
460. Detta samband mellan framväxten av legal realism och balancing i domstolarnas rättstillämpning skildras ingående av Aleinikoff, a.a.s. 952 ff. (»Balancing openly embraced a view of the law as purposeful, as a means to an end; and it demanded a particularized, contextual scrutiny of the social interests at stake in a constitutional controversy...It is the mark of a reasonable, rational, subtle mind.»)
461. Likheten mellan de bägge begreppen är främst att även preferred rights-läran bygger på en gradering av värden och intressen; de rättigheter som tillmäts störst betydelse enligt the preferred position principle bör dock, enligt flertalet preferred rights-förespråkare, inte relativiseras genom att i en lagprövningsprocess vägas mot andra intressen, eftersom de är fundamentala för demokratins överlevnad. Även om detta är den vanligaste åsikten bland preferred rights-anhängare finns det flera exempel på jurister som varit för både preferred rights och balancing; se bl.a. Aleinikoff s. 959 ff om sambandet häremellan.
462. Här kan hänvisas till Justice Roberts i Schneider v. State, 308 U.S. 147, 161 (1939): »The courts should be astute to examine the effect of the challenged legislation. Mere legislative preferences or beliefs...may well support regulation directed at other personal activities, but be insufficient to justify such as diminishes the exercise of rights so vital to the maintenance of democratic institutions.» Se allmänt om förhållandet mellan preferred rights och balancing förutom Aleinikoff, a.a., även McKay a.a. s. 1196-97.
463. En allmän beskrivning av Frankfurters ideologiska bakgrund ges av Bixby, a.a.s. 767 ff m.h.t. ytterligare doktrin.
464. 341 U.S. 494; se om avgörandet ovan kap. 10.10.
465. Ibid s. 524-25.
466. Ibid.

därvidlag inte tillämpade någon egen värdeskala utan i stort sett följde de prioriteringar lagstiftaren gjort **vid sin avvägning.** Under sådana premisser kan man undra hur mycket av självständig avvägning som egentligen återstår för domstolarna att göra.

Om någon segrare skall koras i striden mellan Black och Frankfurter är det den senare. S.Ct. har aldrig bekänt sig till den form av absolutism som Black förespråkade, medan däremot inslagen av balancing i domstolens praxis ständigt ökat.[467] Kritiken mot balancing, som var vanlig i doktrinen under de första decennierna då metoden tillämpades, har efterhand minskat.[468] Dessutom har balancing, efter att ursprungligen främst ha varit en metod för prövning av begränsningar av de rättigheter som nämns i am.I, successivt kommit att tillämpas på allt fler områden; S.Ct. har i dag prövat begränsningar av så gott som alla rättigheter i konstitutionen med hjälp av balancingmetoden.[469]

b. Närmare om balancing i amerikansk rätt Karakteristiskt för balancing är till att börja med att metoden går ut på jämförelse, värdering och slutligen avvägning mellan olika, var för sig skyddsvärda men i det konkreta fallet motstridiga intressen. En intressemotsättning kan föreligga exempelvis mellan en individuell medborgerlig rättighet och viktiga samhällsintressen eller, vid rättighetskollissioner, mellan två parters i det konkreta fallet oförenliga rättigheter.[470] Typiskt sett – ehuru detta inte alltid behöver vara fallet – innebär balancing att den rena juridiken ges mindre utrymme i den dömande

467. Jfr Aleinikoff, a.a.s. 975 not 204: »Thus, while the split between the majority and the dissenters was once about whether balancing was a probable method of constitutional interpretation, today disagreement centers on weights of the interests in the balance.» Det bör dock noteras att en viss oenighet inom S.Ct. ånyo förmärkts under 1990-talet, då Scalia i viss mån tagit upp Blacks fallna mantel, förfäktat bokstavstolkning och originalism – men inte absolutism! – och därvidlag fått mothugg från en »mittfalang» inom domstolen, grupperad kring O'Connor, Kennedy och Souter. Denna konflikt beskrivs ingående av Sullivan i The Justices..., främst s. 78 f samt s. 122 f. Se även Kannar, a.a.s. 1307.
468. Se närmare om kritiken mot balancing under 1950- och 60-talen Aleinikoff, a.a.s. 944 not 3 m.h.t. doktrinen.
469. Se för hänvisning till am.I-avgöranden i S.Ct. där balancing tillämpats Aleinikoff s. 947, 964 (särskilt om tidig praxis) o.966 f samt McKay, a.a.s. 1196 och beträffande övriga områden Aleinikoff s. 965 (am.IV), 971, 974 o. 977.
470. Det kan dock konstateras att rättspraxis i USA helt domineras av avvägning mellan individers och (del)statens intressen. Här finns en, måhända slumpmässigt betingad, skillnad mot Tyskland, där flera av de mest uppmärksammade Abwägungfallen (Lüth, Mephisto, abortfallen) gällt rättighetskollissioner. (Se vidare härom ovan, främst kap. 7.4.1.2 o. 7.5.2.2.) Skillnaden kan i och för sig bero på att ett intresse kan vara både privat och statligt och i dessa fall i amerikansk rättspraxis i allmänhet framställts som statligt: Individens rätt till yttrandefrihet står t.ex. inte i motsats till utan motsvarar snarast det samhälleliga intresset av en öppen debatt. (Jfr härtill Cahn, a.a.s. 480: »Not alone the speaker, missionary, writer or printer, has a stake in the First Amendment; the whole conglomerate mass of the community audience is involved, including those who are almost sure they will never wish to speak and those who are completely sure they do not wish to listen.») Icke desto mindre beskrev Harlan för majoritetens räkning i Barenblatt v. U.S. (360 U.S. 109, 126 (1959)) utgången i målet, vilket gällde ett åtal mot en person som under McCarthyperioden vägrat svara på frågor från HUAC om medlemskap i kommunistpartiet, som resultatet av »a balancing by the courts of the competing private and public interests at stake in the particular circumstances shown». Black tog f.ö. i sin dissens i målet direkt avstånd från Harlans synsätt: »It completely leaves out the real interest in Barenblatts silence, the interest of the people as a whole in being able to join organizations, advocate causes and make political mistakes without later being subjected to governmental penalties for having dared to think for themselves. It is this right, the right to err politically, which keeps us strong as a Nation.» (360 U.S. s. 144). Se även Aleinikoff, a.a.s. 981

verksamheten till förmån för en värdering av vilken vikt som i ett enskilt fall, i en konkret situation bör tillmätas de olika intressen som avvägningen gäller.

Principiellt kan domstolen antingen slå fast att ett visst intresse i ett konkret fall har företräde framför ett annat, eller gå in på en närmare bedömning och avvägning av de motstridiga intressena, vilka båda tillerkänns stor vikt, varefter domstolen ger närmare anvisningar om hur de bör vägas mot varandra i en situation av just det slag som i det konkreta fallet är föremål för bedömning.[471]

Ett exempel på den förra typen av bedömning är New York v. Ferber, där S.Ct. upprätthöll en delstatslag som kriminaliserade spridning av barnpornografi, eftersom de hemskheter som lagen förbjöd »...so overwhelmingly outweighs the expressive interests, if any, at stake.»[472] Ett illustrativt exempel på det andra alternativet finns i Tennessee v. Garner, där bedömningen gällde en lag i Tennessee som tillät bruk av dödligt våld om och när fångar försökte fly från statens kriminalvårdsanstalter.[473] S.Ct. erkände här både fångarnas rätt till liv och delstatens intresse av att hindra brottslingar från att fly som giltiga intressen och förklarade att en fångvaktare endast fick använda dödligt våld för att hindra flykt i en situation då vakten har anledning att känna sig fysiskt hotad av den flyende.

En grundläggande distinktion görs vidare i amerikansk doktrin mellan *principiell* balancing respektive *ad hoc*-balancing. Skillnaden häremellan är att principiell balancing, som New York v. Ferber är ett exempel på, innebär att avvägningen i det konkreta fallet leder till att en princip etableras, som kan tillämpas även i framtida avgöranden, medan ad hoc-balancing – en vanligare men också mer kritiserad metod – innebär att avvägningen enbart utgår från omständigheterna i det konkreta fallet och går ut på att slå fast vilket intresse som i ett enskilt fall skall ges företräde.[474] Den senare varianten av balancing, som utvecklades under 1940- och 50-talen och hade ett tydligt samband med den ovan nämnda reaktionen mot tillämpning av alltför fasta, absoluta kriterier vid judicial review[475], går således i korthet ut på att väga den konkreta skada en enskild part lidit av en rättighetsbegränsning mot den nytta (del)staten haft av den lag eller det beslut där rättigheten begränsas. Ad hoc-metoden leder typiskt sett till större osäkerhet om utgången i framtida avgöranden och är därför av naturliga skäl enklare att kritisera ur rättssäkerhetssynvinkel. Sådan kritik har också varit tämligen vanlig i amerikansk doktrin.[476]

beträffande samma förmenta men ej reella intressemotsättning vid tillämpning av am. IV. – Ett undantag från det nu sagda gäller f.ö. åtminstone delvis för Roe v. Wade, där moderns rätt till privacy och det ofödda barnets rätt till liv vägdes mot varandra.

471. Jfr ovan kap. 7.4.1.4 o. 7.5.2.2 om motsvarande praxis och diskussion i tysk rätt.
472. 458 U.S. 747, 763-64 (1982).
473. 471 U.S. 1 (1985).
474. Jfr Tribe, American Constitutional Law s. 583: »The question is whether the »balance» should be struck for all cases in the process of framing particular categorical definitions, or whether the »balance» should be calibrated anew on a case-by-case basis.»
475. Se ovan s. 457 samt bl.a. Frowein/Schulhofer/Shapiro, The Protection of Fundamental Human Rights... s. 269 f.
476. Se – förutom Blacks ovan citerade och refererade kritik – Frowein/Schulhofer/Shapiro s. 269 not 108 och Aleinikoff s. 948 not 28 o. 973 not 192 m.h.t. kritik i doktrinen. I USA kritiseras ad hoc-metoden (som motsvarar vad Rüfner kallat »prinzipienlose Billigkeitsrechtsprechung», jfr ovan kap. 7.4.1.2) för att den allmänt sett leder till sämre rättssäkerhet än principiell balancing; att så är fallet tas mer eller mindre för givet. Motsvarande synpunkter hörs förvisso i Tyskland, men där är kritiken väl så stark mot den principiella avvägningen och den

En kritik mot principiell balancing vilken starkt påminner om den som i Tyskland lanserats av Schlink och Kröger har framförts av Aleinikoff, som vänt sig mot den gängse amerikanska uppfattningen att denna metod nödvändigtvis leder till större rättssäkerhet, främst i form av ökad förutsägbarhet, än ad hoc-metoden. Kärnan i Aleinikoffs kritik är att värdet av princpiella (»definitional») balancing-avgöranden inte bör överdrivas, eftersom de värden som givits definitivt företräde i ett visst mål i en ny situation kanske inte kan ges samma tyngd och därför rätteligen bör vika för det intresse som åsidosatts i det tidigare målet. Om det ursprungliga avgörandet ändå upprätthålls, avgör domstolen troligen det nya fallet på fel sätt; skulle domstolen däremot ändra sig visar detta att principiell balancing i praktiken inte skiljer sig så mycket från ad hoc-metoden.[477]

Som exempel hänvisar Aleinikoff till majoritetens dom (författad av Rehnquist) i New York v. Quarles.[478] I detta mål »kompletterade» S.Ct. utslaget i ett tidigare, mycket uppmärksammat avgörande benämnt Miranda v. Arizona[479] med ett praktiskt viktigt undantag, som åtminstone delvis satte Miranda ur spel. Utslaget i Miranda innebar att de bekännelser och andra medgivanden som gripna (misstänkta) brottslingar avgivit vid förhör inte kan åberopas av åklagaren i en rättegång om inte den misstänkte vid gripandet upplysts om sina konstitutionella rättigheter.[480] Miranda var således ett klassiskt exempel på principiell balancing, där den misstänktes rättigheter givits företräde framför intresset av brottsbekämpning. I New York v. Quarles, där en polis inte ansåg sig ha tid att upplysa den gripne om hans rättigheter eftersom han misstänkte att denne hade ett vapen inom räckhåll, fann emellertid S.Ct. att medgivanden ändå kunde godtas under dessa förutsättningar, om de polismän som utfört gripandet inte haft tid att upplysa den gripne av hänsyn till allmän säkerhet (»public safety»). Majoriteten menade genom Rehnquist att Miranda innebar att »...whatever the cost to society in terms of fewer convictions of guilty suspects, that cost would simply have to be borne in the interest of enlarged protection for the Fifth Amendment privilege...the Miranda majority was willing to bear that cost.»[481] Här förhöll det sig dock på ett annat och allvarligare sätt: »Here, had Miranda warnings deterred Quarles from responding to Officer Krafts question about the whereabouts of the gun, the cost would have been something more than merely the failure to obtain evidence useful in convicting Quarles. Officer Kraft needed an answer to his question not simply to make his case against Quarles but to insure that further danger to the public did not result from the concealment of the gun in a public area.»[482] Denna ytterligare komplikation innebar enligt majoriteten att Miranda måste kompletteras med en »public safety exception» och att åklagaren i det senare fallet trots allt haft rätt att åberopa uppgifter som framkommit vid förhör med den misstänkte efter gripandet.[483]

värdeteori som BVerfG utvecklat för att avgöra Abwägungfall; denna har kritiserats på flera olika grunder, bl.a. av Schlink och Kröger, för att den på ett anspråksfullt döljer att BVerfG även i de fall då domstolen officiellt tillämpar värdeteorin i praktiken gör en intresseavvägning utgående från de olika intressenas tyngd i det konkreta fallet. Se närmare ovan kap. 7.5.2.2.

477. A.a.s. 980-81.
478. 467 U.S. 649 (1984).
479. 384 U.S. 436 (1966).
480. Vilket i praktiken skall ske genom att de polismän som utför gripandet omedelbart skall yttra den från kriminalfilmer välkända fras som börjar med »You have the right to remain silent...».
481. 467 U.S. s. 656-57.
482. Ibid.
483. Det kan poängteras att Aleinikoff inte kritiserar utgången i New York v. Quarles som sådan, utan endast anser att fallet illustrerar svårigheterna vid tillämpning av principiell balancing. A.a.s. 980: »Rehnquists opinion shows the fragility of a definitional balance and the artificiality of the distinction between »definitional» and »ad hoc» balancing.»

Aleinikoff har emellertid även kritiserat balancing-metoden från andra utgångspunkter, vilka delvis påminner om den mer teoretiska tyska kritiken, delvis anknyter till den ständiga amerikanska debatten om lagprövningens legitimitet och utrymmet för domare att basera avgöranden på sina egna värderingar.

Aleinikoff utgår inte som många andra balancing-kritiker från att det grundläggande problemet med metoden är att intressen av skilda slag aldrig är direkt jämförbara. Problemet är enligt honom i stället den värdeskala som domstolen måste tillämpa vid balancing; vad bygger denna på? Den kan knappast tillåtas bygga på domarens egna, personliga värderingar, »lest constitutional law become the arbitrary act of will today characterized as »lochnering».[484] Följaktligen måste mer »objektiva» värden tillämpas; i praxis resulterar detta oftast i att domstolen hänvisar till värden som nationens historia och sedvanor, allmän konsensus, rådande värderingar eller, vilket Justice Scalia på senare år excellerat i, en »specific tradition».[485] En praxis som bygger på värden av denna typ är dock mottaglig för samma kritik som inte sällan anförts i Tyskland mot Abwägung baserad på en värdeteori, nämligen att rättigheternas skyddszon i praktiken kommer att få ett omfång som står i överensstämmelse med de vid varje tidpunkt rådande värderingarna i samhället (eller i USA snarare majoritetens i S.Ct. rådande värderingar). En sådan utveckling främjar knappast rättssäkerheten och bidrar allmänt sett till att relativisera individens frihet i förhållande till staten.[486] Med Aleinikoffs ord löser inte dessa hänvisningar till skilda värden problemet med vilken värdeskala som skall tillämpas såvida inte samma skala tillämpas vid samtliga avgöranden – vilket inte är fallet. Snarare är det uppenbart att S.Ct. ännu inte utvecklat någon hållbar värdeskala eller ens en teori med generella anspråk liknande den *Werttheorie* som BVerfG stundtals tillämpar.

Enligt Aleinikoff är denna avsaknad av teoretisk grund för balancing det kanske största problemet med metoden (oavsett om det är fråga om principiell eller ad hoc-balancing).[487] Han tycker sig se metodens grundläggande svag- och svårigheter tydligt illustrerade i särskilt ett avgörande, Lassiter v. Department of Social Services.[488]

Frågan i detta mål gällde om en dam vid namn Lassiter jämlikt the due process clause i am.XIV hade rätt till rättegångsbiträde på statens bekostnad i en vårdnadsrättegång. Majoriteten fann genom Stewart att Lassiters intressen i målet vägde tungt, medan delstaternas intressen inte kunde tillmätas samma vikt. Normalt tilldelades dock hjälpbehövande i delstaten (North Carolina) biträde endast då de riskerade att berövas sin personliga frihet. Avvägningen mellan dessa faktorer mynnade – med begrundande även av ett tidigare avgörande i samma fråga[489] – ut i en total ovisshet om vad som egentligen borde gälla, vilken närmast kan tolkas som en uppmaning till ständig ad hoc-balancing: »If, in a given case, the parents interest were at their strongest, the States interests were at their weakest, and the risks of error were at their peak, it could not be said that the Eldridge

484. A.a.s. 973. Jfr även Frankfurter i Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234, 267 (1957): »Striking the balance implies the exercise of judgment...It must be an overriding judgment founded on something much deeper and more justifiable than personal preference. As far as it lies within human limitations, it must be an impersonal judgment.»
485. Jfr Aleinikoff s. 974 m.h.t. praxis. Se om Scalia ovan i 10.13 på s. 450 ff.
486. Jfr om den tyska kritiken ovan kap. 7.5.2.2. En ingående kritisk granskning av domstolars bruk av värden av detta slag finns f.ö. hos Ely, kap. 3 (särskilt s. 56-70).
487. A.a.s. 982: »What is so surprising is how rudimentary the process appears. No system of identification, evaluation, and comparison of interests has been developed.»
488. 452 U.S. 18, 31-32 (1981).
489. Matthews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

factors did not overcome the presumption against the right to appointed counsel, and that due process did not therefore require the appointment of counsel. But since the Eldridge factors will not always be so distributed...neither can we say that the Constitution requires the appointment of counsel in every parental termination proceeding. We therefore... leave the decision whether due process calls for the appointment of counsel for indigent parents in termination proceedings to be answered in the first instance by the trial court, subject, of course, to appellate review.»

Kontentan i majoritetens resonemang är således att eftersom olika intressen väger olika tungt i skilda fall, så går det inte att säga något generellt om huruvida en fattig person hade rätt till offentligt rättegångsbiträde i familjemål, varför sådana frågor alltid måste avgöras från fall till fall! Om domstolarna, enkannerligen den högsta instansen, alltid hade så låga anspråk skulle deras prejudikatbildande verksamhet vara obefintlig. Även om resonemanget i detta mål för osedvanligt långt menar Aleinikoff att avgörandet inte är unikt, utan snarare representativt för balancing när metoden är som sämst:

> The opinion in Lassiter may simply demonstrate the difficulty of commanding a majority in a badly divided Court...But I fear it proves far more. The opinion reflects both the dominance of balancing in the contemporary judicial mind and its emptiness as a methodology...Although Stewarts opinion uses all the right words, in the end they are simply that: just words. No conviction, no belief in the justness of the result informs the opinion. Balancing has become mechanical jurisprudence. It has lost its ability to persuade.[490]

Detta avgörande illustrerar dock snarare avarterna med en helt principlös och alltför långt driven balancing än omöjligheten att överhuvudtaget tillämpa metoden. Karakteristiskt för balancing eller Abwägung har traditionellt snarare varit en strävan efter rimliga, skäliga, rättvisa avgöranden i konkreta fall (och en däremot svarande frigörelse i lagprövningen från bokstavstolkning utgående från olika bestämmelsers ordalydelse).[491] Det är snarast denna aspekt som saknas i majoritetens resonemang i Lassiter.

Diskussionen om balancing bör också relateras till debatten om judicial restraint kontra activism. Ovan har redogjorts för hur Frankfurter kunde förorda balancing trots att han var en mycket ivrig förespråkare för restraint, liksom för Aleinikoffs varning för balancing som bygger på en domares egna värderingar. Balancing har ofta kritiserats för att ge domaren alltför stor makt att sätta sina egna värderingar framför lagstiftarens. På vilket sätt kan egentligen balancing försvaras?

Vissa av de argument som i debatten åberopats till stöd för balancing kan generellt åberopas till stöd för legitimiteten i judicial review. Det gäller exempelvis argumentet att domstolarna är mer lämpade än de lagstiftande myndigheterna att värna individernas rättigheter; domstolarna anses då inte bara helt allmänt kunna korrigera misstag begångna i lagstiftningsprocessen utan fastmer ha en tendens att uppmärksamma värden och intressen som lagstiftaren förbisett, som t.ex. minoriteters och svaga gruppers

490. A.a.s. 983.

491. Jfr Aleinikoff s. 962 om balancingmetodens framväxt: »Finally, balancing was no doubt seductive – and continues to be seductive – because it fits our usual conceptions and metaphors of justice, fairness, and reasonableness...Balancing provides a careful, sensitive, thoughtful way to dispence justice, to give each his or her due.» Se även Alexy, Theorie der Grundrechte s. 290-91 o. 298, anförd i kap. 7.5.2.2, för ett liknande resonemang utgående från tysk rätt.

intressen.[492] Aleinikoff, som generellt är kritisk mot metoden, menar emellertid att det finns ett starkare skäl för balancing, nämligen att domstolarnas balancing överhuvudtaget inte bör jämföras med de avvägningar lagstiftaren kan ha gjort innan en lag antogs. En pragmatisk tillämpning av balancing sker överhuvudtaget inte med några politiska syften eller förtecken utan syftar helt enkelt till en rimlig tids- och verklighetsanpassad tolkning av konstitutionen, vilket i praktiken nästan kräver att viss hänsyn även tas till lagstiftarens uppfattning; domstolarnas avgöranden kompletterar därför lagstiftarens prioriteringar på ett sätt som innebär att konstitutionen inte urholkas.[493] Vad Aleinikoff förordar är en medelväg för domstolarna, som gör det möjligt för dem att tillämpa balancing utan att hemfalla vare sig åt överdriven restraint eller activism.

Eftersom metoden kommit att spela så stor roll i domstolarnas praxis utgår således Aleinikoff och andra debattörer från att den kommit för att stanna. Viss uppmärksamhet bör emellertid också ägnas frågan om balancing, med de problem denna teknik medför, överhuvudtaget är en nödvändig metod i domstolarnas lagprövning.

Tanken att balancing är nödvändig kan sägas utgå från den dagliga verkligheten.[494] S.Ct. måste anpassa konstitutionen till verkligheten och är dessutom skyldig att i lagprövningsfall ta ställning till, avgöra om en lag strider mot konstitutionen. I praktiken, menar många debattörer, kräver detta balancing.[495]

Att lagprövning i praktiken ofta kräver svåra intresseavvägningar från domstolarnas sida är uppenbart. Frågan måste ändå ställas om det i praktiken kan finnas några alternativ till balancing.

Balancing- och Abwägungförespråkarnas kanske vanligaste argument är att inga rättigheter är absoluta; alla rättigheter måste i praktiken kunna begränsas av lagstiftaren, varför intresseavvägning är ett nödvändigt inslag i domstolarnas lagprövning. Aleinikoff menar emellertid att denna uppfattning delvis bygger på ett missförstånd, eftersom något

492. Här kan framförallt hänvisas till Dworkin, Law's Empire s. 375 och Bickels bestämda uppfattning om domstolarnas företräden framför de lagstiftande myndigheterna: »...courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society, and it is not something that institutions can do well occasionally, while operating for the most part with a different set of gears. It calls for a habit of mind, and for undeviating institutional customs.» (The Least Dangerous Branch s. 25-26.) Jfr kap. 3.3.2.2.

493. A.a.s. 985 f: »The balancing court does not *replicate* the legislative function or *supplant* legislative judgments of good social policy. It *uses* the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be »softened»...The judicial role might be described as: Protect and preserve all constitutional interests, taking into account the value that the other branches place on achieving other legitimate ends.»

494. Ibid.

495. Se särskilt Rostow, The Democratic Character...s. 213: »Of course the Justices should give the utmost consideration to the views of the other branches of the Government, in civil rights as in other constitutional cases...Of course in the end the Court must balance even the policy in favor of freedom of speech against the right of the state to protect itself from mobs, riots in the streets, pornography, espionage, and revolution. It must consider whether means are reasonable adapted to ends; whether the Government could have chosen alternative means which would raise from constitutional doubts; whether in fact circumstances justify the means adopted.» Se även Tribe, American Constitutional Law s. 583 beträffande balancing rörande am.I samt Aleinikoff s. 997. Jfr också Alexy, a.a.s. 290 ff.

måste rymmas mellan ytterligheterna absolutism och balancing. Sålunda menar han att S.Ct. trots att målet innefattade motstridiga intressen inte avgjorde Brown v. Board of Education efter en avvägning mellan dessa, utan på den grunden att rasdiskriminering av det slag som förekom i målet var oacceptabel. Samma sak gäller rösträttsfallen och i princip även det hittills mest uppmärksammade avgörandet rörande affirmative actions, Regents of the University of California v. Bakke[496]; trots att det där var fråga om en ovanligt tydlig konfliktsituation mellan var för sig giltiga intressen – Bakkes intresse av att bli antagen till en utbildning han i och för sig var kvalificerad för respektive delstatens intresse av ökad rasintegration och svarta studenters intresse av att komma in på en viss utbildning – menar Aleinikoff att målet hellre borde avgöras genom att S.Ct. utvecklar en ny teori kring tolkningen av am.XIV än genom sedvanlig balancing.[497] (I verkligheten löstes frågan inte alls, eftersom S.Ct. var djupt splittrad i detta avgörande.) Aleinikoff konstaterar också att väldigt många mål trots allt ännu avgörs av S.Ct. utan balancing, varför det saknas reella skäl att betrakta metoden som nödvändig.[498]

Vad Aleinikoff förespråkar är således mer teoretiskt underbyggda principer. I samma riktning pekar två andra, genomtänkta alternativ till balancing som framförts i den amerikanska doktrinen. Sålunda har Dworkin lanserat en teori om att balancing endast skall tillåtas vid rättighetskollisioner, men inte vid prövning av rättighetsbegränsningar. Dworkins teori utgår som framgick i 3.3.2.2 från en distinktion mellan individens rättigheter och samhällets allmänna intressen, enligt vilken individens rättigheter normalt sett har betydligt större värde och endast kan begränsas av hänsyn till andra(s) rättigheter (men således inte av hänsyn till rena samhällsintressen):

> The existence of rights against the Government would be jeopardized if the Government were able to defeat such a right by appealing to the right of a democratic majority to work its will...We must distinguish the »rights» of the majority as such, which cannot count as a justification for overruling individual rights, and the personal rights of members of a majority, which might well count.[499]

Enligt denna »strong sense of rights» är rättighetsbegränsningar således endast tillåtna om de är nödvändiga av hänsyn till andra människors rättigheter, vilka vid en avvägning bedöms skola ha företräde.[500] Härav följer också att balancing är en utesluten metod i andra fall än vid rena rättighetskollisioner. Grundlagsenligheten i en rättighetsbegränsande lag kan exempelvis aldrig prövas genom en avvägning mellan motstridiga intressen.[501]

496. 438 U.S. 265 (1978); se närmare om målet ovan i avsn. 10.11.2.3 vid not 361.
497. A.a.s. 995 ff o. 999 (»...these conceptions would involve us in a fight about the meaning of the Fourteenth Amendment, but this is precisely what a difficult constitutional case ought to do.»)
498. A.a.s. 1003 m.h.t. praxis.
499. Taking Rights Seriously s. 194. Jfr även s. 269: »If someone has a right to something, then it is wrong for the government to deny it to him even though it would be in the general interest to do so.»
500. Ibid s. 194: »So we must acknowledge that the Government has a reason for limiting rights if it plausibly believes that a competing right is more important.»
501. Ibid: »It is true that we speak of the »right» of a society to do what it wants, but this cannot be a »competing right» of the sort that may justify the invasion of a right against the Government.»

Dworkins tankar, som diskuteras närmare på annan plats[502], medför drastiska konsekvenser för domstolarnas praktiska tillämpning av balancing och Abwägung. Det måste dock konstateras att Dworkins uppfattning inte fått något större genomslag i amerikansk rättspraxis.

Det andra teoretiskt genomarbetade alternativet till balancing, som särskilt gäller begränsningar av yttrandefriheten, har lanserats av Tribe.[503] Denna modell bygger på en distinktion som Tribe anser sig kunna skönja i Supreme Courts praxis mellan begränsningar av yttrandens innehåll (»track one», »the communicative impact») och begränsningar av formerna (tid, plats osv) för yttrandens framförande (»track two»). Tribe menar att balancing faktiskt förekommit i mycket ringa utsträckning i de förra fallen, vilket är bra eftersom yttrandefriheten i längden blir svår att upprätthålla om balancing skulle bli den dominerande metoden i domstolarnas prövning av dessa frågor. Detta gäller alldeles särskilt om denna balancing vore av ad hoc-prägel:

> When the Supreme Court draws categorical lines, creating rules of privilege dependent on a few factors largely independent of context, judicial authority speaks directly to the legislature by means of a facial examination of laws without regard to the context in which they are applied. And categorical rules, by drawing clear lines, are usually less open to manipulation because they leave less room for the prejudices of the factfinder to insinuate themselves into a decision...Categorical rules thus tend to protect the system of free expression better because they are more likely to work in spite of the defects in the human machinery on which we must rely to preserve fundamental liberties. The balancing approach is contrastingly a slippery slope; once an issue is seen as a matter of degree, first amendment protections become especially reliant on the sympathetic administration of the law. On track two, when government does not seek to suppress any idea or message as such, there seems little escape from this quagmire of ad hoc judgment...But on track one, when the governments concern is with message content, it has proven both possible and necessary to proceed categorically.[504]

Svagheterna med resonemanget är dock flera. Först och främst är det tveksamt om Tribes tes överhuvudtaget vinner stöd i Supreme Courts praxis. Vidare bygger den på just den distinktion mellan principiell och ad hoc-balancing som Schlink och Aleinikoff utsatt för så hård kritik. Någon direkt lösning på de problem som ett överdrivet bruk av balancing medför synes därför Tribes modell inte erbjuda.

10.15 Ytterligare kring debatten om Supreme Courts roll och legitimiteten i judicial review

10.15.1 Inledning

Den amerikanska debatten om förhållandet mellan lagstiftande och dömande makt kan delas upp i specifikt amerikanska frågor, vars relevans för svensk rätt eller för något annat rättssystem är begränsad, och grundläggande frågeställningar rörande konstitutionellt rättighetsskydd av närmast global relevans. De mer grundläggande frågorna har

502. Jfr ovan kap. 1.3 o. 3.3.2.2.
503. Se American Constitutional Law s. 582 ff.
504. Ibid.

behandlats ovan i kap. 3. De frågor som saknar denna betydelse utanför den amerikanska debatten – och därför behandlas i detta avsnitt – är historiens ständiga närvaro i doktrin och praxis samt den livliga debatten om legitimiteten i *non-interpretive review*, dvs lagprövning där domstolarna går utanför konstitutionstexten och prövar lagars förenlighet inte bara med konstitutionen utan också med andra rättigheter som S.Ct. tillerkänt konstitutionell status. Bägge dessa frågor sammanhänger med konstitutionens höga ålder och status.

Det faktum att lagprövningsrätten etablerades så tidigt som 1803 spelar stor roll för den amerikanska debatten; då förändringar i domstolarnas praxis diskuteras är det naturligt att relatera nya avgöranden till gamla; avgöranden från 1800-talet betraktas inte som historiska kuriositeter utan som konstitutionella realiteter, som en del av det gemensamma konstitutionella arv vilket byggts upp under drygt tvåhundra år. Diskussionen om non-interpretive review hade knappast varit lika livlig om konstitutionen varit av modernare snitt och/eller lättare att ändra: Det är främst avsaknaden i konstitutionen av uttryckliga garantier för medborgerliga rättigheter som rörelsefrihet, föreningsfrihet och rösträtt som föranlett S.Ct. att gå utöver texten för att säkra ett skydd även för dessa rättigheter.

a. Institutionella aspekter. Som vi såg i kap. 3 hävdar både Bickel, Chemerinsky och Dworkin att domstolarna i fråga om rättighetsskydd har vad vi kan kalla **komparativa fördelar** jämfört med de lagstiftande organen. Med denna utgångspunkt är lagprövningsrätt lätt att objektivt försvara på den funktionella grunden att metoden, åtminstone på lång sikt, leder till för samhället goda resultat.[505] Detta innebär dock inte i sig någon lösning på *the counter-majoritarian difficulty*; att utfallet av en viss process är gott innebär inte nödvändigtvis att processen också är demokratiskt legitim. Bickel, som myntade nämnda uttryck, såg detta som ett stort problem och utarbetade en av de centrala teorierna för rättfärdigande av lagprövning[506], medan Chemerinsky och Dworkin i stället lanserat nya demokratiteorier (Dworkin med ett starkt moralfilosofiskt inslag) där lagprövning är ett naturligt inslag.[507] Motståndare till lagprövning åberopar allmänhet demokratiargumentet; de menar att politiska beslut rätteligen **skall** fattas av politiskt valda organ (regering, riksdag) och att domstolar i avsaknad av såväl folkligt stöd som demokratisk legitimitet inte skall ha rätt att vägra tillämpa i laga ordning antagna lagar. Med Dworkin kan detta kallas argumentet att lagstiftaren har bättre rätt till konstitutionellt beslutsfattande.[508] Mindre vanligt är däremot att lagprövningens kritiker förnekar att

505. Här kan nämnas att även Learned Hand menade att domstolarna var bättre skickade än andra maktgrenar för vissa konstitutionella uppgifter. Hand var som bekant enbart beredd att acceptera en formell lagprövningsrätt: »The authority of courts to annul statutes (and a fortiori, acts of the Executive) may, and indeed must, be inferred, although it is nowhere expressed...However, this power should be confined to occasions when the statute or order was outside the grant of the power to the grantee, and should not include a review of how the power has been exercised.» (The Bill of Rights s. 66). Anledningen till att han godtog detta var just domstolarnas särskilda ställning: »...without some arbiter whose decision should be final the whole system would have collapsed...The courts were undoubtedly the best »Department» in which to vest such a power.» (A.a.s. 29.)
506. Jfr nedan kap. 10.15.6.7.
507. Se ovan kap. 3.2.3 resp. 3.3.2.2.
508. Jfr Taking Rights Seriously s. 142.

judicial review oftast leder till ett starkt rättighetsskydd.[509]

Debatten i USA utmärks emellertid av att lagprövningens existens så gott som aldrig ifrågasätts, medan däremot dess omfång är föremål för ständig diskussion. Åsikter innebärande att varje form av judicial review är otillständig i en demokrati hörs så gott som aldrig i USA, medan frågor som huruvida domstolarnas lagprövning bör präglas av activism eller restraint eller om S.Ct. måste hålla sig till konstitutionstexten eller kan gå utöver denna är mycket livligt diskuterade. All skepsis mot judicial review som framförs i den amerikanska debatten måste därför, vilket är viktigt att komma ihåg, ses mot bakgrund av de allmänt accepterade förutsättningarna att medborgarna verkligen besitter de rättigheter som de garanteras i konstitutionen och att domstolarna när de värnar dessa med nödvändighet utövar ett visst, rätt stort mått av judicial review. I USA ifrågasätts helt enkelt inte att det tillkommer den dömande makten att avgöra ett stort antal viktiga frågor, varav flera har stor politisk betydelse.

b. Judicial activism kontra judicial self-restraint. Redan under Lochnererans »höjdpunkt», långt innan slutet på perioden började skönjas, hördes kritiska röster som vände sig inte bara mot domstolens konkreta avgöranden och dess värderingar utan också, mer principiellt, mot den aktiva roll S.Ct. under denna period spelade i samhällsutvecklingen. En av de första i doktrinen att plädera för ökad återhållsamhet från domstolarnas sida var Thayer 1893. Den mest uppmärksammade av kritikerna var under 1910-talet och någon tid framåt domstolens store »dissenter», Oliver Wendall Holmes. Som nämnts avvek denne ofta från majoriteten, i allmänhet i mycket välskrivna dissenser.[510] Med tiden kom han, utgående från sitt ogillande av centrala drag i Lochnerdomstolens praxis, att utveckla något av en doktrin om återhållsamhet från domstolarnas sida i lagprövningssammanhang.[511] Det var till denna skepsis mot Lochnererans activism Stone knöt an, först i ett antal dissenser före 1937 och sedan i footnote four. Stone använde tidigt termen judicial self-restraint för att beteckna den motsats till Lochnerdomstolens hållning som han ansåg önskvärd.[512] Från och med 1937 präglades också Supreme Courts praxis i viss utsträckning av restraint, åtminstone jämfört med Lochnerdomstolen och såvitt gällde lagar som inte begränsade några preferred rights. Även under denna tid fanns dock, som vi sett, meningsskiljaktigheter inom domstolen om utrymmet för att åsidosätta lagar: Främst Frankfurter tyckte att the preferred position principle gav domstolarna för vida möjligheter att göra detta. Under 1950-talet fick så debatten en något annan ideologisk profil än tidigare, eftersom den aktivistiska Warrendomstolens praxis hade en tydlig liberal profil. Utvecklingen efter Warrens avgång 1969 och de där-

509. Även i den svenska debatten dominerar demokratiargumentet; jfr kap. 18.2.4 och 18.4.
510. Se t.ex. ovan kap. 10.8 i not 238.
511. Holmes är bl.a. berömd för flera slagkraftiga formuleringar. Beträffande judicial restraint lär han vid skilda tillfällen ha uttryckt sin syn på domarens roll med att »about seventy-five years ago I learned that I was not God. And so, when the people want to do something I can't find anything in the Constitution expressly forbidding them to do, I say, whether I like it or not, »Goddamit, let'em do it.» Ett annat välkänt uttalande löd: »Of course, I know, and every other sensible man knows, that the Sherman Law is damned nonsense, but if my country wants to go to hell, I am here to help it.» Citaten från Abraham, Freedom and the Court s. 26.
512. Se t.ex. United States v. Butler, 297 U.S. 1, 78-79 (1936): »...while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of the government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint.»

efter gjorda nomineringarna till S.Ct. kan något förenklat beskrivas som en kamp mellan Justices som, utan att nödvändigtvis förespråka activism, accepterar Warrendomstolens praxis och Justices vilka motsätter sig såväl activism i sig som vissa av Warrendomstolens och efterföljande liberala majoritets landvinningar beträffande medborgerliga rättigheter.

Vilken är då kärnan i debatten? Enkelt uttryckt kan denna sägas handla om **hur stor** politisk roll domstolarna skall tillåtas spela. I ett statsskick som det amerikanska, där domstolarna uttryckligen tillerkänts en viss makt i konstitutionen och där den högsta instansen tidigt slog fast sin rätt att pröva och eventuellt åsidosätta rättsakter utfärdade av de högsta lagstiftande och verkställande organen, är det alltså allmänt accepterat att domstolarna utövar ett visst mått av politisk makt. Debatten om activism kontra restraint handlar i mycket hög grad om huruvida en aktivistisk domstol, vilken ser som sin uppgift att aktivt värna de medborgerliga rättigheterna och därför inte tvekar att åsidosätta lagar som befinns strida mot dessa, handlar inom ramen för den maktsfär den tillerkänns i konstitutionen. I USA har debatten därvidlag ofta koncentrerats på de perioder då S.Ct. genom ett aktivt värnande om vissa rättigheter också sökt främja en viss samhällsutveckling, vilket främst varit fallet under perioderna 1890–1937 och 1953–1969, samt allmänt på s.k. non-interpretive review. Termen judicial activism kan dock enligt min mening användas som en sammanfattande benämning för all lagprövning som präglas av att en domstol – eller ett organ som granskar lagförslag – med den uttryckliga ambitionen att värna medborgerliga rättigheter i sin praxis visar att den inte har några betänkligheter mot att åsidosätta lagar som strider mot någon form av högre rätt. Med denna definition har exempelvis EG-domstolens praxis under långa perioder präglats av activism[513], medan däremot danska och svenska domstolar städse iakttagit restraint, återhållsamhet. Brown v. Board of Education och övriga avgöranden mot rasdiskriminering är exempel på activism, trots att de grundades på en tolkning av am.XIV och inte var exempel på non-interpretive review. Frågan huruvida domstolen därvidlag medvetet sökt främja vissa värden eller ej – vilket t.ex. ECJ otvivelaktigt gjort – är intressant men knappast avgörande.

Restraint utmärks av att domstolarna i princip inte åsidosätter i vederbörlig ordning antagna lagar. Detta är i stort sett det synsätt som Stone gav uttryck för i footnote four, ehuru denne där gjorde praktiskt viktiga undantag för lagar som kunde försvåra demokratins möjligheter att fungera respektive lagar som diskriminerade minoriteter. Under denna »huvudfåra» ryms emellertid ett mycket stort antal skiftande nyanser, alltifrån den i USA ofta framförda uppfattningen att det primära är att domstolarna inte åsidosätter lagar på den grunden att de strider mot rättigheter som inte garanteras i konstitutionen, till den brittiska uppfattningen att domstolar överhuvudtaget inte har rätt att åsidosätta eller ogiltigförklara stiftade lagar. En inte ovanlig, »förmedlande», uppfattning, som också kommer till uttryck i RF 11:14, är att domstolarna endast bör vägra tillämpa lagar som är uppenbart grundlagsstridiga eller uppenbart moraliskt förkastliga eller av någon annan anledning uppenbarligen inte förtjänar att upprätthållas.[514] Denna önskan

513. Jfr nedan kap. 11.
514. Detta överensstämmer med Dworkins definition av judicial restraint; se Taking Rights Seriously s. 137.

om återhållsamhet från domstolarnas sida bottnar – oavsett vilka exakta uttryck den tar sig – oftast i en övertygelse om att demokratin kräver att politiska beslut fattas av demokratiskt valda organ, en uppfattning som i sin tur antingen kan bero på att dessa bedöms fatta de klokaste besluten eller på att detta ses som ett demokratins formalkrav. En plädering för activism kan å andra sidan betingas av en övertygelse om att denna inställning från domstolarnas sida ger medborgarna ett starkt rättighetsskydd eller av en önskan att domstolarna bör främja särskilda värden. Som vi skall se nedan följer inställningen till de två alternativa förhållningssätten hursomhelst inte några givna politiska eller ideologiska skiljelinjer.

Nyanserna i debatten är som sagt många. Den amerikanska doktrinen domineras dock av Bickels tes att judicial review rymmer en *counter-majoritarian difficulty* som det, för att judicial review skall kunna rättfärdigas, gäller att på något sätt förklara och legitimera.

Om diskussionen enbart ägnas domstolarnas rättsliga funktioner – och inte demokratifrågor – är frågan om lagprövningens legitimitet av intresse ur främst två aspekter. Dels kan det konstateras att få domstolar någon längre period torde kunna utöva judicial review, åtminstone på ett aktivt sätt, utan att åtnjuta legitimitet hos en majoritet av befolkningen. Mot slutet av Lochnereran började S.Ct. förlora denna nödvändiga legitimitet, eftersom domstolens praxis av allt färre amerikaner upplevdes som rimlig. Slutsatsen är därför att en domstol som går »för långt» i sin lagprövning och alltför aktivt främjar vissa värden förr eller senare mister sin legitimitet, åtminstone om de värden denna domstol skyddar bland stora grupper i samhället inte längre upplevs som skyddsvärda. Dels kan legitimiteten ses som ett kriterium för huruvida en domstol utövar sin lagprövningsrätt på ett korrekt sätt; tanken är då att en domstol som respekteras såväl bland medborgare som politiker inte gått för långt, medan en domstol som ifrågasätts och inte åtnjuter respekt överskridit gränserna för judicial review. Denna metod är emellertid, som kommer att framgå nedan[515], förenad med allvarliga problem och minst av allt invändningsfri; i själva tanken att domstolar bör utvärderas efter hur deras domar mottagits i samhället ligger något av ett underförstått och i grunden osunt krav på att domstolarna i sitt dömande bör snegla mot rådande attityder och undvika att stöta sig med inflytelserika opinioner. Det har dock ändå sitt givna intresse att studera vilka reaktioner S.Ct., en domstol som i snart två sekler utövat judicial review och sällan känt sig förhindrad att åsidosätta lagar, under olika perioder mött.

En djupgående studie härav ligger utanför ramen för denna framställning, men några iakttagelser kan göras. Det är således uppenbart att den aktivistiska Lochnerdomstolen mot slutet av sin bana var nära att helt mista sin legitimitet; S.Ct. var vid denna tidpunkt kort sagt en impopulär domstol bland det amerikanska folket. Å andra sidan möttes den likaledes aktivistiska Warrendomstolen av helt andra reaktioner; dess beslut om rasintegrering var visserligen inte populära i den amerikanska södern, men på det hela taget möttes de samhällsförändringar som blev följden av domstolens viktigare avgöranden med förståelse i USA. Cox menade rentav 1976 (kort efter Watergate-skandalen således) att S.Ct. åtnjöt högre anseende bland de amerikanska medborgarna än någon annan

515. Detta är bl.a. det kriterium som Hjalte Rasmussen använt vid sin granskning av ECJ. Se nedan kap. 11.7.

samhällsinstitution och att domstolen till yttermera visso aldrig tidigare varit så respekterad som vid denna tidpunkt, efter Earl Warrens avgång och innan Warrendomstolens praxis delvis kom att ändras av konservativa ledamöter i S.Ct.[516] Om detta förmodas vara riktigt kan det antingen helt enkelt förklaras med att Warrendomstolens activism pågick under betydligt kortare tid än Lochnereran eller med att Warrendomstolen i motsats till Lochnerdomstolen främjade värden som uppskattades av en majoritet i det amerikanska samhället; activism skulle då vara en möjlig hållning så länge en domstol inte förlorar kontakten med rådande opinionsläge i samhället. Här återkommer dock i så fall det underförstådda kravet på att domstolar bör snegla mot – ofta snabbt övergående – attitydförändringar, vilket rimmar illa med det domstolarnas självständighetsideal som anses vara en hörnsten i flertalet rättsstater och som bland annat kommer till uttryck i den amerikanska konstitutionens maktdelningsprinciper.

Cox ställer frågan om Warrendomstolens många anhängare skulle vara lika positivt inställda till en aktivistisk domstol som upphävde de landvinningar på medborgarrättsområdet Warrendomstolen uppnådde. Svaret är givetvis nej, vilket leder till följdfrågan varför just Warrendomstolens activism var acceptabel. Cox menar att detta främst beror på att S.Ct. under Warrens ordförandeskap inte utmanade majoriteterna i samhället: Rösträttsfallen förstärkte snarast majoritetsdemokratin, medan utgången i Brown och övriga rasintegreringsfall stöddes av en majoritet i det amerikanska samhället.[517] Detta lär vara sant, men även Cox tycks här implicera att en domstol som meddelar genuint kontroversiella avgöranden inte kommer att åtnjuta – eller inte ens förtjänar – motsvarande legitimitet. Frågan är dock enligt min mening mer komplicerad än så. Visserligen är det uppenbart att en domstol som vid upprepade tillfällen handlar i strid med de allmänt rådande värderingarna i samhället så småningom – som exemplet Lochnerdomstolen visar – kommer att mista sin legitimitet[518]; så långt finns därför ingen anledning att ifrågasätta Cox' tes. Däremot kan inte legitimiteten i judicial review vara beroende av att samtliga lagprövningsavgöranden stöds av en majoritet i samhället: Den som accepterar eller förordar lagprövningsrätt för domstolar gör det för att företeelsen förmodas leda till goda resultat i form av exempelvis förstärkt rättighetsskydd eller minskad risk för maktmissbruk. Har väl domstolarna tillerkänts rätten att under vissa förutsättningar åsidosätta lagar måste den som godtar detta också godta att domstolarna ibland kan meddela impopulära avgöranden; poängen med lagprövningsrätten är knappast att domstolarna alltid skall tillgodose befolkningsmajoritetens intressen. Judicial review är, som Chemerinsky uttryckt det, »antimajoritarian» utan att för den skull vara odemokratiskt.[519]

Det bör också påpekas att impopulära eller i efterhand mindre lyckade avgöranden också kan bli resultatet av judicial restraint, ehuru detta historiskt sett varit mindre vanligt i USA (en försiktig domstol löper sannolikt något mindre risk än en aktiv att göra

516. The Role...s. 110.
517. A.a.s. 117.
518. Jfr Dworkin, Taking Rights Seriously s. 148: »Truly unpopular decisions will be eroded because public compliances will be grudging...and because old judges will die or retire and be replaced by new judges appointed because they agree with a President who has been elected by the people.»
519. Se närmare kap. 3.2.3 om Chemerinsky samt allmänt i kap. 20.

misstag). Som exempel härpå hänvisar Dworkin till Dennis v. U.S., det centrala avgörandet från McCarthyperioden, som han menar vållade USA större skada än de avgöranden från Roosevelts tidiga ämbetsperiod vilka från och med 1937 successivt upphävdes.[520] Återhållsamhet från domstolarnas sida är ingen garanti för kloka och/eller allmänt respekterade avgöranden.[521]

c. Majoritetsmakt och minoritetsskydd. Det amerikanska statsskicket bygger på att individer och minoriteter har vissa rättigheter som majoriteten inte får kränka. Hur individernas respektive minoriteternas rättigheter och majoritetens intressen skall vägas mot varandra är vad debatten om judicial review i grunden handlar om.

En tydlig tendens i doktrinen har sedan länge varit att se lagprövningen, det instrument domstolarna har för att värna rättigheterna, som ett demokratiskt och politiskt problem.[522] När det blivit uppenbart att domstolarna med S.Ct. i spetsen i realiteten utövar en inte obetydlig politisk makt, har detta faktum kommit att ifrågasättas från utgångspunkten att domare inte är valda av allmänheten, inte på samma sätt som politiker kan avsättas och möjligen inte heller representerar samhällsmajoritetens uppfattningar. Den nutida doktrinen har i hög grad influerats av Bickels 1962 framlagda verk The Least Dangerous Branch. Enligt Bickel var lagprövning i grunden odemokratiskt, varför det gällde att hitta ett sätt att ändå legitimera ett visst mått av judicial review. Detta *majoritetsparadigm*[523] har sedan dess helt dominerat den konstitutionella debatten; faktum är att så gott som samtliga mer framträdande deltagare i denna – Choper, Ely, Perry m.fl. – utgått från att Bickels tes är riktig och därför försökt utarbeta teorier som förenar lagprövning med majoritetsstyre.[524] Betydligt ovanligare har ifrågasättanden av uppfattningen om demokrati som enbart majoritetsstyre – av det formella demokratibegreppet med andra ord – varit.[525]

10.15.2 Ett historiskt perspektiv på debatten om activism och restraint

De få avvikare som på senare år hörts i debatten ändrar inte huvudintrycket, nämligen att ett formellt demokratibegrepp sedan lång tid helt dominerar denna debatt. Historiskt sett har emellertid debatten om judicial review, om activism, restraint, majoriteter och minoriteter haft starkt skiftande ideologiska förtecken, vilket visar att det svårligen går

520. A.a.
521. Som något av ett specialfall framstår här den nuvarande S.Ct., om den i 10.13 behandlade uppfattningen godtas att denna domstol ägnar sig åt en form av »activism genom restraint». Att även denna domstol meddelat diskutabla avgöranden torde ha framgått i 10.13.
522. Se närmare kap. 3.2.1-2.
523. Jfr Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 61.
524. Flertalet deltagare i debatten är dessutom överens om att varken presidentens/senatens rätt att utnämna ledamöter av S.Ct. eller möjligheten att anta tillägg till konstitutionen uppväger the countermajoritarian difficulty; se t.ex. Chemerinsky, Interpreting the Constitution s. 4 och Perry, a.a.s. 127.
525. Jfr förutom Chemerinsky, The Vanishing...s. 61 o. 71 bl.a. Choper, a.a.s. 10 och Cover, The Origins of Judicial Activism s. 1288. Chemerinskys hårda angrepp mot det dominerande paradigmet i den konstitutionella debatten framstår i hög grad som ett argument »mot strömmen». Se avsnitt 3.2.3. Se även Brennan i Why Have a Bill of Rights s. 434.

att anlägga några entydiga ideologiska perspektiv på frågan om domstolar som utövar lagprövning bör vara återhållsamma eller aktiva i sitt skydd för de medborgerliga rättigheterna.

De två mest aktivistiska perioderna i Supreme Courts historia, vilka kan tjäna som utgångspunkt för vissa iakttagelser, var som framgått Lochnereran från cirka 1890 till 1937 och Warrens ordförandeperiod 1953-69. Som vi sett präglades Lochnereran ideologiskt av långt driven marknadsliberalism, medan Warrendomstolen snarast var socialliberal och främst strävade efter att hjälpa svaga minoriteter. Under bägge perioderna blev emellertid S.Ct. anklagad för att gå för långt i sin lagprövning, för att skapa och skydda nya rättigheter som saknade stöd i konstitutionstexten, att ge lagprövningen en medveten politisk profil i syfte att påverka samhällsutvecklingen, att i alltför hög grad sätta sig över demokratiskt valda lagstiftares bedömningar osv.

Kritiken i de bägge fallen är således av likartat, närmast identiskt slag. Det intressanta är emellertid att kritiken mot Lochnerdomstolen kom från vänster, från liberalt och radikalt håll, medan kritiken mot Warrendomstolen så gott som uteslutande kom från höger, från republikaner och allmänt konservativa kretsar. Frågan är dels vilka slutsatser som kan dras härav, dels vilka effekter kritiken vid de bägge tillfällena fick.

Som nämnts blev kritik mot Lochnerdomstolen allt vanligare i USA under 1930-talet, först bland jurister men efter Roosevelts valseger 1932 och dennes åtföljande svårigheter att förverkliga sitt New Deal-program också från politiskt håll. När Roosevelt lade fram sin Court-Packing Plan 1937 mötte denna starkt motstånd i kongressen från en koalition av republikaner och konservativa sydstatsdemokrater, medan övriga demokrater – och vissa sydstatsrepublikaner – stödde det. Förslaget gick som bekant inte igenom, men S.Ct. ändrade ändå sin praxis 1937.[526] När så skett blev rollerna snart ombytta; de politiker och debattörer som försvarat S.Ct. 1937 och såg Roosevelts reformförslag som ett otillbörligt angrepp mot domstolens integritet blev då dess skarpaste kritiker, medan de många jurister och politiker som under 1930-talet hävdat att S.Ct. snarast borde ändra sin praxis och visa större respekt för demokratiskt valda lagstiftare skyndade till domstolens försvar.[527]

Dessa nya positioner i debatten kom att förstärkas när Roosevelt utnämnde fem nya ledamöter av S.Ct. Å andra sidan utmärkte sig inte S.Ct. under perioden 1937-1953 för någon överdriven activism; som vi sett var en av poängerna med the preferred position principle just att denna förenade judicial review med traditionell majoritetsdemokrati. Under McCarthyperioden i början på 1950-talet blev S.Ct. i stället anklagad för att i alltför hög grad iaktta restraint.[528] Warrendomstolen framstod emellertid snart – redan efter Brownavgörandet 1954 – som en aktivistisk domstol, varför den snabbt kom att utsättas för hård kritik från konservativt håll. Flertalet liberala jurister och demokratiska politiker försvarade Warrendomstolen. Mot slutet av 1960-talet, efter ett flertal rösträttsavgöranden, Griswold v. Connecticut och åtskilliga andra prov på non-interpretive review hade den konservativt präglade kritiken mot S.Ct. tilltagit kraftigt i styrka. Från 1969 till 1991 fick så republikanska presidenter, vilka ofta instämt i kritiken mot S.Ct.,

526. Jfr ovan kap. 10.9.
527. Se närmare om denna »complete doctrinal transformation» bl.a. Schmidhauser, a.a.s. 48 ff. Se närmare om diskussionen om the Court-Packing Plan även Bixby, a.a.s. 747 ff.
528. Se kap. 10.10.

möjlighet att utnämna inte mindre än nio nya ledamöter av domstolen.

Dessa fakta visar att inställningen till activism respektive restraint har mycket lite med politiska sympatier att göra. Liberala jurister och politiker tenderar liksom sina konservativa kollegor att stödja en domstol som främjar de värden vilka ligger dem varmt om hjärtat och att kritisera domstolar med andra ideologiska preferenser. Detta visar i sin tur att ett hållbart försvar för activism aldrig kan grundas enbart på en allmän sympati för de domar en viss domstol meddelat eller på inriktningen i en domstols praxis. Warrendomstolen må förtjäna beröm för att den uppnådde goda resultat, men judicial review kan principiellt inte motiveras enbart med denna domstols positiva inverkan på utvecklingen i USA, eftersom det givetvis är riktigt som Cox antyder att den som intar denna attityd är beredd att ge S.Ct. fria händer att tolka konstitutionen och därför principiellt också måste försvara en domstol som förbjuder preventivmedel eller återinför segregationen mellan svarta och vita.[529] Däremot är inte det faktum att olika gruppers inställning till judicial review ofta är politiskt betingad i sig något argument mot activism och för restraint. Vad den amerikanska utvecklingen visar är emellertid att en domstol som i alltför hög grad ägnar sig åt non-interpretive review och lämnar stort utrymme för »fria» substantive due process-bedömningar löper stora risker; det är främst vid denna typ av lagprövning som domstolarna riskerar att förlora den legitimitet utan vilken lagprövningen kan vara svår att utöva.

Den andra intressanta frågan är vilken effekt massiv kritik från ett visst håll i samhället får på Supreme Courts praxis. Chemerinsky menar att utvecklingen kan tolkas cykliskt, eftersom domstolens främsta kritiker under 1930-talet så småningom fick rätt såtillvida att S.Ct. ändrade sin praxis och förändringen efter Roosevelts många utnämningar blev bestående, liksom domstolens konservativa kritiker under 1960-talet så småningom hamnade i en maktposition där de genom utnämningar kunde styra S.Ct. i konservativ riktning.[530] Denna tes (»those who criticize the Supreme Court often come to control it») är dock mycket diskutabel. För det första är det väl tveksamt om blott två exempel kan tas till intäkt för långtgående slutsatser av detta slag. För det andra stämmer inte den bild Chemerinsky ger riktigt med de verkliga förhållandena, åtminstone inte under 1970-talet; S.Ct. fortsatte nämligen med sin liberala praxis från 1960-talet långt in på 1970-talet, vilket visas bland annat av skolbussningsfallen och Roe v. Wade. Detta berodde delvis på en kvarlevande liberal majoritet, som Nixon inte lyckades undanröja, men också på att flera av Nixons utnämningar visade sig vara mindre konservativa än väntat.[531]

529. Detta resonemang undergräver f.ö. väsentligt Elys teori, som ju är ett försvar för sådan lagprövning som främjar »rätt» värden, dvs de som Warrendomstolen stod för; jfr kap. 3.2.2.2.
530. Se The Vanishing Constitution s. 62.
531. Jfr bl.a. Schmidhauser s. 51 ff och Tribe, God Save... s. 103 f. En annan fråga är om S.Ct. i början av 1990-talet, efter en ny serie »republikanska» utnämningar, blivit den konservativa domstol som Warrendomstolens kritiker önskade. Så tolkar i dag de flesta bedömare majoritetens nuvarande hållning, men det bör då erinras om den spricka som under 1992 tycks ha uppstått mellan två falanger av nyutnämnda ledamöter. Dessutom råder det oenighet om huruvida den nuvarande majoritetens praxis egentligen är ett uttryck för restraint eller kan ses som en ny, mer subtil form av activism. Jfr ovan kap. 10.13.

10.15.3 Översikt över de viktigaste teorierna om judicial review

I ett land som USA, där den konstitutionella debatten tenderar att bli svåröverskådlig, är det frågan om det är meningsfullt att försöka dela in de viktigare teorierna om judicial review i några huvudgrupper. Om ett sådant försök trots allt görs, så är det med den uttryckliga reservationen att teorierna är många och svåra att överblicka samt att det under varje huvudrubrik ryms ett stort antal varianter och underavdelningar.

Mycket grovt räknat kan den amerikanska statsrättsdoktrinen sägas domineras av tre huvudgrupper av tänkare.[532] De två ytterligheterna är så kallade *originalists*, vilka kräver att S.Ct. i sin lagprövning inte skall gå utöver konstitutionstexten och dessutom i allmänhet insisterar på att denna skall tolkas på samma sätt som grundlagstiftarna på sin tid avsåg, respektive s.k. värdeteoretiker (*value-oriented scholars*), vilka hävdar att lagprövning nödvändigtvis innebär ett beslutsfattande grundat på domarnas personliga värderingar och att domstolarna därför måste främja vissa bestämda värden. Mellangruppen utgörs av de så kallade neutrala eller processorienterade teorierna, vilka har sitt upphov i Wechslers och Bickels förespråkande av såväl ett visst mått av judicial restraint som principiellt präglade avgöranden, där domarna avkrävs klara och principiellt hållbara motiveringar för eventuella åsidosättanden av lagar, så att lagar bara åsidosätts i speciella, efterhand – när en viss praxis vuxit fram – noga reglerade fall. Neutrala teorier är kanske den mest svårbedömda gruppen; i doktrinen har den tolkats både som en form av teoretisk underbyggnad för preferred rights-läran[533] och som uttryck för en formell, monistisk demokratisyn av samma slag som den brittiska.[534] Uppenbarligen har de teorier som ryms inom denna grupp en stor spännvidd. Även de andra huvudgrupperna rymmer mellertid betydande nyansskillnader; alla originalists anser exempelvis inte att konstitutionstexten skall tolkas utifrån lagstiftarnas intentioner. Värdeteorier kan gå ut antingen på att domare bör åberopa sina egna personliga värderingar och vid behov inte dra sig för att ge dessa företräde framför lagstiftarens bedömningar eller på att det är möjligt – genom åberopande av en särskild moralteori eller genom hänvisning till rådande värderingar, djupt rotade traditioner osv – att objektivt fastslå att det finns andra värden än de som kommit till uttryck i konstitutionstexten vilka bör åtnjuta konstitutionellt skydd.

10.15.4 Originalism

10.15.4.1 INLEDNING

De tre främsta förespråkarna under 1900-talet för en form av originalism vid judicial review har varit Black, Bork och Scalia. Dessa är dock sinsemellan ganska olika: Black var en övertygad liberal medan både Bork och Scalia har en klar konservativ profil. Black var absolutist beträffande tolkningen av am.I, vilket varken Scalia eller Bork är, och dessutom betydligt mer benägen än Scalia att försöka utröna grundlagstiftarnas egentliga

532. Se för en schematisk indelning av detta slag Nowak/Rotunda/Young, a.a.s. 14 not 13.
533. Ibid samt Tom Mullen, Constitutional Protection of Human Rights, i T. Campbell/D. Goldberg/S. McLean/T. Mullen, Human Rights – From Rhetoric to Reality, Oxford 1986 s. 21 ff.
534. Ackerman, We The People s. 7 ff. Jfr härom ovan i 3.2.3.

avsikter. (Scalia har vid senatsförhör och i praxis förklarat att han enbart är intresserad av tolkningar som utgår från lagtexten.)[535]

Utmärkande för originalism i dess olika former (*absolutism, constructionism, original intent*) är emellertid kravet på att domstolarna vid judicial review endast får pröva lagars förenlighet med konstitutions*texten*.[536] Kritiken mot originalism har sedan länge varit tämligen omfattande i doktrinen. Exakt vad kritiken skjuter in sig på beror dock på vilken form av originalism som avses. Försöken att utröna grundlagstiftarnas verkliga intentioner är exempelvis behäftade med särskilda problem (svårigheten att avgöra vilka personers uppfattningar som är relevanta och, än mer, vad dessa egentligen avsåg[537]). Den originalism som vänder sig mot utvecklingar och nya tolkningar av i och för sig vaga regler som the Civil War Amendments har bemötts med att dessa regler måste ses som uttryck för vissa värden (frihet, jämlikhet, rättvisa) snarare än som innefattande ett en gång för alla fixerat innehåll, varför de måste tolkas i enlighet med varje tids värderingar.[538] Am.XIV sect. 1 förbjuder exempelvis inte uttryckligen segregering mellan svarta och vita i skolorna, men kan inte heller sägas hindra en domstol från att tolka the equal protection clause så att detta förbjuds; att ta för givet att upphovsmännen till stadgandet avsåg att för all framtid binda domstolarnas tolkning av gränserna för tillåten särbehandling mellan raser är enligt detta synsätt ohållbart.[539] Det kan givetvis också göras gällande att resultatet av originalism blir ett svagt rättighetsskydd, eftersom endast de rättigheter som uttryckligen erkänts av grundlagstiftare för mycket länge sedan anses skyddsvärda[540]; detta argument riskerar dock i USA att slå över i ett förespråkande för substantive due process-praxis och non-interpretive review.

Originalisternas starkaste argument finns enligt min mening i kritiken mot substantive due process och fundamental rights-doktrinerna, dvs kritiken mot Supreme Courts utvecklande av nya rättigheter, vilka saknar stöd i konstitutionstexten.[541] Det konstitutionella stödet för denna utveckling är uppenbarligen svagt. Originalismen fungerar däremot sämre om och när den bestrider att en bestämmelse som the equal protection clause, vilken tydligt syftar till att motverka (ras)diskriminering, skulle kunna tolkas på olika sätt under olika perioder.[542] Att anpassa tolkningen av konstitutionstexten till änd-

535. Jfr härvidlag om Scalia ovan avsn. 10.13 samt för en jämförelse Grey, Do We Have...? s. 709 (om Black) jfrt med Kannar, a.a.s. 1306 f och Popkin, a.a.s. 1135 f (om Scalia).
536. Exemplet Black visar att också detta är en filosofi som kan omfattas av såväl liberala som konservativa jurister och ges skiftande praktisk tillämpning; att originalism på senare år kommit att förknippas med konservatism beror främst på uttalanden från de republikanska presidenterna Nixon och Reagan, vilka bägge i sina attacker på i deras tycke alltför liberal praxis från S.Ct. efterlyst en mindre fri och mer textbunden praxis från domstolens sida. En annan orsak härtill är att de främsta företrädarna för originalism under de senaste två decennierna, Bork och Scalia, varit uttalat konservativa jurister.
537. Jfr ovan avsn. 10.4.2.2 vid not 173 m.h.t. Tribes hårda kritik mot denna metod.
538. Se t.ex. Cox, Constitutional Adjudication s. 114, Dworkin, Taking Rights Seriously s. 135 och Wechsler, a.a.s. 19.
539. Se främst Bickel s. 102 f och Dworkin, a.a.s. 132.
540. Se förutom Dworkin s. 134 även Mullen, a.a.s. 19 f.
541. Jfr härom allmänt Grey, Do We Have...? s. 711.
542. Bork ger i Neutral Principles and Some First Amendment Problems, Ind.L.J. 1971 s. 11 ff vältaligt uttryck för kritik både mot substantive due process och equal protection (ehuru han accepterar Brown som ett legitimt avgörande). För närmare studier kring teorins hållbarhet i de bägge nämnda avseendena kan hänvisas till denna artikel. Det kan f.ö. också nämnas att

rade förhållanden i samhället är inte det samma som att skapa helt nya rättigheter. En distinktion måste här göras mellan den form av substantive due process-praxis som var vanlig under Lochnereran och som även Roe v. Wade är ett exempel på, där rättigheter som inte nämns i konstitutionstexten (avtalsfrihet, privacy) skyddas, respektive den allmänna form av activism som Warrendomstolen ofta gav prov på och som innebar att ett visst stadgande (ofta the equal protection clause i am.XIV) tolkas som att den ger ett visst skydd åt minoriteter. Dessa tolkningar kan i och för sig gå längre än stiftarna av regeln hade avsett, men i den anglosaxiska rätten, där bundenheten vid förarbeten generellt sett är låg, vilar avgörandet ändå på relativt solid konstitutionell grund. Ett avgörande som Brown måste därför skiljas från rena substantive due process-fall, där S.Ct. varit beredd att tolka in allehanda rättigheter i en vag bestämmelse som the due process clause.[543]

10.15.4.2 NÄRMARE OM BORK

För en någorlunda bred, rättsintresserad allmänhet i och utanför USA är Robert Bork utan tvekan mest känd för att senaten 1987 vägrade utnämna honom till Justice, främst på grund av att han ansågs vara för konservativ. Mindre känt är troligen att han ända sedan början på 1970-talet varit en av de främsta förespråkarna för originalism.[544]

Borks teori, som är mer långtgående och mer uttalat konservativ än Blacks och samtidigt mer djupgående och något mer konsistent än Scalias, utgår från motsättningen i konstitutionen mellan majoritetsstyre och minoritetsskydd, en motsättning han benämner *Madisonian*.[545] Denna utgångspunkt är föga kontroversiell; Bork erkänner att det amerikanska statsskicket bygger på att majoriteten hindras att besluta i vissa frågor:

> There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom, and coercion by the majority in these aspects of life is tyranny.[546]

Inte heller den slutsats Bork drar av denna okontroversiella utgångspunkt är särskilt anmärkningsvärd; han konstaterar att det finns risk för majoritetstyranni om lagar stiftas vilka inkräktar på den personliga frihet som garanteras i konstitutionen, men att det också finns risk för »minoritetstyranni» om majoriteten hindras från att lagstifta på områden där den har rätt att göra detta samt att det tillkommer domstolarna, ytterst S.Ct., att genom tolkning av konstitutionen definiera gränserna för majoritetens respektive mi-

Black var emot substantive due process och följaktligen avvek från majoriteten i Griswold v. Connecticut, men däremot stödde Warrendomstolens tolkning av the equal protection clause i samtliga anti-diskrimineringsavgöranden.

543. Jfr Grey, Origins of the Unwritten Constitution s. 844 not 8.
544. Hans viktigaste verk är dels en artikel från 1971 (Neutral Principles and some First Amendment Problems, Ind.L.J. 1971 s. 1-35), dels boken The Tempting of America som kom 1990 och främst måste ses som en uppgörelse med den procedur som ledde till att han aldrig blev ledamot av S.Ct. Den personliga bitterhet som präglar framställningen hindrar dock inte att boken även rymmer avsnitt av stort teoretiskt intresse.
545. Denna terminologi tycks han ha hämtat från Dahl i A Preface to Democratic Theory; det Madisonska demokratibegreppet står enligt Dahl för inskränkningar i det rena majoritetsstyret och representerar därför för honom den negativa sidan av den amerikanska demokratitraditionen; se om Dahl kap. 3.2.2.1. Se även nedan i kap. 20.
546. Neutral Principles... s.3.

noritetens frihet.[547] Mer omdiskuterad är hans uppfattning om hur denna tolkning bör gå till.

Som andra originalister hävdar Bork att all lagprövning måste utgå från konstitutionstexten. Han medger att avvägningen mellan majoritetens och minoritetens intressen förutsätter att domstolen väljer vilket av intressena som skall ges företräde i konkreta fall, men vänder sig kategoriskt mot tanken att domstolar skulle kunna lösa konflikten mellan majoritetsstyre och minoritetsfrihet genom att utgå från egna värderingar.[548] Borks slutsats om hur domstolarna bör förhålla sig är ganska drastisk; han menar att de måste upprätthålla lagar så fort ingen bestämmelse i konstitutionen ger klart stöd för att en lag strider mot denna.[549] Alla försök att motivera avgöranden med andra värden än de som kommer till uttryck i konstitutionstexten avvisas som illegitima.[550] Borks teori framstår följaktligen som en mycket positivistiskt präglad plädering för judicial restraint.[551]

547. Ibid.
548. Orsaken är enkel: när konstitutionen inte ger någon klar vägledning om hur avvägningen mellan majoritetens och minoritetens intressen skall ske kan domstolen inte finna någon annan tillämplig värdeskala än domarnas egna preferenser. En dom som utgår härifrån är emellertid inte tillräckligt principiell eller generell till sin natur för att kunna ligga till grund för framtida avgöranden och därför oacceptabel. Se Neutral Principles... s. 8-9.
549. Neutral Principles...s. 10.
550. Ibid: »There is no way of deciding these matters other than by reference to some system of moral or ethical values that has no objective or intrinsic validity of its own and about which men can and do differ. Where the Constitution does not embody the moral or ethical choice, the judge has no basis other than his own values upon which to set aside the community judgment embodied in the statute. That, by definition, is an inadequate basis for judicial supremacy. The issue of the communitys moral and ethical values, the issue of the degree of pain an activity causes, are matters concluded by the passage and enforcement of the laws in question. The judiciary has no role to play other than that of applying the statutes in a fair and impartial manner.»
551. Jfr även The Tempting of America s. 166: »The judge who cannot make out the meaning of a provision is in exactly the same circumstance as a judge who has no Constitution to work with. There being nothing to work with, the judge should refrain from working. A provision whose meaning cannot be ascertained is precisely like a provision that is written in Sanskrit or is obliterated past deciphering by an ink blot. No judge is entitled to interpret an ink blot on the ground that there must be something under it.» Se Neutral Principles...s. 22: »The framers seem to have had no coherent theory of free speech and appear not to have been overly concerned with the subject.» Det kan nämnas att Bork vid de nämnda senatsförhören gjorde gällande att S.Ct. endast behövde följa grundlagsfädernas allmänna intentioner, en uppfattning som inte bara står i strid med den trohet mot *specific intent* som han beträffande am. I tidigare pläderat för i skrift utan också med hans tidigare hållning som appellationsdomare. Se närmare härom Calabresi, a.a.s. 88 not 18 och Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 93 f. I The Tempting of America (se s. 144) håller dock Bork fast vid den uppfattning han framförde under senatsutfrågningarna: »...what the ratifiers understood themselves to be enacting must be taken to be what the public of that time would have understood the words to mean. It is important to be clear about this. The search is not for a subjective intention.» Här har Bork uppenbarligen närmat sig Scalia; jfr kap. 10.13, ovan s. 450 ff.

10.15.5 Neutrala teorier

10.15.5.1 THAYER OCH THE CLEAR MISTAKE RULE

Få deltagare i den statsrättsliga debatten i USA har fått så stort inflytande på sin eftervärld som Thayer, vars artikel The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law från 1893[552] lade den teoretiska grunden för den hållning som senare kom att bli känd som judicial self-restraint. Thayers teori kan ses som föregångaren till senare neutrala teorier.

Thayers utgångspunkt var som nämnts i kap. 3.2.1 att domstolarna endast borde utöva den dömande makt som de tillerkänns i art.III, men däremot i princip inte fick traska in på den lagstiftande maktens domäner. Lagstiftaren tillerkändes en betydande *margin of consideration*, som domstolarna var skyldiga att respektera.[553] Dessa hade i och för sig rätt att, precis som i Marbury v. Madison, bedöma om två lagtexter – eller en lag och konstitutionen – var förenliga med varandra, men borde ändå dra sig i det längsta för att **vägra tillämpa** en lag:

> It cannot do this as a mere matter of course, – merely because it is concluded that upon a just and true construction the law is unconstitutional...It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, – so clear that it is not open to rational question. That is the standard of duty to which the courts bring legislative Acts; that is the test which they apply, – not merely their own judgment as to constitutionality...[554]

Här finns som synes inget krav på att domstolarna slaviskt skall följa konstitutionstexten, men däremot ett krav på att de skall visa återhållsamhet och endast åsidosätta lagar som är så uppenbart orimliga eller grundlagsstridiga att det kan konstateras att lagstiftaren gjort ett **klart** misstag när de antogs. Thayer gav inga konkreta exempel på när han ansåg så vara fallet, men det säger sig självt att hans metod innebär att lagar bara skulle komma att åsidosättas i sällsynta undantagsfall. Därutöver kunde Thayer, i likhet med Learned Hand acceptera en formell lagprövningsrätt, innefattande en rätt för domstolarna att pröva att de lagstiftande organen inte antog lagar som de saknade formell behörighet att besluta om.[555]

Thayers teori är av särskilt stort intresse för svensk del, eftersom den *clear mistake rule* han anbefaller så nära ansluter till uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 (»Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart»). Det faktum att Thayer starkt influerade de Justices – främst Brandeis och Holmes – som under Lochnereran ofta gick emot majoriteten[556] kan möjligen ge intrycket att teorin i USA allmänt kommit att upplevas som förnuftig. Bortsett från att teorin normalt sett inte leder till ett starkt rättighetsskydd[557], ligger dock den utpräglade

552. Harv.L.Rev. 1893 s. 129-156. Jfr kap. 3.2.1.
553. Se Thayer, a.a.s. 135: »...these questions, when presenting themselves in the courts for judicial action...require an allowance to be made by the judges for the vast and not definable range of legislative power and choice, for that wide margin of consideration which adress themselves only to the practical judgment of a legislative body.»
554. A.a.s. 144.
555. Ibid s. 148.
556. Se härom t.ex. Bickel, a.a.s. 35 och Brennan, a.a.s. 433.
557. Jfr Brennan, a.a.s. 433.

restraint Thayer förordade långt från exempelvis den kombination av återhållsamhet och judicial review som kom till uttryck i the preferred position principle.[558] Att Thayers teori haft och ännu har stor betydelse i amerikansk doktrin kan dock inte bestridas.

Teorin saknar inte stöd i amerikansk rättshistoria. I McCulloch v. Maryland betonade Marshall att frågan om en lag borde åsidosättas för att den stred mot konstitutionen »is, at all times, a question of much delicacy, which ought seldom, if ever, to be decided in the affirmative, in a doubtful case...The opposition between the constitution and the law should be such that the judge feels a clear and strong conviction of their incompatibility with each other.»[559] Jämfört med Marshall – som han för övrigt hänvisade till[560] – gick dock Thayer betydligt längre; Marshall krävde att domaren skulle känna en stark övertygelse om att lagen stred mot konstitutionen, medan Thayer krävde att domstolen skulle ha konstaterat ett uppenbart misstag (»so clear that it is not open to rational question») från lagstiftarens sida. Det är tydligt att utrymmet för domarens egen bedömning blir betydligt mindre om Thayers krav följs. Att de svenska grundlagstiftarna vid antagandet av RF 11:14 åsyftat en regel som snarare påminner om Thayers modell är emellertid ett rimligt antagande.[561]

Kritik mot Thayers teori har dock inte saknats i amerikansk doktrin.[562] En senare företrädare för de neutrala, processorienterade teorierna, Bickel, ifrågasatte skarpt kriteriet att lagar endast fick åsidosättas när lagstiftaren gjort ett allvarligt **misstag**.[563] Han menade att lagars grundlagsenlighet förvisso ofta kunde ifrågasättas, men att det var svårt att avgöra när lagstiftarens eventuellt tvivelaktiga bedömning objektivt konstituerade ett misstag (vilket han med utgångspunkt från Thayers eget resonemang definierade som ett helt irrationellt handlande). Bickel ansåg att the clear mistake rule var otillräcklig som grund för judicial review, främst av det skälet att lagar kan strida mot konstitutionen av flera andra skäl än att lagstiftaren gjort en helt irrationell bedömning vid lagens antagande.[564]

Poängen är således att Thayers teori skulle fungera bra om lagstiftarna vore felfria maskiner snarare än människor med fel och brister. Som exempel på svårigheterna att tillämpa Thayers teori i praktiken nämner Bickel fallet Wieman v. Updegraff[565], där staten Oklahoma hade krävt en lojalitetsed av samtliga offentliganställda personer, innebärande att dessa endast fick behålla sina anställningar om de gick ed på att de under de senaste fem åren inte varit medlemmar i någon organisation som av regeringen klassats som subversiv eller kommunistisk. S.Ct. menade att ett medlemskap i en sådan

558. Det är därför ingen tillfällighet att Frankfurter, den främste förespråkaren för restraint under den period då preferred rights-läran dominerade Supreme Courts praxis, inte sällan pläderade för återhållsamhet i ordalag som för tankarna till Thayer. Se t.ex. Dennis v. U.S., 341 U.S. 494, 525: »We are to set aside the judgment of those whose duty it is to legislate only if there is no reasonable basis for it.»
559. 17 U.S. 316, 402 (1819).
560. A.a.s. 145.
561. Se närmare nedan kap. 18.2.3 o. 19.5.
562. Den mest drastiska karakteristiken av teorin har givits av Felix S. Cohen: »Taken seriously, this conception makes of our courts lunacy commissions sitting in judgment upon the mental capacity of legislators and, occasionally, of judicial brethren.» Citatet från Bickel, a.a.s. 37. Jfr även kap. 3.2.1.
563. Se närmare kap. 3.2.1.
564. The Least Dangerous Branch s. 39 ff: »It does not take a lunatic legislature to enact measures that are irrational. It only takes a legislature more than normally whipped up, very intent on the expedient purpose of the moment, acting under severe pressure, rushed, tired, lazy, mistaken, or, forsooth, ignorant.»
565. 344 U.S. 183 (1952).

organisation inte nödvändigtvis behövde innebära att den enskilde individen sympatiserade med subversiva aktiviteter, varför Oklahomas handlande stred mot the due process clause. Bickel hade inga invändningar mot domslutet, men konstaterade att det krav delstaten ställde på sina anställda inte var helt irrationellt (vilket det däremot varit om t.ex. blond hårfärg varit ett anställningskrav). Å andra sidan var det inte lika rationellt som ett krav på läs- och skrivduglighet; dess grundlagsenlighet var under alla omständigheter en öppen fråga. Med Thayers kriterium hade emellertid enligt Bickel enbart regelns rationalitet kunnat prövas, varför domstolarna hade varit skyldiga att upprätthålla den; dess nödvändighet eller betydelse för enskildas liv eller för yttrandefriheten i samhället hade däremot inte kunnat vägas in i bedömningen.

Enligt Bickel är Thayers synsätt – liksom rimligen uppenbarhetskravet i RF 11:14 – oförenligt med varje form av balancing, där de intressen som tillgodoses av en lag vägs mot de individuella fri- och rättigheter som lagen eventuellt inskränker. Som nämnts är det också oförenligt med den gradering av rättigheter i lagprövningshänseende som kom till uttryck i footnote four. Det enda domstolarna enligt Thayer kan pröva är strängt taget **graden av oklokhet** i lagstiftarens bedömning. Såväl Thayers tanke som RF 11:14 kan dock tolkas på ett annat sätt än Bickel gjorde; Bickel var övertygad om att Thayer med sin clear mistake rule enbart syftade på graden av irrationalitet i lagstiftarens bedömning och behöver inte ha haft fel däri, men regeln kan givetvis också ses som ett krav på att enbart lagar som är **materiellt** uppenbart oförenliga med konstitutionen får åsidosättas. Vid en sådan tolkning är inte lagstiftarens eventuella felbedömning av särskilt stort intresse.[566]

10.15.5.2 BICKEL OCH THE COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY

Alexander Bickels inflytelserika teori har ett nära innehållsmässigt samband med en annan neutral teori som presenterades i slutet av 1950-talet, nämligen Herbert Wechslers 1959 framlagda krav på *neutral principles* vid lagprövning. Wechslers uppfattning, som är ganska representativ för så kallad neutral teoribildning, var att lagprövning är ett legitimt inslag i den dömande verksamheten men måste präglas av fasta principer, tillämpade på ett neutralt sätt. Om så inte skedde såg han en klar risk för att domstolarna kunde utvecklas till »naked power organs».[567]

Även Bickel önskade att domstolarna skulle fortsätta utöva judicial review.[568] Han menade som vi såg i 3.2.1 att det främsta argumentet för judicial review var domstolarnas större möjligheter än andra institutioner att ta hänsyn till, skydda och utveckla långsiktigt hållbara principer (däribland, får man förmoda, ett någorlunda starkt

566. Vilken av tolkningarna uppenbarhetskravet i RF 11:14 bör ges kommer att behandlas närmare nedan i kap. 19.5.
567. Se framför allt Toward Neutral Principles..., Harv.L.Rev. 1959 s. 1-35.
568. Han ansåg emellertid, kanske i högre grad än Wechsler, att lagprövning oundvikligen stod i strid med den traditionella amerikanska formen av majoritetsdemokrati.Det centrala i den teori Bickel 1962 lanserade i The Least Dangerous Branch är följaktligen försöket att förena judicial review med majoritetsdemokrati. Se The Least Dangerous Branch s. 16: »The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system.» Som Chemerinsky påpekat har flertalet av de deltagare som lämnat de viktigaste bidragen till den konstitutionella debatten efter 1962 accepterat denna Bickels grundlägande utgångspunkt och strävat efter att hitta metoder att förena majoritetsdemokrati med judicial review. Se The Vanishing Constitution s. 71.

rättighetsskydd).[569] Samtidigt var Bickel mycket rädd för att domstolarna skulle få för stor makt. Det gällde därför för honom att utarbeta en teori enligt vilken domstolarna hade rätt att utföra de uppgifter som de skötte bättre än de lagstiftande organen utan att de fick för stort inflytande och själva började agera som lagstiftare.[570]

Följaktligen var det logiskt för Bickel att plädera för ett intensivt utnyttjande från domstolarnas sida av de möjligheter till judicial self-restraint som han ansåg att konstitutionen gav dem. Sålunda betonar han starkt det faktum att rent procesuella begränsningar medför att domstolarna endast kan utöva lagprövning under speciella förutsättningar.[571] Vidare var han angelägen om att domstolarna, när de utvecklade de principer vilka var så »crucial in sorting out the enduring values of a society»[572], inte avlägsnade sig alltför mycket från de dominerande värderingarna i samhället.[573]

10.15.6 Allmänt om värdeteorier

Som nämnts har en stor del av den amerikanska konstitutionella debatten under 1900-talet kommit att kretsa kring frågan om legitimiteten i non-interpretive review, dvs den typ av lagprövning där domstolarna inte är bundna av konstitutionstexten utan åsidosätter lagar som kränker rättigheter vilka inte erkänns i konstitutionen. Denna debatt måste ses mot bakgrund av att den amerikanska konstitutionen är tämligen ålderstigen och därför inte skyddar alla de rättigheter som ofta förekommer i modernare rättighetskataloger. Dessutom är tillägg till konstitutionen svåra att göra. Diskussionens betydelse för andra rättssystem skall därför inte överdrivas, men den berör i viss mån en fråga som här diskuteras beträffande flera andra rättssystem, nämligen svårigheten för domstolarna att skydda medborgerliga rättigheter effektivt i **avsaknad av uttrycklig, skriven konstitutions- eller lagtext.**[574] I USA har domstolarna med S.Ct. i spetsen slagit vakt även om andra rättigheter än de som nämns i konstitutionen, men detta har skett till priset av

569. The Least Dangerous Branch s. 25: »Not merely respect for the rule of established principles but the creative establishment and renewal of a coherent body of principled rules – that is what our legislatures have proven themselves ill equipped to give us...Moreover, and more importantly, courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess.»
570. »The search must be for a function which might (indeed, must) involve the making of policy, yet which differs from the legislative and executive functions; which is peculiarly suited to the capabilities of the courts; which will not likely be performed elsewhere if the courts do not assume it...» A.a.s. 24. Bork har f.ö. givit ett »originalistperspektiv» på denna uppfattning: »Now this is fairly antidemocratic stuff.» (The Tempting of America s. 190.)
571. Hela kap. 4 (s. 111-198) i The Least Dangerous Branch ägnas åt dessa begränsningar av domstolarnas jurisdiktion (»The Passive Virtues»), vilka Bickel i hög grad menar bidrar till legitimiteten i judicial review. Se närmare om vilka begränsningarna är och vad de innebär ovan kap. 10.3.1.4. under d.
572. A.a.s. 26.
573. A.a.s. 239: »...the Court should declare as law only such principles as will – in time, but in a rather immediate foreseeable future – gain general assent.» Se även kap. 10.4.2.3 om hans övertygelse att S.Ct. i längden aldrig kan agera i strid med folkmajoritetens djupa övertygelse. – I slutet av 1960-talet började Bickel i högre grad än tidigare plädera för judicial restraint, främst i The Supreme Court and the Idea of Progress, New York/Evanston/London 1970. För en diskussion om denna Bickels senare utveckling kan hänvisas till Wright, Professor Bickel, The Scholarly Tradition, and the Supreme Court, Harv.L.Rev. 1971 s. 769-805 och Bork, Neutral Principles...s. 4 ff.
574. Jfr kap. 9 om Storbritannien o. 11 om EG-rätten.

upprepade anklagelser för maktfullkomlighet och bristande legitimitet.

Interpretive review är den traditionella lagprövningsformen, som kan härledas ända från Marbury v. Madison. Non-interpretive review började utvecklas under Lochnereran men har också förekommit under Warrendomstolens tid och i senare fundamental rights-avgöranden.

Medan legitimiteten i interpretive review mycket sällan ifrågasätts är legitimiteten i non-interpretive review ständigt omdiskuterad. Anledningen till att den senare formen av lagprövning är betydligt mer kontroversiell är enkel: Vid interpretive review är domstolarna begränsade till själva konstitutionstexten och förbjudna att gå utöver denna. Vid non-interpretive review avgörs däremot frågan om en lags grundlagsenlighet genom hänvisning till något värde som inte kommit till uttryck i konstitutionstexten. Principiellt innebär detta att konstitutionen vid interpretive review ses inte bara som den högsta skrivna rättskällan utan också som det främsta uttrycket för de värden vilka bör åtnjuta konstitutionellt skydd i USA: Grundlagsfädernas värderingar har kommit till uttryck i konstitutionstexten och bör åtnjuta respekt. Eftersom konstitutionen är den högsta, av hela folket valda rättskällan är det naturligt att en lag som strider mot denna skall åsidosättas. En domstol som åsidosätter en lag för att denna strider mot konstitutionen kan alltid bemöta anklagelser för att den handlar odemokratiskt med att den satt den av hela folket valda **högre** lagen framför en av folkets ombud stiftad vanlig lag.[575] Vid non-interpretive review ger emellertid domstolens ledamöter sina egna värderingar företräde framför de demokratiskt valda lagstiftarnas, vilket principiellt givetvis är svårare att motivera.[576]

Om dessa grundläggande utgångspunkter råder total enighet i den amerikanska doktrinen. Däremot går uppfattningarna om lämpligheten i non-interpretive review i sär; åsikterna skiftar från totalt avståndstagande med krav på att all lagprövning utgår från konstitutionstexten[577] till ambitiösa försök att legitimera även denna friare form av judicial review, varav några kommer att behandlas närmare nedan. Att frågan har stor betydelse inses lätt av att avgöranden som Roe v. Wade, Griswold, flera av rösträttsfallen och flertalet fundamental rights-avgöranden från 1950-talet och framåt inte kan betraktas som legitima avgöranden om inte non-interpretive review på något sätt kan försvaras.

Som nämnts ovan finns i amerikansk doktrin åtminstone två huvudtyper av värdeteorier, nämligen dels de som pläderar för att domare mer öppet bör åberopa värden av olika slag – i stort sett likgiltigt vilka – till stöd för sina avgöranden, eftersom värderingar och val mellan olika var för sig skyddsvärda intressen är en ofrånkomlig del av både judicial review och övrig dömande verksamhet, dels de som presenterar olika värde- eller moralteorier vilka domstolarna uppmanas att följa.

575. Se till det sagda bl.a. Ely, s. 8 f, Grey, a.a.s. 846 och Perry, a.a.s. 10 f. Jfr även om Ackerman kap. 3.2.3 samt Grey, Do We Have An Unwritten Constitution? s. 705: »Under the pure interpretive model...when a court strikes down a popular statute or practice as unconstitutional, it may always reply to the resulting public outcry: »We didn't do it – you did.»
576. Perry, a.a. Ett alternativ är givetvis att som Tribe/Dorf i On Reading the Constitution s. 54 motivera i princip all interpretive review med att am.IX är en tolkningsregel, som förbjuder lagstiftaren att begränsa en rättighet endast av det skälet att den inte nämns i konstitutionen. Denna tolkning av am.IX är dock, som framgår ovan i 10.2.3, knappast vedertagen.
577. En genomgång av de viktigaste bidragen till denna kritik av non-interpretive review ges av Grey, Origins... s. 846.

Bland de moralfilosofiska teorierna är Dworkins en av dem som har störst konstitutionell relevans.[578] Dworkin menar t.ex. att distinktionen mellan interpretive och non-interpretive review är irrelevant, eftersom Bill of Rights består av »broad and abstract principles of political morality, and correct application of these principles depends upon moral sense, not linguistic rules.»[579] Något av en mellanställning mellan de moralteoretiska och de allmänt värdebejakande teorierna intar Chemerinskys plädering för ett materiellt demokratibegrepp[580]; Chemerinskys tes är att domstolarna bidrar till att främja demokratin så länge de värnar de medborgerliga rättigheterna, eftersom rättigheterna utgör en viktig del av demokratins materiella värden. (Majoritetsstyret är ett annat viktigt, men ej överordnat, värde). Däremot skulle han knappast godta att domstolar regelmässigt åberopar vissa värden för att upprätthålla lagar och på sikt urholka rättigheterna.[581]

Alla värdeteorier är givetvis mottagliga för kritik av innebörden att de bara uttrycker sina upphovsmäns moraliska värderingar och inte förmår utveckla några objektiva kriterier för när och hur lagprövning skall ske. Denna kritik kan bemötas på olika sätt: Perry hävdar t.ex. att det är en nödvändig förutsättning för judicial review att det faktiskt finns rätta svar på moraliska spörsmål[582], medan Dworkin försökt visa varför vissa rättigheter ger medborgarna starkare moraliska krav mot staten än andra.[583] Faktum kvarstår dock att aldrig så högtstående moralfilosofier tenderar att bli både för svårbegripliga och för subjektivt färgade för att vara praktiskt användbara för domstolarna.[584] En öppen bekännelse till ett materiellt demokratibegrepp av det slag Chemerinsky föreslår framstår därför som en solidare och mer praktiskt användbar grund för rättfärdigande av en aktiv form av lagprövning, präglad av att domstolarna strävar efter att ge de medborgerliga rättigheterna starkast tänkbara rättsliga skydd.

578. Se ovan kap. 1.3.3.3.2.
579. Se Life's Dominion, New York 1993 s. 130.
580. Se närmare kap. 3.2.3.
581. Även Perry är trots sin starka koncentration på att finna en »functional justification» för non-interpretive review en utpräglad värdeteoretiker; hans främsta syfte är dock att visa att judicial review, även non-interpretive review, är förenlig med majoritetsdemokrati. Som värdeteoretiker faller han därför något ur ramen. Se kap. 10.3.1.4 under c.
582. Se The Constitution...kap. 4.
583. Se främst Taking Rights Seriously kap. 7.
584. Jfr Ackerman, We The People s. 11 f med kritik mot värdeteoretikerna, vilka han benämner *rights foundationalists*: »Whatever its philosophical merits, the foundationalist's discourse is invariably esoteric – involving encounters with authors and doctrines that most college-educated people successfully avoided during their most academic moments. This exalted talk of Kant and Locke only emphasizes the elitism involved in removing fundamental questions from the democratic process.»

11 EU och EG-rätten

11.1 Inledning

I takt med att medlemsstaterna i EU på olika sätt närmar sig och blir mer beroende av varandra ökar givetvis EG-rättens praktiska betydelse för medborgare och företag inom EU. I samma takt ökar då också behovet av effektiva skyddsmekanismer för fri- och rättigheterna inom EG-rätten.

Även om EU inte är någon stat och medlemsstaterna i allt väsentligt behållit sin nationella suveränitet – förutom däri att de genom sitt medlemskap blivit förpliktade att »underkasta sig» EG-rätten och ge denna företräde framför nationell rätt – är det därför naturligt att i ett arbete av denna typ inte bara behandla några av de viktigaste västliga demokratiska staterna utan också redogöra för fri- och rättighetsskyddet inom själva EG-rätten.

Avsikten är här därför att närmare beskriva omfattningen av skyddet för de medborgerliga rättigheterna inom EG-rätten, att förklara hur detta skydd – som så gott som helt bygger på domstolspraxis – utvecklats samt att något redogöra för den debatt som sedan lång tid förs både inom EU och i den rättsvetenskapliga doktrinen om möjligheterna att förstärka skyddet.

11.2 Allmänt om EG-rättens karaktär

11.2.1 Distinktionen mellan primär och sekundär EG-rätt

EG-rätten är en egen, autonom rättsordning med egna rättskällor. Inom denna rättsordning görs en distinktion mellan primär och sekundär EG-rätt.

Den *primära* EG-rätten består av de tre ursprungliga fördrag (RomF samt de s.k. CECA- och Euratom-fördragen) som lade grunden till de organisationer[1] vilka tillsammans utgör EU samt de tillägg och ändringar i dessa fördrag som skett efter ikraftträdandet (t.ex. anslutningsfördragen i samband med att nya medlemmar antagits 1972, 1979, 1985 och 1994, överenskommelsen om den inre marknaden i 1987 års Single European Act och Maastrichtfördraget). Om EG/EU skall analyseras ur statsrättsligt perspektiv är det dessa texter som kan sägas utgöra organisationens konstitution.[2] Följaktligen är det

1. Förutom EEC även CECA, den europeiska kol- och stålunionen, grundad 1951 samt Europeiska Atomenergigemenskapen, EURATOM, liksom EEC grundad 1957.
2. Se t.ex. Dieter Feger, Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften – Bestand und Entwicklung, Frankfurt a.M. 1984 s. 60.

också i dem det är mest naturligt att leta efter regler om individuella fri- och rättigheter.

De rättsakter – förordningar, direktiv, beslut m.m. – som EU:s institutioner utfärdar i syfte att förverkliga de målsättningar som anges i den primära EG-rätten utgör däremot den *sekundära* EG-rätten. Mellan dessa olika rättsakter finns främst de skillnaderna att förordningar är generellt tillämpliga i hela EU, medan direktiv och beslut har en bestämd adressat. Förordningar är bindande för – och omedelbart tillämpliga i – alla EG-länder (art. 189 st. 2 RomF), medan beslut är bindande för den eller dem det riktar sig mot (art. 189 st. 4). Direktiv, slutligen, riktar sig alltid mot en bestämd stat och anses vara bindande såvitt avser de resultat som skall uppnås, men överlåter åt den berörda staten att avgöra **hur** detta skall ske (art. 189 st. 3).[3]

Även EG-domstolens praxis räknas till den sekundära EG-rätten, liksom de traktater EU ingått med andra länder.

Inom EG-rätten gäller en viss normhierarki. Primär EG-rätt har alltid, i händelse av konflikt, företräde framför sekundär. ECJ har i avgörandet Les Verts v. European Parliament[4] slagit fast att EU

> ...is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.

Av detta avgörande följer att RomF och övrig primär EG-rätt utgör **en form av konstitution** inom EG-rätten, som övrig, sekundär EG-rätt inte får strida mot.[5] Samtidigt bör man dock hålla i minnet att RomF, med sina många bestämmelser om t.ex. konkurrensrätt och jordbruksfrågor, påminner föga om traditionella konstitutioner; dess konstitutionella **funktion** är inte heller att lägga grunden för en statsbildning, utan snarare att etablera en överstatlig organisation. Detta hindrar dock inte att den primära EG-rätten kan ha en form av grundlagsställning i förhållande till annan EG-rätt respektive medlemsländernas nationella rätt.

11.2.2 EG-rättens direkta effekt i medlemsländerna

Karakteristiskt för EG-rätten – och nödvändigt att känna till för att förstå dess särprägel – är dess s.k. *direkta effekt* i medlemsländerna. Innebörden härav är att EG-rätten, såväl den primära som den sekundära, utan några föregående införlivandeåtgärder är en del av medlemsstaternas interna rättsordningar och därmed direkt tillämplig i samtliga

3. Direktivbestämmelser som är tillräckligt preciserade för att kunna grunda rättigheter för enskilda kan dock enligt ECJ åberopas av enskilda medborgare mot den stat som inte i rimlig tid införlivat dem i sin nationella rätt. Se Becker, ECJ 8/81, dom 19 januari 1982, ECR 1982 s. 53. ECJ gick sedan ett steg längre i Frankovich, ECJ 6/90 o. 9/90, dom 9 november 1991, ECR 1991 s. 5357, där det fastslogs att den stat som inte i rimlig tid införlivar direktiv i sin rättsordning, under förutsättning att direktivets syfte är att skapa någon form av konkret rättighet för enskilda rättssubjekt ådrar sig skadeståndsskyldighet mot den eller dem som drabbas härav. Detta gäller enligt domen även om direktivet saknar direkt effekt i medlemslandet i fråga. Målet gällde f.ö. ett direktiv om lönegaranti vid konkurs, som Italien efter åtta år ännu inte införlivat i nationell rätt.
4. ECJ 294/83, ECR 1986 s. 1339 (1365, para 23).
5. Jfr Koen Lenaerts, Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue, ELR 1991 s. 367-68.

medlemsländer. Företag och enskilda kan därför alltid åberopa EG-rättsliga regler inför nationella myndigheter och domstolar. Vid konflikt mellan EG-rätt och nationella regler har den förra företräde.[6] Det är därför naturligt att EG-rätten, i takt med att den ständigt kommit att omfatta allt fler områden, blivit allt mer betydelsefull i medlemsländerna.

Det har blivit allt vanligare i medlemsländerna att företag och enskilda åberopar EG-rättsliga regler inför nationella domstolar, vilket ibland ställer domstolarna inför svåra problem (det är t.ex. fullt möjligt att domstolar i olika länder tolkar samma regel på olika sätt) Enligt art. 177 RomF kan nationella domstolar i konkreta fall hänskjuta frågor om tolkningen av RomF och giltigheten av enskilda EG-rättsakter till ECJ, som i sådana fall avger ett s.k. *förhandsbesked* (preliminary ruling) om ifrågavarande regels innebörd. Art. 177 föreskriver att den nationella domstolen kan inhämta ett sådant besked om den anser att det är nödvändigt att få svar på frågan om EG-regelns innebörd för att kunna avgöra målet. Enligt art. 177 st. 3 är högsta instans i respektive land alltid skyldig att inhämta ett besked från ECJ i ett slikt fall.

11.3 Skrivna rättighetsregler i den primära EG-rätten. Avsaknaden av rättighetsdeklaration

Det är naturligtvis främst inom den primära EG-rätten – närmast kanske i RomF – som eventuella skrivna regler om fri- och rättigheter borde återfinnas. En närmare analys av denna regelmasssa ger emellertid vid handen att det är klent beställt med sådana regler. En rättighetskatalog påminnande om ECHR eller om de regler som återfinns i så gott som samtliga nationella grundlagar saknas helt och även i övrigt är det tunnsått med rättighetsregler.

De regler i RomF som trots allt kan sägas ge ett visst skydd för de medborgerliga rättigheterna är framförallt förbudet mot diskriminering på grund av nationstillhörighet i art. 7 samt principen om lika lön för lika arbete för män och kvinnor, art. 119.[7] Vidare måste givetvis »de fyra friheterna», principen om fri rörlighet inom EU för varor, art. 30, arbetskraft, art. 48, tjänster, art. 59 samt kapital, art. 67, sägas ge medborgare och företag inom EU vissa rättigheter. Detsamma gäller etableringsfriheten, art. 59.[8]

6. Grundläggande avgöranden från ECJ såvitt gäller EG-rättens förhållande till nationell rätt är Van Gend & Loos, 26/62, ECR 1963,1 (direkt effekt) och Costa/Enel, 6/64, ECR 1964, 1141 (företräde för EG-rätt framför nationell rätt). Se även Van Duyn v. Home Office, 41/74, ECR 1974 s. 1337, där ECJ förklarade att även bestämmelser i direktiv kan ha direkt effekt om de inte införlivas i tid (jfr ovan i not 3). Se för genomgång av EG-domstolens tidiga praxis på området Ulrich Scheuner, Fundamental Rights In European Community Law and In National Constitutional Law, CMLR 1975 s. 175 not 13. – Se beträffande det ännu något oklara förhållandet mellan sekundär EG-rätt och nationella **grundlagar** nedan i 11.6.1 under ab.
7. Denna bestämmelse har givit upphov till en tämligen omfattande rättspraxis från ECJ. Det grundläggande och mest kända avgörandet är väl Defrenne v. Sabena, ECJ 43/75, ECR 1976 s. 455, där en belgisk flygvärdinna med framgång förde talan mot sin arbetsgivare om könsbetingad lönediskriminering. En genomgång av de senaste årens praxis på området finns i CMLR 1994 s. 43-75.
8. En analys av hur dessa regler av ECJ använts för att utveckla ett rättighetsskydd på vissa områden finns i Ingolf Pernice, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990 s. 2413-14.

Dessa rättigheter skiljer sig något från mer traditionella former av medborgerliga rättigheter, varför de i tysk doktrin ofta sägs vara »*grundrechtsähnlichen*», dvs **påminnande** om medborgerliga rättigheter i traditionell bemärkelse.[9] Rättighetsreglerna i RomF ger medborgarna och företagen i EU skydd för grundläggande friheter på det ekonomiska området, men inget grundläggande skydd mot ingrepp på andra områden – t.ex. i den personliga friheten – gentemot medlemsstaterna eller EU-organen.[10] Den skrivna EG-rätten innehåller ingenstans något uttryckligt skydd för den personliga friheten av det slag som präglar traditionella rättighetskataloger. Rättigheterna i RomF är därför inte »*Abwehrrechte*», vars funktion i första hand är att värna enskilda medborgare mot förbjudna ingrepp från statsmakten – eller snarare från överstatliga organ – i en medborgarens skyddade sfär.[11] Snarare kan dessa rättighetsreglers funktion sägas ha varit att bidra till förverkligandet av de mål som anges i RomF, dvs ett närmare politiskt och ekonomiskt samarbete mellan medlemsländerna.[12]

Denna brist på regler till skydd för de medborgerliga rättigheterna i RomF kan delvis förklaras med oenighet bland EG:s grundarstater om vilken typ av organisation EG egentligen borde vara, medan **det ökade behovet av sådana regler** beror på att EG-rätten efterhand kommit att få allt större praktisk betydelse för medborgare och företag i EU. I den rena frihandelsorganisation som EG till en början var fanns inget egentligt behov av andra regler än de som kunde gagna handeln, den fria konkurrensen, den fria rörligheten osv inom och mellan medlemsländerna.[13] De förslag som trots allt fanns om att i RomF införa vissa rättighetsregler stupade på motstånd från några av grundarstaterna, som inte ville låta den överstatliga EG-rätten bli alltför materiellt omfattande. EG-domstolens dynamiska och integrationsinriktade tolkning av RomF, EG-rättens kvantitativa tillväxt, dess konstaterade överhöghet framför nationell rätt[14] och det faktum att EG-rätten allt oftare åberopas av medborgare och företag inför nationella myndigheter och domstolar – att EG-rätten kort sagt blivit oändligt mycket viktigare än den var 1957 och åren strax därefter – har sedan successivt gjort avsaknaden av reellt och någorlunda utbyggt rättighetsskydd i den primära EG-rätten allt mer uppenbar.

9. Se t.ex. Feger, a.a.s. 61, Rudolf Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989 s. 43 samt Jürgen Schwarze, Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft – Grundlagen und heutiger Entwicklungsstand, EuGRZ 1986 s. 293.
10. Jfr Feger s. 62 och Streinz s. 44-45. – EG-rätten skyddar f.ö. knappast alls personer som inte är EU-medborgare, jfr Sergio Neri, Le droit communautaire et la Cour Constitutionnelle italienne: La protection des droits fondamentaux, RivdiDE 1989 s. 82. Dotterbolag (belägna i EU) till företag med säte utanför EU kommer däremot i åtnjutande av EG-rättens regler.
11. Jfr om detta traditionella synsätt på rättigheternas funktion ovan kap. 7, särskilt i 7.5.1.
12. Jfr preambeln till RomF, 2 st (»Determined to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe») och art. 2 RomF (»The Community shall have as its task, by establishing a common market... to promote... closer relations between the states belonging to it.»). Det är följaktligen logiskt att ECJ i målet Internationale Handelsgesellschaft (ECJ 11/70, ECR 1970, 1125), uttalade att de i EG-rätten erkända rättigheterna måste passa in i EG:s struktur och målsättningar. Efterhand har dock allt fler rättigheter, som vi skall se, ansetts uppfylla detta krav.
13. Se närmare om de förberedande respektive tidiga skedena i EG:s historia och om orsaken till att inga egentliga rättighetsregler intogs i RomF bl.a. Joseph Weiler, Eurocracy and Distrust, Wash.L.Rev. 1986 s. 1110 ff samt Pierre Pescatore, The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities, HRLJ 1981 s. 295-96.
14. Se specifikt härom Hjalte Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht/Boston/Lancaster 1986 s. 393 och Kai Bahlmann, Europäische Grundrechtsperspektiven, i B. Börner/H. Jahrreiss/K. Stern (utg.), Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens, Köln 1984, s. 20-21.

I Maastrichtfördraget (TEU), art. F st. 2, har, delvis kanske som ett svar på den kritik som sedan länge riktats mot det svaga rättighetsskyddet inom EG[15], intagits en regel om att EU skall respektera både de rättigheter som garanteras i ECHR och de som kan härledas ur medlemsstaternas konstitutioner. Dessa rättigheter erkänns enligt art. F TEU som allmänna principer inom EG-rätten, vilket innebär att de i princip är tillämpliga i alla EG-rättsliga sammanhang och aldrig kan negligeras, varken av domstolar som tillämpar EG-rätt – dvs ECJ och samtliga nationella domstolar i EU – eller av EU:s egna, normgivande institutioner. Eftersom TEU hör till den primära EG-rätten är detta givetvis formellt sett ett betydelsefullt framsteg. Ännu är det dock för tidigt att säga vilken praktisk rättslig betydelse denna åtgärd kommer att få.

Sammanfattningsvis är det skydd som RomF och övrig primär EG-rätt ger de medborgerliga rättigheterna tämligen svagt. Det som skyddas är vissa ekonomiska friheter samt, i anslutning därtill, två allmänna likhetsprinciper i form av förbudet mot nationellt betingad diskriminering och regeln om lika lön för lika arbete. I praktiken har dessa regler visat sig vara svårt otillräckliga, varför det på ett tidigt stadium blev nödvändigt för ECJ att i sin praxis, genom att helt enkelt erkänna fler rättigheter än de nu nämnda som giltiga, utveckla ett mer långtgående rättighetsskydd.

11.4 EG-domstolens utveckling av rättighetsskyddet

Eftersom rättighetsskyddet inom den primära EG-rätten visat sig vara svagt och ofullständigt, samtidigt som utvecklingen av EG-samarbetet och EG-rätten redan på 1960-talet visade att det fanns behov av ett sådant skydd även inom denna överstatliga rättsordning, är frågan hur detta skydd, i avsaknad av rättighetskatalog och andra skrivna rättighetsregler, kunnat säkerställas. När samarbetet utvidgades skulle det i längden ha förefallit egendomligt om skyddet för EG-ländernas medborgares fri- och rättigheter var betydligt sämre på överstatlig, gemenskapsrättslig nivå än vad som garanteras i respektive lands grundlag.[16] Sedan EG-rättens överhöghet över nationell rätt fastslagits i 1960-talets början fördes också en viss kritisk diskussion inom medlemsländerna, främst kanske i Tyskland och Italien, om huruvida detta var rimligt när EG-rätten inte erbjöd något tillfredsställande skydd för de mänskliga rättigheterna.[17]

Vid sådana förhållanden var det naturligt att blickarna främst riktades mot ECJ. Kunde domstolen genom sin praxis utveckla ett skydd för rättigheterna av erforderlig styrka, skulle naturligtvis avsaknaden av sådant skydd i den primära EG-rätten vara ett mindre problem än eljest. Ursprungligen var ECJ tveksam till att ta på sig en sådan roll;

15. Här används omväxlande begreppen EG och EU, vilket delvis beror på historiska skäl (före 1 november 1993 bar dagens EU ännu beteckningen EG, varför det är korrekt att använda termen EG när denna period behandlas) och delvis på att EG-rätt ännu torde vara den korrekta svenska juridiska termen. Se för en närmare analys av förhållandet mellan EG och EU Nergelius, Maastrichtfördraget – Ett försök till en konstitutionell analys, FT 1993 s. 123 f.
16. Jfr Manfred A. Dauses, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JdöR 1982 s. 1.
17. Se härom Scheuner, a.a.s. 174 ff.

domstolen vägrade bland annat att tillämpa bestämda rättighetsregler i medlemsländernas grundlagar för att ge enskilda skydd för rättigheter som inte nämndes i RomF.[18] Från slutet av 1960-talet märktes dock en ändring i domstolens hållning.

Vändpunkten kan sägas ha kommit i Staudermålet 1969, där ECJ för första gången slog fast att de medborgerliga rättigheterna hör till de allmänna rättsprinciper, »*principes generaux du droit*», vilka är en del av EG-rätten och vilka domstolen har till uppgift att övervaka.[19]

Uttrycket allmänna rättsprinciper, som ursprungligen härrör från fransk rätt, återfinns i art. 215 st. 2 RomF (som reglerar EU:s skadeståndsskyldighet när dess institutioner eller tjänstemän handlat felaktigt). Begagnandet av denna term har visat sig vara en lämplig utgångspunkt för domstolens ansträngningar att skapa ett effektivt rättighetsskydd; olika rättigheter, kända från nationella grundlagar och internationella konventioner, har efterhand förklarats höra till de allmänna rättsprinciper som ingår i EG-rätten. Med tiden får det anses ha klarlagts att de grundsatser vilka ECJ erkänt som allmänna rättsprinciper inom EG-rätten har företräde framför den sekundära EG-rätten. Förordningar, beslut osv som strider mot dessa principer kan därför ogiltigförklaras av ECJ, jfr art. 173, 174 och 177 RomF.[20] Av det faktum att ECJ förklarat att de medborgerliga rättigheterna – oavsett om de härleds från art. 215 i RomF, någon nationell grundlag eller ECHR – är allmänna rättsprinciper som skall respekteras i EG-rätten, kan vidare den slutsatsen dras att de rättigheter som härigenom skyddats, på grund av EG-rättens överhöghet gentemot nationell rätt också är bindande för domstolar och myndigheter i medlemsländerna.[21]

Nästa steg i utvecklingen togs 1970, då ECJ i målet Internationale Handelsgesellschaft fastslog att de rättigheter som erkändes i medlemsstaternas grundlagar och så att säga tillhörde medlemsstaternas gemensamma konstitutionella tradition var en del av de allmänna rättsprinciperna.[22] På detta sätt fördes således det skydd för de individuella frioch rättigheterna som finns på nationell nivå i de olika medlemsländerna in i EG-rätten och ECJ förpliktade sig att upprätthålla en skyddsnivå för rättigheterna som inte understiger den vilken gäller i något medlemsland.

Det var därför en logisk utveckling att ECJ i Nold-målet 1974[23] gick ett steg vidare och förklarade att inte bara de rättigheter som respekteras i medlemsländernas konstitutioner utan också reglerna i de internationella konventioner om mänskliga rättigheter vilka medlemsländerna ratificerat hörde till de allmänna rättsprinciperna. Att internationella konventioner om mänskliga rättigheter var en del av de allmänna principerna bekräftades sedan i det s.k. Hauer-avgörandet.[24] Av störst praktisk betydelse var givetvis att domstolen genom dessa avgöranden förklarade att ECHR skulle respekteras inom

18. Se närmare Schwarze, a.a.s. 294, Bahlmann a.a.s. 21, Rasmussen, a.a.s. 394-95, Weiler, a.a.s. 1113 f och Jason Coppel/Aidan O'Neill, The European Court of Justice, CMLR 1992 s. 671 n. 3, alla m.h.t. praxis.
19. ECJ 29/69, Stauder v. City of Ulm, ECR 1969, 419.
20. Se härom Schwarze, a.a.s. 294-95 och Dauses, a.a.s. 10.
21. Se till det sagda Louis Dubouis, Alminnelige Rettsgrunnsettninger og beskyttelse av menneskerettighetene i EF-retten, TfR 1988 s. 811-12.
22. ECJ 11/70, ECR 1970, 1125.
23. ECJ 4/73, ECR 1974, 491.
24. ECJ 44/79, ECR 1979, 3727.

EG. Rättighetsskyddet inom EG-rätten hade därigenom byggts ut och blivit materiellt tämligen omfattande, ehuru det endast vilade på domstolens praxis.[25]

Som exempel på hur ECJ utnyttjat ECHR kan nämnas det s.k. Rutili-målet[26], där en italiensk medborgare som bodde och arbetade i Frankrike av franska myndigheter förbjudits att vistas i vissa delar av landet. Rutili, som menade att förbudet hade sin grund i hans fackliga aktiviteter, hävdade i ett mål inför en fransk domstol att det stred mot regeln om fri rörlighet för arbetskraft i art. 48 RomF. Domstolen hänsköt frågan till ECJ för inhämtande av förhandsbesked. ECJ fann, med stöd dels i en EG-förordning, dels i ECHR (närmast art. 8-11 om möjligheterna att begränsa vissa rättigheter, där det anges att begränsningarna inte får gå längre än vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle), att principen om arbetskraftens fria rörlighet inte får begränsas på grund av facklig verksamhet.

Detta var första gången som ECJ åberopade ECHR för att lösa ett konkret fall, men det bör poängteras att det som lades till grund för domen inte var någon enskild bestämmelse i konventionen, utan endast de principer som kan utläsas ur vissa regler (vilket f.ö. ligger i linje med domstolens senare praxis). Av Rutili-målet kan vidare den slutsatsen dras, mot bakgrund av att ECJ erkänner fler rättigheter än de som anges i RomF, att de rättigheter som den primära EG-rätten tillerkänner individer och företag inom EU bör ges en extensiv tolkning; rättigheterna i RomF bör inte tolkas restriktivt, om en sådan tolkning skulle komma att strida mot en rättighet som erkänns i medlemsstaternas grundlagar eller i någon internationell konvention.[27]

Om Rutilimålet kan sägas vara ett exempel på hur ECJ utläser allmänna rättsgrundsatser ur ECHR och hur rättighetsreglerna i RomF i ljuset av ECHR kan ges en extensiv tolkning, kan fallet Stanley Adams ses som exempel på hur domstolen, utan hänvisning till någon konvention eller konstitution, kan skydda en enskilds rättigheter genom tillämpning av de allmänna rättsprinciper som domstolen förklarat vara en del av EG-rätten.[28]

I detta mål hade en Stanley Adams 1973 skickat ett brev till EG-kommissionen, i vilket han redogjorde för ett antal brott mot EG:s konkurrensregler som hans arbetsgivare, företaget Hoffmann – La Roche, gjort sig skyldig till. Adams uppgav i brevet att han inom kort skulle sluta sin anställning hos Hoffmann – La Roche och att han därefter var beredd att vittna inför domstol om de uppgifter han lämnat. Med anledning av uppgifterna i brevet inledde kommissionen en undersökning, som så småningom ledde till att Hoffmann – La Roche bötfälldes.

25. Se närmare om exakt vilka rättigheter som in concreto (fram till 1988) åtnjutit skydd i EG-domstolens avgöranden Dubouis, a.a.s. 806 ff. – En märklig tillfällighet är f.ö. det tidsmässiga samband och den likhet i arbetsmetoderna som finns mellan EG-domstolens utveckling av ett omfattande rättighetsskydd inom EG-rätten och Conseil Constitutionnels framgångsrika återupplivande av 1789 års rättighetsdeklaration som gällande fransk rätt. I bägge fallen saknade de respektive institutionerna uttryckligt stöd i tillämplig grundlagstext – RomF respektive 1958 års franska konstitution – för att vidareutveckla den materiella rätten på det sätt som skedde, men när så väl skett blev de uppnådda landvinningarna föga ifrågasatta. (Kritiken mot rättighetsskyddet inom EG-rätten har snarare gällt att detta, trots domstolens bemödanden, inte är starkt nog.) Jfr om C.C. ovan kap 8.2 och 8.5.
26. ECJ 36/75, ECR 1975, 1219.
27. Se om målet ur nu nämnda aspekter Dubouis, a.a.s. 805 och Erik Siesby, Grundlovssikrede menneskerettigheter og EF's retssystem, Juristen 1977 s. 479. – Se Dubouis även om domstolens fortsatta praxis på just denna punkt.
28. ECJ 145/83, ECR 1985, 3539, jfr Schwarze, a.a.s. 295.

Hoffmann – La Roche krävde då att kommissionen skulle röja källans identitet, vilket den vägrade. Trots detta föll företagets misstankar – delvis på grund av dokument som kommissionen lämnat ut – på Adams, som på nyårsafton 1974 greps i Schweiz och åtalades för ekonomiskt spionage eller röjande av företagshemligheter. I februari 1975 medgav kommissionen att Adams var dess sagesman, varefter denne dömdes till ett års fängelse. Senare stämde Adams kommissionen, som enligt Adams ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot honom genom att röja hans identitet för Hoffmann – La Roche.

ECJ – som fann att det framgick av Adams brev till kommissionen att han uppmanat denna att inte röja hans identitet – tolkade innebörden av bestämmelsen om tystnadsplikt för EG-tjänstemän i art. 214 som en allmän regel om meddelarskydd för personer som kontaktar kommissionen, med ty åtföljande förbud för kommissionen att röja källor (även när Adams som i detta fall slutat sin anställning hos La Roche). Med hjälp av de allmänna rättsprinciperna har sålunda ECJ ur art. 214 utläst en regel om meddelarfrihet för alla EU-medborgare i förhållande till EU:s institutioner.

I Gravier-fallet[29] förklarade ECJ att belgiska regler om utländska studenters villkor, vilka innebar att viss utbildning var kostnadsfri för belgiska studenter men avgiftsbelagd för utländska studenter, stred mot diskrimineringsförbudet i art. 7 RomF. Målet kan ses som ett exempel på EG-domstolens extensiva tolkning av de grundläggande friheterna i RomF.[30]

Vad som hänt i detta fall var att en fransk studentska, Francoise Gravier – med specialinriktning på tecknade serier – fick betala 25.000 belgiska franc om året för att gå en konstutbildning i Liège som var gratis för belgiska studenter. ECJ konstaterade att organisationen av utbildningsväsendet visserligen var något som ankom på respektive medlemsland, men att reglerna **om tillträde** till utbildning måste vara förenliga med EG-rätten, varför åtskillnad mellan sökande på nationella grunder inte får göras.

Rutili- och Gravierfallen visar att ECJ även prövar nationella bestämmelsers förenlighet med EG-rättens rättighetsregler. Gränserna för domstolens jurisdiktion därvidlag har tidigare varit något oklara, men utvecklingen under senare år visar att ECJ flyttat fram positionerna.

I ett avgörande 1985, Cinéthèque v. Fédération Nationale des Cinémas Francais, ansåg sig sålunda ECJ inte behörigt att pröva överensstämmelsen mellan nationell rätt och ECHR på rättsområden som hörde till den nationella rätten, dvs sådana där endast den nationelle lagstiftaren var behörig att utfärda regler.[31] Två år senare, 1987, fann ECJ i Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmund att samma princip ännu gällde, men detta formulerades nu i stället på det sättet att ECJ var behörig att pröva förenligheten mellan nationell rätt och ECHR så fort de nationella reglerna berörde **något område** som hörde till EG-rätten.[32] Med tanke på EG-rättens ämnes- och innehållsmässiga expansion i slutet av 1980-talet innebar denna omformulering i praktiken en betydelsefull positionsförskjutning. I målet Wachauf fastslog så ECJ 1989 att medlemsländerna måste iaktta EG-rättens rättighetsregler vid implementeringen av EG-regler i den nationella rätten; införlivandet av EG-regler i nationell

29. ECJ 293/83, Gravier v. Liège, ECR 1985, 593.
30. Schwarze s. 297.
31. ECJ 60 o. 61/84, ECR 1985 s. 2605.
32. ECJ 12/86, ECR 1987 s. 3719, 3754 para. 28.

rätt får inte ske på ett sådant sätt att rättighetsreglerna kränks.[33] I ERT case från 1991, slutligen, slog ECJ fast att endast sådana nationella begränsningar av den fria rörligheten för tjänster som är förenliga med ECHR är godtagbara enligt EG-rätten.[34]

11.5 Sammanfattning av rättsläget

11.5.1 Allmänt

Som framgått är skyddet för de medborgerliga fri- och rättigheterna i den primära EG-rätten inte särskilt omfattande. De rättighetsregler som finns i RomF har i huvudsak en ekonomisk inriktning och är ägnade att främja förverkligandet av den fria marknaden. De har i vissa fall av ECJ – som då bl.a. åberopat de principer vilka kommer till uttryck i ECHR – tolkats så att de även skyddar mer traditionella rättigheter; följaktligen kan det i sig rudimentära rättighetsskyddet i RomF tolkningsvägen utvecklas något, men i avsaknad av rättighetskatalog eller anslutning från EU:s sida till ECHR lär nog ändå rättighetsskyddet i den primära EG-rätten förbli otillräckligt för de krav som den praktiska tillämpningen av EG-rätten ställer.[35]

Anledningen till att det trots allt i dag går att tala om ett någorlunda utbyggt rättighetsskydd i EG-rätten är helt och hållet den ovan refererade praxis som ECJ utvecklat. Samtliga medlemsstater i EU är demokratier som, om än i varierande utsträckning, i sina konstitutioner tillerkänner sina medborgare grundläggande fri- och rättigheter. De är också medlemmar av Europarådet och bundna av ECHR samt underkastade Europadomstolens jurisdiktion. Det skulle därför vara både märkligt och olyckligt om rättighetsskyddet i den övernationella EG-rätten, som har företräde framför nationell rätt i händelse av konflikt och ofta har mycket stor betydelse för enskilda personers väl och ve, vore väsentligt svagare än motsvarande skydd på nationell nivå i de respektive medlemsländerna.

Den kritik som kan riktas mot detta rättighetsskydd är enligt min mening av samma typ som här tidigare riktats mot det brittiska systemet[36]; avsaknaden av konstitutionella garantier till skydd för rättigheterna innebär att medborgarna tvingas förlita sig på att en domstol, i detta fall ECJ, upprätthåller den hittills tämligen höga skyddsnivån, domstolar kan ändra sin praxis men måste alltid tillämpa skriven lag osv. Vid en jämförelse med Storbritannien finns i och för sig den skillnaden att rättigheterna i EG-rätten, genom de av ECJ utvecklade allmänna rättsprinciperna, *är en del av den positiva rätten*; i Storbritannien är rättigheterna negativt definierade och de enskilda individerna saknar kon-

33. ECJ 5/88, ECR 1989 s. 2609.
34. ECJ 260/89, ECR 1991 s. 2925, se närmare nedan i 11.5.2.
35. Jfr kritiken mot den rådande ordningen nedan kap. 11.6.2. Den stora frågan inför framtiden är närmast vilken praktisk betydelse regeln i art. F TEU om att EU skall respektera de grundläggande rättigheter vilka återfinns i ECHR och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner som allmänna EG-rättsliga principer kommer att få: Innebär detta bara en kodifiering av EG-domstolens hittillsvarande praxis eller kommer ECJ att med stöd av regeln t.ex. kunna tillämpa enskilda regler i ECHR **direkt** och lägga dem till grund för avgöranden (vilket inte varit möjligt hittills)? Detta återstår ännu att se.
36. Se kap. 9, särskilt 9.5.

kreta, oberoende av den rättsliga regleringen gällande rättigheter.[37] Trots denna inte betydelselösa skillnad kan dock EU-systemet i likhet med den brittiska ordningen kritiseras för att rättssäkerheten vad gäller de enskilda individernas rättigheter är dåligt tillgodosedd. Medborgare och företag inom EU vet inte exakt vilka rättigheter de har och myndigheter, inom EU såväl som på nationell nivå, vet inte vilka rättigheter som är en del av EG-rätten och som de därför måste respektera.[38]

Andra problem som hänger samman just med avsaknaden av rättighetskatalog är givetvis att rättigheternas existens och omfång i hög grad beror på subjektiva värderingar hos domstolens ledamöter samt att rättigheterna lättare kan ändras – om ECJ t.ex. ändrar sin praxis och förklarar att en viss rättighet inte längre hör till de allmänna rättsprinciper som är en del av EG-rätten – än när de är fastslagna i en grundlag eller rättighetskatalog.[39] Visserligen är det uppenbart att domstolens praxis är uttalat integrationsvänlig[40] och det är mycket troligt att ECJ ser rättighetsskyddet som ett sätt att påskynda integrationen[41], men enbart domstolspraxis är normalt ett **mindre stabilt** rättighetsvärn än konstitutionella garantier.[42] Det kan t.ex. tänkas att ECJ inte längre på samma sätt som hittills bedömer att värnandet om vissa rättigheter kan främja integrationen inom EU och att rättighetsskyddet då försvagas.[43] Rättighetsskyddet inom EU är i dag till helt övervägande del »*judge-made law*», med de tillkortakommanden som kan prägla ett sådant system.[44] Medvetenheten om detta problem är dock stor inom europarättsvetenskapen och frågan är synnerligen omdebatterad.

37. Jfr om Storbritannien kap. 9.2.4.
38. Jfr t.ex. Feger, a.a.s. 115 o. 206, Scheuner, a.a.s. 173, Meinhard Hilf, Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft, EuR 1991, s. 25, Luiz Maria Diez-Picazo, ¿Una Constitucion Sin Declaracion de Derechos?, REdDC 1991 s. 148 och Andrew Clapham, Human Rights and the European Community: A Critical Overview, Vol. I, Baden-Baden 1991 s. 61.
39. Jfr Feger s. 115 f och G. Federico Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CMLR 1989 s. 612.
48. Se t.ex. Rasmussen, a.a.s. 12, Weiler, a.a.s. 1108, Schwarze (utg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, s. 12, Mauro Cappelletti, Is the European Court of Justice »Running Wild?», ELR 1987 s. 8 och Hans-Peter Ipsen, Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshof fur die Integration, i Der Europäische Gerichtshof... s. 33.
41. Denna uppfattning framförs med emfas i en kritisk granskning av domstolens praxis av Coppel/O'Neill, CMLR 1992 s. 669-692.
42. Det av ECJ utvecklade rättighetsskyddet kan möjligen ses som en form av konstitutionell sedvanerätt inom EG-rätten, varvid bedömningen kanske kan bli en annan; att detta rättighetsskydd för den enskilde skulle framstå som stabilare och mer förutsägbart om det också byggde på en rättighetskatalog av något slag är dock mycket sannolikt.
43. Detta är den uppfattning som ligger till grund för Coppel/O'Neills nämnda kritik, vilken syftar till att visa att ECJ egentligen aldrig visat något intresse för de medborgerliga rättigheterna som sådana utan endast sett dessa som ett medel för att främja integrationen. Bortsett från att de knappast lyckas visa detta på något övertygande sätt kan det i och för sig hävdas att orsaken till utvecklingen av dagens rättighetsskydd egentligen är av mindre intresse än det faktum att det verkligen existerar. Helt utan implikationer för bedömningen av hållfastheten i dagens rättighetsskydd är dock givetvis inte det faktum att åtminstone ett av domstolens syften med utvecklingen av rättighetsskyddet varit att påskynda integrationen inom EG.
44. På tyska används härom termen »Richterrecht»; se till det sagda bl.a. Schwarze i EuGRZ 1986 s. 299, Hilf, a.a.s. 25 och Christian Starck, Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1981 s. 547. Se om svagheterna i det brittiska common law-systemet ovan i kap. 9.3.1.

11.5.2 Rättighetsskyddets omfång

Som genomgången ovan visat skyddar RomF främst vissa ekonomiska friheter, medan ECJ i sin praxis även utvecklat ett skydd för personliga och politiska rättigheter. ECJ kan således sägas ha utvecklat lämpliga metoder för att kompensera bristen på rättighetsregler i den primära EG-rätten. Sammantagna kan man möjligen betrakta dessa olika metoder (utvecklingen och erkännandet av allmänna rättsgrundsatser inom EG-rätten, den extensiva tolkningen av rättighetsreglerna i RomF, erkännandet och tillämpningen av de allmänna rättsprinciper som följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och ECHR) som en domstolens tillämpning av en allmäneuropeisk standard på rättighetsområdet.[45] I princip borde denna standard kunna vara högre än Europadomstolens, eftersom den influeras både av ECHR, primär EG-rätt och nationella konstitutioner.[46]

Den nuvarande skyddsnivån beskrivs i litteraturen på området i allmänhet som materiellt tillfredsställande.[47] Visserligen har inte ECJ uttalat sig till stöd för samtliga de rättigheter som erkänns i ECHR, men rättigheter har tillerkänts skydd i den utsträckning som krävts **för att EU-samarbetets syften** – ekonomisk och därigenom politisk integration i Europa – kunnat fullföljas. Vid bedömningen av rättighetsskyddets omfattning måste man hålla i minnet rättigheternas speciella karaktär i EG-rätten jämfört med i nationella grundlagar.[48] Klarast har detta kanske deklarerats i Nold-avgörandet, där ECJ förklarade att de i målet berörda rättigheterna måste bedömas på ett särskilt sätt:

> ...für diese Rechte bestimmte Begrenzungen vorzubehalten, die durch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt sind, solange die Rechte nicht in ihrem Wesen angetastet werden.[49]

Avgörande för om en rättighetsbegränsning kan godtas är alltså om den är förenlig med EG-rättens yttersta syfte, dvs att förverkliga EU:s integrationistiska mål. Det är sålunda mot denna bakgrund EG-domstolens praxis, i vilken rättighetsskyddets omfång be-

45. Så Starck, a.a. Se även Schwarze, a.a.
46. Se vidare bl.a. Scheuner, a.a.s. 185 och Ricardo Alonso Garcia, Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas, i Estudios Sobre La Constitucion Espanola – Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterria, Tome III, Madrid 1991 s. 819 o. 826 ff. Som Alonso Garcia konstaterar kan detta förhållande på sikt gynna medborgarna i EU, genom att ett starkare rättighetsskydd byggs upp inom EG-rätten än vad som tidigare förekommit i Europa; å andra sidan innebär den nuvarande ordningen att det så att säga inte finns några andra medborgerliga rättigheter inom EG-rätten än de – rudimentära – som anges i RomF **förrän ECJ slagit fast att så är fallet**. Se härom t.ex. Diez-Picazo, a.a.s. 147 f. samt om den kritiska diskussionen om rättighetsskyddets omfattning nedan kap. 11.6.
47. Se bl.a. Dubouis, a.a.s. 812, Hilf, a.a.s. 25, Schwarze, a.a.s. 299 och Gil Carlos Rodriguez Iglesias, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht, EuR 1992 s. 225-245. Jfr även Schwarze s. 295 not 25 med hänvisning till tysk doktrin där denna åsikt – som f.ö. låg till grund för den tyska författningsdomstolens ställningstagande i Solange II, BVerfGE, 73, 339; se nedan i 11.6.1 under ba – framförts.
48. Något som f.ö. utsades klart redan 1970 i Internationale Handelsgesellschaft (se ovan s. 489). Jfr Dauses s. 12 och Scheuner s. 184-85. – Weiler, a.a.s. 1133, beskriver EG-domstolens metod som en tvåstegsprocedur, där det första steget är att genom komparativ analys ur medlemsstaternas grundlagar **härleda** en allmän rättsprincip och det andra steget att **tillämpa** denna princip i EG-rätten och därvidlag anpassa den för de särskilda krav denna ställer.
49. ECJ 4/73, Rec.1974, 1591. Som synes finns här även en hänvisning till rättigheternas väsensinnehåll; jfr härom närmare nedan i 11.5.3.

stäms, skall ses. Eftersom domstolens tolkning av EG-rätten är utpräglat funktionell eller teleologisk[50], saknas egentligen anledning att ge rättigheterna ett starkare skydd än vad som behövs för att förverkliga EU:s målsättningar.[51] Av domstolens praxis framgår också tämligen klart att den strävar efter att skydda rättigheterna mot möjliga kränkningar begångna av EG-institutionerna själva eller av medlemsstaterna i deras tillämpning av EG-rätt, men inte anser dem vara tillämpliga i andra sammanhang.[52] Rättigheterna i EG-rätten har således inte – till skillnad från ECHR – erhållit någon allomfattande, överstatlig karaktär; de är, i likhet med övrig EG-rätt, bindande för medlemsstaterna på de områden som EG-rätten omfattar, men inte bindande för medlemsstaterna i andra sammanhang.[53]

I praxis framgår detta faktum – som kanske skulle kunna komma att ändras om en rättighetskatalog infördes i EG-rätten[54] – tydligt i bl.a. tre fall. I Morson & Jhanjan v. Netherlands krävde anhöriga till Morson och Jhanjan att få slå sig ner och erhålla uppehållstillstånd i Holland. Morson och Jhanjan var bägge holländska medborgare, medan de anhöriga kom från Surinam. Enligt ett EG-direktiv av den 15 oktober 1968 hade anhöriga – oavsett nationalitet – till EG-medborgare **vilka var medborgare i ett EG-land men arbetade i ett annat** rätt att bosätta sig tillsammans med sina släktingar. ECJ fann emellertid att denna möjlighet inte gavs släktingar till de EG-medborgare vilka arbetade i samma land som de var medborgare. De anhöriga från Surinam åberopade mot den holländska statens vägran att ge dem uppehållstillstånd reglerna i art. 48 om fri rörlighet för arbetskraft och art. 7 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Eftersom den speciella EG-rätten på området inte var tillämplig i detta fall menade dock ECJ att Morson och Jhanjan, vilka var parter i målet i förhandlingarna inför ECJ, inte kunde åberopa de allmänna EG-rättigheterna.[55]

I ERT Case, som gällde giltigheten av det grekiska TV-monopolet, åberopade Grekland till stöd för den begränsning av det fria tjänsteutbytet som TV-monopolet innebar art. 56 RomF om allmän ordning och säkerhet. ECJ konstaterade att tillåtligheten av denna typ av begränsningar **så länge de föll inom ramen för EG-rätten** – vilket var fallet här – måste tolkas och bedömas mot bakgrund av EG-rättens allmänna rättsgrundsatser, inkluderande de medborgerliga rättigheterna och här närmast art. 10 ECHR.[56] Denna princip konkretiserades ytterligare i SPUC v. Grogan, mer känt som the Irish Abortion Case. Bakgrunden var här att det irländska anti-abortsällskapet Society for the Protection of Unborn Children Ltd inför irländsk domstol stämt aktiva i några studentföreningar (Grogan m.fl.), vilka spred information om möjligheterna för irländska kvinnor att göra abort i Storbritannien, för brott mot den irländska grundlagen. SPUC krävde att denna informationsverksamhet skulle förbjudas. Enligt den tolkning art. 40 st. 3 i grundlagen tidigare hade givits av irländska domstolar innefattade regeln ett förbud inte bara mot aborter utan också mot all hjälp till gravida kvinnor som underlättade för dem att göra aborter i utlandet. High Court i Irland hänsköt

50. Se t.ex. Rasmussen, a.a.s. 12.
51. Jfr Scheuner, a.a. och Dubouis, a a.s. 806. – Se för en närmare genomgång av vilka enskilda rättigheter ECJ tillerkänt skydd Dubouis s. 806 ff samt Mancini, a.a.s. 610.
52. Jfr Pernice, a.a.s. 2412 not 49 och Koen Lenaerts, Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue, ELR 1991 s. 372, bägge m.h.t. uttalanden i EG-domstolens praxis samt Pescatore, a.a.s. 303 ff.
53. Ibid.
54. Jfr om denna diskussion nedan kap. 11.6.2. EG-parlamentets förslag till rättighetskatalog av den 12 april 1989 var dock avsedd att gälla enbart på de områden där EG-rätten är tillämplig (se art. 25 st. 1 i förslaget).
55. ECJ 35 o. 36/82, dom 27 oktober 1982, ECR 1982 s. 3723, para. 16-17: »It follows that the Treaty provisions on freedom of movement for workers and the rules adopted to implement them cannot be applied to cases which have no factor linking them with any of the situations governed by Community law. Such is undoubtedly the case with workers who have never exercised the right to freedom of movement within the Community.»
56. ECJ 260/89, dom den 23 januari 1991, ECR 1991 s. 2925.

frågan till ECJ för förhandsbesked jämlikt art. 177. Grogan & Co åberopade inför ECJ både art. 59 RomF om fri rörlighet för tjänster och yttrandefriheten i art. 10 ECHR. ECJ fann emellertid att föreningarnas anknytning till de läkare i Storbritannien som utförde aborterna var för svag för att det irländska förbudet mot information av detta slag skulle kunna ses som en begränsning av art. 59. Följaktligen var inte EG-rätten tillämplig på de nationella bestämmelserna i detta fall och *ECJ därför inte kompetent att bedöma om dessa innebar en begränsning av yttrandefriheten som stred mot EG-rättens allmänna rättsgrundsatser.*[57]

11.5.3 Närmare om EG-domstolens bedömning av tillåtna rättighetsbegränsningar

Som framgått har ECJ i sin praxis hämtat inspiration till skyddet för de medborgerliga rättigheterna bland annat från de allmänna rättsprinciper som kan utläsas ur medlemsländernas gemensamma konstitutionella traditioner. I samband härmed har det, som nämnts, diskuterats om domstolen bör försöka att upprätthålla den högsta skyddsnivå för rättigheterna som finns i något enskilt medlemsland eller om ECJ bör nöja sig med en nivå som så att säga är godtagbar i samtliga medlemsländer (och t.ex. inte erkänna någon rättighet som inte är erkänd i samtliga medlemsländer).[58]

Rättighetsreglerna i medlemsstaternas konstitutioner uttolkas i flertalet länder av allmänna domstolar eller författningsdomstolar, vilka i sin praxis troligen inte tillerkänner de respektive enskilda rättigheterna exakt samma skydd. Även om det kanske finns ett gemensamt minimum av frihet i varje enskild »gemensam» rättighetsregel[59] kan därför rättighetens omfång variera kraftigt mellan olika länder; informationsfriheten kan t.ex. åtnjuta ett betydligt starkare skydd i Portugal än i Storbritannien. Vilken skyddsnivå bör då upprätthållas om ECJ förklarar att denna rättighet är en del av EG-rättens allmänna rättsprinciper? Den högsta i något av medlemsländerna, den lägsta, en genomsnittlig eller en som är särskilt anpassad till EG-rättens speciella syften? När, varför och hur skall

57. ECJ 159/90, dom den 4 oktober 1991, ECR 1991 s. 4685. Av betydelse i sammanhanget är att ECtHR senare fann att det förbud mot rådgivningsverksamhet som rådde på Irland stred mot art. 10 ECHR; se Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, dom 29 oktober 1992, Series A No 246.
58. Stöd för den »maximalistiska» läran finns i EG-domstolens praxis främst i Nold-avgörandet samt i doktrinen bl.a. hos Streinz, a.a.s. 50 samt i viss mån hos Dauses, s. 11-12 (»Unverkennbar entspricht die »maximalistische» Theorie der Tendenz der engagierten Grundrechtsjurisprudenz des Gerichtshofes am besten...»), medan en mer minimalistisk syn, som vann visst stöd i domstolens uttalande i Internationale Handelsgesellschaft, 1975 förfäktats av Scheuner, a.a.s. 185. Jfr om skillnaderna mellan domstolens hållning i de två fallen Rasmussen, a.a.s. 401 ff. I Hauermålet menade ECJ rentav att en »maximilösning» såvitt gällde regler antagna av EG skulle hota EG-rättens enhet och därmed hela integrationen; se ECR 1979 s. 3727, 3744 para. 14. En form av förmedlande lära har lagts fram av Louis Dubouis, som menar att en rättighet för att vara en allmän EG-rättslig princip måste vara generellt accepterad i medlemsstaternas nationella rätt; det krävs därvidlag inte, enligt Dubouis, att den garanteras i så gott som identiska ordalag i alla medlemsländernas grundlagar, bara de olika länderna i princip har godtagit den och har någorlunda likartade regler på området. Se Alminnelige Rettsgrunnsetninger og beskyttelse av menneskerettighetene i EF-retten, TfR 1988 s. 804. Se även Feger, a.a.s. 99 f (med ett kraftfullt avvisande av den minimalistiska lösningen), Diez-Picazo, s. 149 ff samt Weiler, a.a.s. 1127 f (med en kritisk inställning till själva frågeställningen).
59. Jfr Diez-Picazo, a.a.s. 149 f.

informationsfriheten kunna begränsas? Här uppenbaras inte obetydliga svårigheter.[60]

En särskild fråga är om ECHR i dag är erkänd som gällande rättslig minimistandard inom EG-rätten. Huvudtendensen är att ECJ medvetet orienterar sitt rättighetsskydd i riktning mot att motsvara konventionens grundsatser och begränsningsmöjligheter.[61] Tanken att ECHR inte skulle representera ett EG-rättsligt minimiskydd torde f.ö. vara helt oförenlig med hänvisningen till densamma i art. F i TEU.

Problemet med rättighetsskyddets nivå har som synes både en kvantitativ sida – skall ECJ skydda alla rättigheter som erkänts i något medlemsland eller endast de som erkänns i samtliga eller så gott som samtliga medlemsländer samt i ECHR? – och en kvalitativ, som gäller om ECJ avseende olika rättigheter skall värna den starkaste eller svagaste *skyddsnivån* som råder bland medlemsländerna.

Bör då ECJ, i sin bedömning av vilka begränsningar av de rättigheter som erkänns i EG-rätten som är tillåtna, snegla mot den praxis som härvidlag kan finnas på nationell nivå i olika medlemsländer? Att domstolen inte alls skulle påverkas av denna praxis förefaller onaturligt, men det är samtidigt en vanlig uppfattning att ECJ vid bedömningen av tillåtligheten av rättighetsbegränsningar måste tillämpa en helt annan måttstock än en nationell domstol, eftersom EU inte är jämförbart med en stat utan har andra, mer begränsade och snävare avgränsade mål.[62]

Innebär då detta att samtliga rättighetsbegränsningar som kan motiveras med att de ligger i EU:s intresse eller bidrar till ökad integration är eller bör vara godtagbara? Nej, så kan inte vara fallet. Redan Nold-avgörandet talar som vi sett häremot, eftersom ECJ där värnade rättigheternas »väsensinnehåll». Senare praxis från ECJ bekräftar att det faktum att en rättighetsbegränsning – i form av t.ex. en förordning från EG-kommissionen som inskränker någon av de rättigheter som ECJ erkänt – har sin grund i förverkligandet av EG:s syften **aldrig kan vara tillräckligt** för att den skall vara godtagbar.

I Haueravgörandet uppställde ECJ tre krav på en rättighetsbegränsning för att denna skall vara godtagbar, nämligen att den tjänar EU:s syften (dvs att den inte motverkar den ekonomiska integrationen och upprättandet av en »ever closer union»), att ingreppet är rimligt i förhållande till det syfte som skall uppnås med det (s.k. Verhältnismässigkeit) och att rättighetens kärna eller väsensinnehåll (»Wesensgehalt») respekteras.[63] Detta resonemang har sedan återkommit i ytterligare avgöranden[64], varför det i dag råder viss

60. Ibid samt Feger, a.a. ECJ uttalade i Hauermålet, 44/79, ECR 3727, 3744 para. 14 att en rättighetsbegränsning som företagits **av en EG/EU-institution** endast kan bedömas i ljuset av EG-rätt. Här sägs dock inget om vad som skall gälla vid bedömningen av rättighetsbegränsningar på nationell nivå, i den mån ECJ kan pröva sådana. Även avgörandet i Hoechst, ECJ 46/87 o. 227/88, ECR 1989 s. 2859 kan nämnas i detta sammanhang; ECJ vägrade där att tolka regeln om hemmets okränkbarhet (jfr art. 8 ECHR) så att den omfattade även affärslokaler, trots att sådana var skyddade enligt tysk rätt.
61. Jfr Schwarze s. 298-99.
62. Se t.ex. Dauses s. 12 och Scheuner s. 187. Jfr även Hans Peter Ipsen, Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechtsproblematik, EuR 1987 s. 5.
63. Se ECR 1979 s. 3747 para. 23. Jfr om Verhältnismässigkeit och Wesensgehalt i tysk rätt kap. 7.4.2.
64. Se t.ex. Schräder, ECJ 265/87, dom 11 juli 1989, ECR 1989 s. 2237, 2268 para. 15 ff och (särskilt om Wesensgehalt) Staatsanwalt Freiburg v. Franz Keller, ECJ 234/85, dom 8 oktober 1986, ECR 1986 s. 2897, 2912 para. 8 samt Wachauf, 5/88, dom 13 juli 1989, ECR 1989 s. 2609, 2639 para. 18. Se ytterligare om EG-domstolens tillämpning av läran om Verhältnismässigkeit Pernice, a.a.s. 2414, Scheuner, a.a.s. 181, Starck, a.a.s. 547 och Streinz, a.a.s. 49,

klarhet om med vilka kriterier ECJ prövar rättighetsbegränsningar.

De medborgerliga rättigheterna kan mot bakgrund av denna praxis sägas sätta vissa gränser för antagandet och tillämpningen av nya EG-rättsliga regler; dessa är inte giltiga om de begränsar de medborgerliga rättigheter som EG-rätten omfattar och begränsningen inte motsvarar de ovan angivna kraven.[65]

EG-domstolens övervakning av EG-rätten i detta avseende har, till följd av denna rättsordnings specifika karaktär, där främjandet av EU-samarbetetets syften hela tiden står i förgrunden, med nödvändighet en annan karaktär än en nationell (författnings)domstols över den nationella rätten. Även om ECJ i sin praxis kan hämta inspiration från nationella domstolar med normprövningsrätt, är det därför inget som säger att ECJ använder samma måttstock vad gäller tillåtligheten av begränsningar som en sådan domstol eller ens strävar efter att upprätthålla en nivå för rättighetsskydd som är jämförbar med den som förekommer i någon nationell instans.

11.6 Kritik mot rådande ordning

11.6.1 Kritik från nationella domstolar

aa. Bakgrund Trots den utveckling av rättighetsskyddet i EG-rätten som sedan slutet av 1960-talet ägt rum, kvarstår både i EG-rättslig och europeisk statsrättslig doktrin tvivel på att de medborgerliga rättigheternas ställning inom EG-rätten är tillräckligt stark.[66] Förslag, både från enskilda debattörer och från exempelvis EG-parlamentet, till förbättringar av den nuvarande ordningen har också sedan länge varit vanliga. Den kanske allvarligaste och troligen mest inflytelserika kritiken mot bristen på fasthet i ett rättighetsskydd av EG-rättslig typ har dock inte kommit från doktrinen eller från politiker på EG-nivå utan från de nationella författningsdomstolarna i Tyskland och Italien, vilka i några uppmärksammade avgöranden på 1970-talet förklarade att EG-rättens överhöghet över den nationella rätten inte kunde gälla gentemot rättighetsreglerna i respektive grundlag. Skälet härtill var främst att rättighetsskyddet inom EG ansågs vara så svagt utvecklat.[67]

I takt med att detta skydd alltmer utvecklats har dock de bägge författningsdomstolarna retirerat från sina tidigare positioner och i princip godtagit EG-rättens företräde

samtliga m.h.t. praxis. EG-domstolens tillämpning av läran om rättigheternas väsensinnehåll behandlas särskilt av Pernice på s. 2415. Se närmare om de bägge senare begreppens ställning i tysk rätt kap. 7.4.2.

65. Jfr Diez-Picazo, a.a.
66. Samtidigt bör dock framhållas att även den åsikten att det rättighetsskydd som ECJ under den gångna 20-årsperioden utvecklat på många sätt är tillfredsställande är vanlig i doktrinen (jfr ovan på s. 494 vid not 47). Då åsyftas dock i allmänhet den rent materiella skyddsnivån, inte att rättssäkerheten i systemet är godtagbar eller att denna modell är anpassad att möta framtidens utmaningar. Se närmare t.ex. Schwarze s. 298-99. Jfr även Weiler, a.a.s. 1133 och Dubouis, a.a.s. 813.
67. Se beträffande det faktum att detta allvarliga grundskott mot tanken på EG-rättens primat i Europa kom just från Italien och Västtyskland, de enda två EG-länder som vid denna tidpunkt hade egna författningsdomstolar med uppgift att granska bl.a. de nationella lagarnas förenlighet med grundlag, Scheuner, a.a.s. 177.

framför nationell rätt även på detta område. Hithörande frågor är emellertid ändå så fundamentala för förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt att de tyska och italienska avgörandena har mer än bara rättshistoriskt intresse. En genomgång av rättsutvecklingen i de bägge länderna är därför på sin plats. I klargörande syfte bör först sägas ytterligare något om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

ab. Vissa grundläggande frågor rörande förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt. I och med att ECJ 1964 i Costa v. Enel slagit fast principen om EG-rättens företräde framför den nationella rätten i medlemsländerna och denna princip accepterats i medlemsländerna uppstår vissa frågor om makt- eller kanske snarare arbetsfördelningen mellan EG/EU-organen och de nationella domstolarna och myndigheterna. Vem skall t.ex. i konkreta fall avgöra om nationell rätt strider mot EG-rätt?

En nationell lag som strider mot EG-rätten är inte ogiltig per se, men den får däremot – på grund av att den strider mot EG-rätt i någon form – **inte tillämpas** av en nationell domstol.[68] Förekomsten av en sådan regel i ett medlemsland kan föranleda kommissionen att väcka talan mot landet i fråga för fördragsbrott jämlikt art. 169 RomF. ECJ tillämpar emellertid bara EG-rätt och har ingen befogenhet att ogiltigförklara nationella lagar[69]; ECJ kan, om talan väckts mot ett medlemsland enligt art. 169[70], eventuellt konstatera att en nationell lag strider mot EG-rätt och att staten i fråga därför gjort sig skyldig till ett fördragsbrott, men EU saknar sedan helt sanktionsmöjligheter mot den felande staten (bortsett från att denna på nytt kan instämmas inför ECJ för fördragsbrott).[71] Medlemsländerna anses vidare vara förpliktade att inte utfärda regler som strider mot – den överordnade – EG-rätten samt att avstå från att lagstifta på de områden där EG-regler utfärdats.[72] Inte heller dessa förpliktelser är dock sanktionerade. EG-rätten kan således i sina fundament sägas vara baserad på och **förutsätta** en nödvändig lojalitet från medlemsländernas sida; EG-rätten kan inte få någon genomslagskraft om inte medlemsländerna respekterar den och är beredda att följa den, även när detta

68. Något som f.ö. poängteras mycket starkt av ECJ i Simmenthal, ECJ 106/77, ECR 1978 s. 629, där det också poängteras att medlemsländerna inte kan stifta nya – giltiga – lagar som är oförenliga med existerande EG-regler. Se även Factortame, ECJ 221/89, ECR 1991 s. 3905.
69. Frågan huruvida domstolens ofta av de nationella domstolarna utnyttjade möjlighet att jämlikt art. 177 avge tolkningsbesked lett till att en sådan möjlighet de facto existerar har dock diskuterats i doktrinen; se bl.a. Pär Hallström, Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten, JT 1992/93 s. 80-81 och Ola Wiklund, Svenska domstolars självständighet i ett EG-perspektiv, SvJT 1992 s. 196 ff,
70. Eller art. 170, som ger ett medlemsland rätt att väcka talan mot ett annat medlemsland för fördragsbrott, vilket hittills dock bara hänt en gång.
71. Vad gäller sanktioner bör nämnas att ECJ genom Maastrichtfördraget givits möjlighet att under vissa förutsättningar bötfälla stater som inte följer domstolens utslag; se art. 171 RomF. Det är ännu för tidigt att uttala sig om regelns praktiska betydelse.
72. Se bl.a. Simmenthal, ECJ 106/77. Dessa förpliktelser kan också sägas följa av art. 5 i RomF: »Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks. They shall abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty.»

kanske inte gagnar deras kortsiktiga intressen.[73]

En nationell domstol kan å andra sidan inte åsidosätta en EG-rättslig regel.[74] Vilken domstol som helst kan givetvis förklara att en viss EG-regel inte är tillämplig i ett konkret fall, men en EG-regel kan endast åsidosättas (och ogiltigförklaras) av ECJ och i så fall endast på den grunden att den strider mot en annan EG-regel av högre rang.[75]

ba. Utvecklingen i Tyskland. De grundläggande förutsättningarna rörande EG-rättens förhållande till medlemsstaternas nationella rätt är som framgått klarlagda sedan länge. Trots detta har några omdiskuterade avgöranden från BVerfG under de senaste decennierna tydligt visat att åtminstone förhållandet mellan medlemsstaternas **grundlagar** och den sekundära EG-rätten kanske inte klarlagts en gång för alla; när konflikter uppstått mellan dessa bägge regeltyper – den med högst rang i ett medlemsland respektive den med lägst rang i EG-rätten – kan det vara svårt för en nationell (författnings)domstol att utan vidare ge EG-regeln företräde. Detta gäller även om ECJ sedan länge intagit ståndpunkten att EG-rätten i dess helhet har företräde även framför medlemsländernas grundlagar.[76]

Första gången denna fråga aktualiserades i Tyskland var i ett avgörande 1967, där BVerfG slog fast att författningsbesvär[77] endast kunde anföras mot tyska lagar och bestämmelser, eller mot beslut av tyska myndigheter, men inte mot EG:s rättsakter. Den som eventuellt ville klaga på de senare hade enligt BVerfG tillräckligt goda möjligheter att få sin sak prövad inom EG-rätten. Samtidigt underlät BVerfG att ta ställning till sin rätt att pröva en EG-regels förenlighet med rättighetsreglerna i GG. Avgörandet sade därför ganska litet om förhållandet mellan EG-rätt och den tyska rätten.[78]

Betydligt mer uppmärksammat blev det så kallade Solange eller Solange I-avgörandet från 1974, där BVerfG slog fast att domstolen hade rätt att pröva EG-reglers förenlighet med GG så länge rättighetsskyddet inom EG-rätten inte utvecklats längre eller bättre än vad som då, 1974, var fallet.[79] BVerfG ställde dock som krav för att denna kontrollmöjlighet skulle upphöra att EG genom sitt parlament införde en egen rättighetskatalog som till innehållet motsvarade den i GG:

> Solange der Integrationsprocess der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes

73. Detta följer redan av art. 5 RomF, där det förklaras att medlemsstaterna skall vidta alla erforderliga åtgärder för att säkerställa uppfyllandet av de förpliktelser som medlemskapet medför. Medlemsstaterna skall enligt artikeln »facilitate the achievement of the Community's tasks» samt »abstain from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of this Treaty». ECJ har betonat lojalitetsprincipen bl.a. i Commission v. Italy, 39/72, ECR 1973, 115.
74. Se t.ex. Foto-Frost, ECJ 314/85, ECR 1987 s. 4199.
75. Se t.ex. Simmenthal, 106/77. Eftersom det enligt EG-rättens rättskällelära inte finns någon högre rätt än EG-rätten på de områden där denna är tillämplig kan således inte en sekundärrättslig EG-regel underkännas av ECJ för att den t.ex. strider mot ECHR, men däremot för att den strider mot de allmänna rättsprinciper som ECHR ger uttryck för och som är en del av EG-rätten (med högre status än den sekundära EG-rätten).
76. Se Internationale Handelsgesellschaft, ECR 1970 s. 1134.
77. BVerfGE 22, 293. Jfr om författningsbesvär ovan kap. 7.3.4.4.
78. Se närmare om detta fall och andra från samma tid Scheuner, a.a.s. 178 ff.
79. BVerfGE 37, 271 ff.

adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrags geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrecht in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.

Innebörden av avgörandet är helt klar: EG-rättens principiella överhöghet över den tyska rätten erkänns så länge EG-rätten inte strider mot GG, men så länge en rättighetskatalog saknas inom EG-rätten har rättighetsreglerna i GG företräde framför den sekundära EG-rätten. En tysk domstol som tvivlar på om en EG-regel är förenlig med rättighetsavsnittet i GG måste jämlikt art. 177 RomF inhämta EG-domstolens utlåtande, vilket knappast är kontroversiellt i sig, men den tyska domstolen var enligt BVerfG sedan inte bunden av EG-domstolens utlåtande utan måste vid tvivel om den sekundära EG-rättens förenlighet med rättighetsreglerna i GG begära besked från BVerfG enligt förfarandet för konkret normkontroll, art. 100 st. 1 GG.[80]

Avgörandet, som innebar den hittills allvarligaste attacken mot principen om EG-rättens överhöghet över den nationella rätten, var mycket kontroversiellt 1974 och blev under de dryga tio år som gick innan BVerfG kom att slå in på en annan linje mycket omdiskuterat och kritiserat i såväl den tyska statsrättsliga som den europarättsliga doktrinen. Kritiken riktade in sig på främst tre punkter, nämligen dels de krav som BVerfG uppställde för att inte längre pröva EG-rättens förenlighet med GG, vilka inte ansågs vara realistiska[81] och enligt kritikerna inte behövde stå i något nödvändigt samband med **den reella** omfattningen av rättighetsskyddet inom EG-rätten, dels mot inkräktandet från författningsdomstolens sida på den ovannämnda principen att endast ECJ kan avgöra eller ens pröva en EG-regels eventuella giltighet, dels mot konsekvenserna för den europeiska integrationen och bevarandet av en viss rättslig enhet mellan de olika EG-staterna.[82] Den sistnämnda punkten var kanske den allvarligaste; om domstolar i andra länder skulle följt efter hade principen om EG-rättens överhöghet över medlemsstaternas nationella rätt inte kunnat upprätthållas, eftersom den sekundära EG-rätten – den kvan-

80. Jfr härom ovan kap. 7.3.4.3.
81. En första kritisk anmärkning som i det sammanhanget kan riktas mot avgörandet är det mycket stränga krav som ställdes för att BVerfG skulle kunna tänka sig att avstå från att pröva en sekundärrättslig EG-regels förenlighet med GG:s rättighetsregler, nämligen att EG – genom ett folkvalt parlament med lagstiftningsbefogenhet – skulle anta en egen rättighetskatalog. Visserligen kan detta ses som en närmast demonstrativ markering, ägnad att påskynda den integrationistiska utvecklingen i EG, men å andra sidan rörde det sig i praktiken snarast om en form av önsketänkande från BVerfG, eftersom de politiska förutsättningarna för införandet av en sådan katalog – i sig ett klart federalistiskt moment inom EG, som vid denna tidpunkt upplevde något av en stagnation i integrationsarbetet – i mitten av 1970-talet var ännu sämre än vid senare tillfällen. Eftersom den uppställda förutsättningen således inte var realistisk inom överskådlig framtid, kan BVerfG genom utslaget sägas ha slagit fast en rätt att pröva och vid behov underkänna sekundärrättsliga EG-reglers förenlighet med rättighetsreglerna i GG. Detta var onekligen något av ett grundskott mot tanken på EG-rättens överhöghet över nationell rätt, även om utslaget bottnade i en vällovlig ambition att säkerställa de medborgerliga rättigheternas rättsliga primat i Västtyskland. Vid denna tidpunkt fanns f.ö. ännu inte något folkvalt EG-parlament överhuvudtaget; de första valen till detta parlament ägde rum 1979.
82. Se närmare bl.a. Scheuner, a.a.s. 190, Dauses, a.a.s. 13 samt Meinhard Hilf, Solange II: Wie lange nach Solange?, EuGRZ 1987 s. 1 not 3 o. 5 m.h.t. ett större antal kritiska synpunkter från doktrinen.

titativt helt dominerande EG-rättskällan – ständigt hade riskerat att bli nagelfaren av nationella domstolar. (I dag kan det dock hävdas, med ett historiskt facit tillgängligt, att Solange I-avgörandet haft en mycket positiv inverkan på utvecklingen av rättighetsskyddet inom EG-rätten, genom att det bidragit till och influerat såväl det under 1970-talet starkt utvidgade rättighetsskyddet i EG-domstolens praxis som de många initiativ vilka alltsedan 1970-talets mitt tagits inom EG för en förstärkning av rättighetsskyddet.[83])

De långtgående konsekvenserna av det omdiskuterade avgörandet kom dock i någon mån att lindras genom två senare avgöranden från BVerfG, dels det så kallade Vielleicht-beslutet från 1979[84], dels Eurocontrolavgörandet från 1981.[85]

I det förra klargjordes att konkret normkontroll enligt art. 100 st. 1 GG endast kunde bli aktuell i den mån den tyska lagen om anslutning till EG var föremål för prövning; någon prövning av en sekundärrättslig EG-regel **som sådan** och dess förenlighet med GG ansåg sig BVerfG inte längre kunna göra, vilket åtminstone formellt var en väsentlig kursändring. Eurocontrol föregriper det senare Solange II-avgörandet på så sätt att BVerfG där uttalade att art. 24 st. 1 GG, som anger att Tyskland kan överlåta suveränitet till organisationer för mellanstatligt samarbete, inte möjliggör för någon tysk makthavare att på detta sätt förfoga över rättigheterna i GG. Suveränitetsöverlåtelser får med andra ord inte leda till att dessa rättigheter inskränks.

1986 kom så det beryktade Solange II- eller Mittlerweile-avgörandet[86], som kan anses ha klargjort det nuvarande rättsläget men ändå lämnar många frågor obesvarade inför framtiden och därför givit upphov till en mycket livlig debatt om vad som bör gälla i andra, framtida fall. I direkt kontrast till Solange I-avgörandet slog BVerfG här fast att domstolen inte tänkte pröva EG-rättens förenlighet med GG så länge rättighetsskyddet inom EG-rätten höll sig på den nivå som, efter utvecklingen av EG-domstolens praxis, kunde sägas råda 1986:

> Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der

83. Se Starck, a.a.s. 547, Schwarze, a.a.s. 299, Hilf, a.a.s. 2 samt Jochen Abr. Frowein, Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration, i Cappelletti/Secombe/Weiler, Integration through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 1, Book 3 s. 330. Jfr Mancini, a.a.s. 609 o. 611: »It was a brutal blow, a blow jeopardising not only the supremacy but the very independence of Community law. Something had to be done and the Court did it...Reading an unwritten bill of rights into Community law is indeed the most striking contribution the Court has made to the development of a constitution for Europe. This statement however, should be qualified...that contribution was forced on the Court from outside, by the German, and, later, the Italian Constitutional Courts.»
84. BVerfGE 52, 187.
85. BVerfGE 59, 63.
86. BVerfGE 73, 339. – Avgörandet benämnns i allmänhet Solange II, eftersom domstolens vägledande uttalande liksom i Solange I inleds med en förklaring att »Solange» förhållandena inom EG-rätten ser ut på visst sätt så kommer BVerfG att inta en viss hållning, men kallas ibland också Mittlerweile (under tiden), p.g.a. uttalandet (s. 378) om rättighetsskyddet i EG-rätten, att sedan 1974 »nach Auffassung des erkennenden Senats... mittlerweile im Hoheitsgebiet der Europäischen Gemeinschaften ein Mass an Grundrechtsschutz erwachsen... Es bestehen keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, dass der erreichte gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsstandard nicht hinreichend gefestigt und lediglich vorübergehender Natur sei... Dieser Grundrechtsstandard ist mittlerweile insbesondere durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften inhaltlich ausgestaltet worden, gefestigt und zureichend gewährleistet.»

> Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem von Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Massstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.[87]

Anledningarna till att det efter detta avgörande trots allt kvarstår tvivel om rättsläget, åtminstone i ett framtidsperspektiv, är främst två. Dels förklarar BVerfG att man tänker avstå från att pröva EG-reglernas förenlighet med GG – en rättighet man annars uppenbarligen anser sig ha[88] – så länge rättighetsskyddet inom EG-rätten håller sig på en viss nivå. Men vilken försämring av detta skydd erfordras då för att BVerfG skall börja utöva denna sin prövningsrätt? Det klargörs inte, varför fältet är fritt för spekulationer.[89] För det andra förklarade BVerfG, helt i enlighet med vad som uttalats i Eurocontrol-målet, att möjligheterna till avstående av suveränitet jämlikt art. 24 st. 1 GG var inramade av tämligen snäva gränser. En stor del av den efterföljande debatten har handlat om hur dessa gränser skall dras.[90]

BVerfG hänvisade i Solange II till väsensinnehållet i art.19 st. 2 GG som en väsentlig komponent som måste respekteras inom EG-rätten för att BVerfG skall avstå från att pröva sekundärrättsliga EG-reglers förenlighet med GG. Uppfattningen att art. 19 st. 2 även bildar en gräns för vilket mått av suveränitet som enligt art. 24 st. 1 GG kan överföras till en mellanstatlig organisation är också vanlig i doktrinen.[91] En väl så vanlig uppfattning har åtminstone under senare tid dock varit att det snarare är den s.k. evig-

87. BVerfGE 73, 339, 387. Det bör observeras att BVerfG här, i motsats till 1974, inte uppställde något krav på att t.ex. en rättighetskatalog borde införas inom viss tid för att skyddet skulle anses hålla en viss nivå. Det enda som betonades var att skyddet måste ligga på en fortsatt hög materiell nivå, men formerna för upprätthållandet lämnades därhän.
88. Jfr uttalandet ovan: »Solange... wird das *Bundesverfassungericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht*... nicht mehr ausüben (min kursivering).
89. I den tyska doktrinen har också diskuterats huruvida det finns ett behov av ett »Solange III»-beslut för att ytterligare klargöra förhållandet mellan tysk rätt och EG-rätt på denna punkt. Se bl.a. Ulrich Everling, Brauchen wir »Solange III»?, EuR 1990 s. 195-227, Rupert Scholz, Wie lange bis »Solange III», NJW 1990 s. 941-946, Christian Tomuschat, Aller guten Dinge sind III, EuR 1990 s. 340-361 och Claus-Dieter Ehlermann, Zur Diskussion um einen »Solange III»-Beschluss: Rechtspolitische Perspektiven aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, EuR 1991 s. 27-38. Utvecklingen i BVerfG har dock varit oklar; se Matthias Herdegen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz, EuGRZ 1989 s. 311 beträffande några kammarbeslut från 1987 och 1989. I Maastrichtavgörandet 1993 (BVerfGE 89, 155) förklarade BVerfG att dess utövande av rättighetsskydd såvitt gäller EG-rätt sker i ett samarbetsförhållande, »*Kooperationsverhältnis*», med ECJ, i vilket ECJ genom sina avgöranden i enskilda fall garanterar en viss skyddsnivå för hela EG-området för vissa rättigheter, medan BVerfG kan koncentrera sig på ett generellt upprätthållande i Tyskland, över »hela rättighetsområdet», av en viss skyddsnivå för de grundlagsreglerade rättigheterna. Den konkreta innebörden av detta uttalande är dock oklar; innebär det att BVerfG nu uteslutit möjligheten att rättighetsskyddet inom EG-rätten skall försämras så mycket att domstolens prövningsrätt av EG-regler behöver tas i anspråk eller tvärtom att BVerfG anser sig ha rätt att i sin mer generella kontroll underkänna EG-regler och rentav ignorera EG-domstolens bedömningar? Denna fråga väntar ännu på sitt svar.
90. Här kan hänvisas till Streinz, a.a.s. 217 ff. Jfr även Stern, Staatsrecht I s. 535.
91. Se Streinz s. 224 f med vidare hänvisningar till litteraturen.

hetsgarantin i art. 79 st. 3 som bildar den yttersta gränsen.[92] BVerfG uttrycker i Solange II-avgörandet saken som så att art. 24 st. 1

> ... ermächtigt nicht dazu, im Wege der Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen die Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben.[93]

Grundlagens identitet kan med andra ord enligt BVerfG inte ändras genom avstående av suveränitet till en internationell organisation och domstolen slår också fast att rättighetsreglerna i GG, liksom regeln om väsensinnehållet, är en del av denna identitet. Även i Maastrichtavgörandet[94] fastslogs att denna identitet inte får urholkas vid suveränitetsöverlåtelser, ehuru det där i stället var reglerna om rösträtt och politisk representation i art. 38 som ansågs utgöra en gräns; om alltför många och för långtgående befogenheter överfördes till EU skulle art. 38 enligt BVerfG tömmas på sitt innehåll, vilket skulle strida mot den okränkbara demokratiprincipen i art. 79 st. 3.[95] I förhållande till Solange II sätter Maastrichtavgörandet upp hårdare gränser för att den fortsatta integrationen inom EU skall vara godtagbar, eftersom det antyds att en alltför långtgående politisk integration med en slags automatik skulle innebära en kränkning av art. 38 (och därmed av art. 79 st. 3). Just det faktum att den politiska integrationen inte genom fördraget går längre än den gör innebär enligt BverfG att EU behåller sin karaktär av statsförbund, vilket i sin tur garanterar att art. 38 (och därmed art. 79 st. 3) inte kränks.[96]

bb. Utvecklingen i Italien. De avgöranden från den italienska författningsdomstolen, Corte Costituzionale, som motsvarar de tyska fallen sammanfaller på ett anmärkningsvärt sätt med dessa i tiden. De berör också likartade frågor. Trots detta har de italienska avgörandena rönt avsevärt mindre uppmärksamhet i den europarättsliga doktrinen, vilket delvis torde kunna förklaras med att Corte Cost. varit mer försiktig i sina uttalanden än BVerfG. Utvecklingen i Italien har därför i lägre grad präglats av drama-

92. Så t.ex. Stern, a.a., Streinz, a.a.s. 221 och Herdegen, a.a.s. 312 not 37 med ytterligare hänvisningar. Se närmare om innebörden av evighetsgarantin ovan kap. 7.1.4.
93. BVerfGE 73, 339, 375 f.
94. BVerfGE 89, 155.
95. I denna riktning pekar f.ö. också den med anledning av Maastrichtavtalet antagna art. 23 i GG, där det framgår att art. 79 st. 3 alltid skall iakttas vid fördragsändringar och andra regeländringar inom EU som berör GG:s innehåll (liksom att sådana ändringar i likhet med grundlagsändringar kräver 2/3 majoritet i förbundsdagen).
96. BVerfG underströk samtidigt att framtida ändringar av Maastrichtfördraget inte täcks av den tyska anslutningslag som i detta mål godtogs av domstolen, liksom att framtida EU-normer eller beslut vilka inte täcks av fördragstexten saknar verkan i Tyskland. Även om Maastrichtavgörandet i sak inte innebär någon förändring jämfört med Solange II måste det därför ses som uttryck för en hårdare attityd från BVerfG gentemot EU. Att domen innebär en väsentlig principiell positionsförskjutning **jämfört med Solange I** är enligt min mening helt klart, eftersom BVerfG där egentligen efterlyste en mer federal utveckling, med en rättighetskatalog antagen av EG-parlamentet; i Maastrichtdomen betonas däremot det förnämliga i att EU även efter ingåendet av fördraget förblir ett statsförbund. Se närmare Nergelius, Den tyska författningsdomstolens godkännande av Maastrichtfördraget, FT 1994 s. 57 ff. Även den omständigheten är av betydelse i sammanhanget, att de regler vars förenlighet med GG prövades i Maastrichtavgörandet formellt visserligen var en vanlig tysk lag, men i realiteten själva Maastrichtfördraget och därmed den primära EG-rätten. Solange-målen och övriga här redovisade avgöranden avsåg däremot den sekundära EG-rättens förenlighet med GG.

tiska kast mellan olika synsätt på förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

Precis som i Tyskland aktualiserades frågan först under 1960-talet, då Corte Cost., om än i försiktiga ordalag, i två avgöranden framhöll eller kanske snarare antydde att åtminstone rättighetsreglerna i den italienska grundlagen var överordnade EG-rätten.[97] Dessa avgöranden lämnade dock åtskilliga frågor obesvarade. Mer klargörande och vägledande för den fortsatta rättsutvecklingen blev därför ett avgörande 1973[98], det s.k. Frontini-fallet, där Corte Cost. betonade att det inte fanns någon som helst anledning att betvivla att EG-rätten – närmast var det här art. 189 i RomF som kom under betraktande – uppfyllde den italienska grundlagens krav avseende normgivning, men tillade att detta inte gällde om EG-rättsliga regler skulle komma att strida mot den italienska grundlagens huvudprinciper eller mot de »oförytterliga mänskliga rättigheterna».[99] Även om Corte Cost. betraktade detta som en rent hypotetisk fara, slog domstolen fast att den i så fall hade kvar en möjlighet att pröva den ifrågavarande EG-regelns förenlighet med den italienska grundlagen.

Detta avgörande kan både sägas strida mot och överensstämma med Solange I. Å ena sidan ansåg sig Corte Cost., till skillnad från BVerfG, inte ha någon **generell möjlighet** att pröva EG-reglernas förenlighet med den italienska grundlagen så länge rättighetsskyddet inom EG-rätten inte var mer utvecklat, men å andra sidan betonar bägge författningsdomstolarna att EG-rättens överhöghet över den nationella rätten inte längre kan gälla då, eller om, EG-regler skulle komma att strida mot de nationella grundlagarnas rättighetsregler. I inget av avgörandena accepterades därför principen om EG-rättens överhöghet fullt ut.

Corte Cost. kan sedan i sin fortsatta praxis sägas ha hållit fast vid de grundläggande förutsättningar som lades fast redan i Frontini-målet 1973, vilket innebär att de grundläggande principer avseeende förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt som ECJ slagit fast accepterats, men också att reservationer vid upprepade tillfällen gjorts för det fall att EG-regler **skulle** komma att strida mot rättighetsregler i den italienska konstitutionen (ehuru detta bedömts som osannolikt).[100]

11.6.2 De viktigaste ändringsförslagen

De som kritiserat EG-rättens rättighetsskydd har i allmänhet skjutit in sig på de ovan nämnda svagheterna i ett system där rättigheterna så att säga helt vilar i domstolens händer. I viss mån upplevs det troligen också av många jurister och politiker inom EU som otillfredsställande att EG-rätten hittills haft en ganska begränsad betydelse för utvecklingen av det rättsliga skyddet för de mänskliga rättigheterna i Europa – här har ECHR och ECtHR spelat en betydligt viktigare roll – samtidigt som EG-rätten på de flesta andra områden varit praktiskt rättsligt betydelsefull och bidragit till att påverka den europeiska efterkrigsutvecklingen.

97. Corte Cost. 24 februari 1964, 1964 Giur. Cost. 443; Corte Cost. 27 december 1965, 1965 Giur. Cost. 1322. Se härom närmare bl.a. Scheuner, a.a.s. 177 f.
98. Corte Cost. 27 december 1973, 183/1973, 1974 Giur Cost 330.
99. Min översättning, jfr art. 2 i den italienska grundlagen.
100. Här märks främst avgörandena Granital, Corte Cost. 8 juni 1984, Giur. Cost. 1984 s. 1098 och Fragd, Corte Cost. 21 april 1989. Se för en närmare genomgång av domstolens praxis Sergio Neri i Riv.di D.E. 1989 s. 81-98 samt Marco Darmon, Juridictions constitutionnelles et droit communautaire, RTDE 1988 s. 236 ff och Giorgio Gaja, New Developments in a continuing Story: The Relationship between EEC law and Italian Law, CMLR 1990 s. 93 ff.

Följaktligen är det naturligt att så gott som alla kritiker vilka lanserat egna alternativa lösningar på hur de medborgerliga rättigheterna skall kunna skyddas inom EG-rätten föreslagit att en rättighetsdeklaration skall ingå i denna, antingen genom att ECHR införlivas i EG-rätten eller att EU utarbetar en egen rättighetskatalog. Här redogörs för några av de förslag och deklarationer om medborgerliga rättigheter som kommit inifrån EG/EU och lagts fram av olika EU-organ, varefter något av den kritiska diskussionen i den europarättsliga doktrinen om framkomligheten i de respektive förslagen behandlas.

a. Förslag från EG om förstärkt rättighetsskydd. De första förslagen kom vid 1970-talets mitt, ungefär samtidigt som nivån på rättighetsskyddet öppet ifrågasattes av de tyska och italienska författningsdomstolarna.[101]

Sedan EG-parlamentet i juni 1976 gjort ett allmänt hållet uttalande till stöd för rättighetsskyddet inom EG-rätten[102] antog parlamentet, kommissionen och ministerrådet den 5 april 1977 en gemensam deklaration om vikten av att skydda de medborgerliga rättigheterna.[103] Dessa förklarades i deklarationen vara av yttersta vikt för EG-samarbetet och de respektive organen tillkännagav sin vilja att alltid respektera dem. Innehållet i deklarationen bekräftades eller fastslogs så att säga en gång till ett år senare, i en förklaring av den 7-8 april 1978 av Europeiska rådet, sammanslutningen av EU:s stats- och regeringschefer.[104] Varken denna förklaring, som innehåller principuttalanden till stöd för rätten och den parlamentariska demokratin, social rättvisa och skydd för de mänskliga rättigheterna, eller deklarationen från 1977 är rättsligt bindande, men de anses ändå ha haft stor principiell politisk betydelse.[105]

Den främsta pådrivande kraften vad gäller nya förslag till utbyggt rättighetsskydd inom EU har dock varit parlamentet. I en resolution av den 16 november 1977 krävde parlamentet att medborgarna inom EG skulle åtnjuta skydd för sina medborgerliga rättigheter inte bara mot EG:s egna institutioner utan även mot medlemsstaternas politiska organ.[106] I en ny resolution av den 27 april 1979 krävdes så att EG skulle ansluta sig till ECHR samtidigt som ett utskott genast borde tillsättas för att utarbeta en ny europeisk rättighetskatalog som kunde gälla inom EG.[107]

Efter att sedan under större delen av 1980-talet ha varit synnerligen aktivt i utarbetandet av olika förslag till en europeisk union[108] – varav det viktigaste får sägas ha varit utkastet till fördrag för en europeisk union av den 14 februari 1984 – återkom parlamentet 1989 med ett mycket detaljerat förslag till en ny rättighetskatalog för EG, innehållande både flertalet för rättighetskataloger klassiska rättigheter, ett antal sociala rättigheter, en regel om att rättigheternas Wesensgehalt aldrig får inskränkas samt ett uttalande till stöd för en maximilösning inom EG-rätten såvitt gäller den skiftande skyddsnivån för rättigheterna i medlemsländerna.[109] Detta är det hittills mest ambitiösa och genomarbetade förslaget till en rättighetskatalog för EU.

Det kan dock konstateras, inte minst mot bakgrund av all denna aktivitet från främst

101. En allmän översikt av de olika förslag som under 1970-talet presenterades av de olika EG-institutionerna finns hos Streinz, a.a.s. 51 ff.
102. Text i EuGRZ 1976 s. 264 f.
103. Text i Official Journal 1977, C 103/1.
104. Text i BullEC 3-1978 s. 5.
105. Se t.ex. Dauses, a.a.s. 18.
106. Text i EuGRZ 1978 s. 202 f.
107. Text i EuGRZ 1979 s. 257. Så sent som den 18 januari 1994 krävde f.ö. parlamentet på nytt att EU skall ansluta sig till ECHR; se EuGRZ 1994 s. 191-93.
108. En grundlig genomgång av dessa initiativ ges av José Maria Beneyto, La influencia del Parlamento Europeo en el Desarrollo de la Proteccion de los Derechos Fundamentales de la C.E.E., RdIE 1989 s. 847 ff.
109. Text i EuGRZ 1989 s. 205 ff.

parlamentets sida, att utfallet i Maastrichtöverenskommelsen måste betraktas som magert. TEU uppfyller inte många av de krav som ställts i de nämnda resolutionerna och deklarationerna.[110] Det återstår att se om den regeringskonferens rörande översyn av institutionernas arbetsförhållanden som skall hållas 1996 kan leda till andra resultat på rättighetsskyddets område.

b. Förslag och synpunkter i doktrinen. Ända sedan 1970-talet har en diskussion förts inom den europarättsliga doktrinen om huruvida en särskild rättighetskatalog bör införas i EG-rätten.[111] I viss mån har denna diskussion influerats av de ovan nämnda förslag som presenterades under 1970-talet. Vissa av diskussionsinläggen har tagit sin utgångspunkt i att det nuvarande skyddet för rättigheterna enbart är »judge-made law» eller »*Richterrecht*» och därför otillräckligt för de krav som ställs i takt med att EG-rätten blir allt mer praktiskt betydelsefull[112], medan andra förslag främst betonat den politiska betydelse införandet av en rättighetsdeklaration skulle kunna ha, både för att påskynda den integrationistiska utvecklingen och för att råda bot på det s.k. demokratiska underskottet.[113] Sedan EG-parlamentet efter långa förberedelser 1989 presenterade sitt förslag till en rättighetskatalog har debatten i hög grad tagit sin utgångspunkt i detta förslag och cirkulerat kring de frågor det berör.

Även frågan om ett införlivande av ECHR i EG-rätten har dryftats under lång tid, åtminstone sedan 1970-talet.[114] Till stöd för detta förslag har bland annat åberopats det olämpliga i att två olika överstatliga europeiska rättsordningar existerar sida vid sida och att rättighetsskyddet både skulle förenklas och stärkas om ECJ och ECtHR tillämpade samma regler.[115]

Här finns ingen möjlighet att närmare behandla alla de förslag som framförts på dessa områden. I stället skall svårigheterna med genomförandet av förslagen belysas något, med utgångspunkt från några av de kritiska synpunkter som framförts i doktrinen.[116]

Ett första problem såvitt gäller utarbetandet av en ny rättighetskatalog är att rättigheterna är utformade på olika sätt och åtnjuter ett skiftande skydd i olika länder. Det kan därför bli svårt att få de olika medlemsländerna att enas om att anta en sådan övernationell konvention utan att så mycket eftergifter måste göras för enskilda länders önskemål

110. Jfr Meinhard Hilf, Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft, EuR 1991 s. 20 o. 22 om parlamentets agerande för att föra in frågan om rättighetskatalogen i förberedelsearbetet inför Maastrichtkonferensen.
111. Se t.ex. Starck, a.a.s. 548 samt Sergio Neri, a.a.s. 82 not 1 med redogörelse för olika förslag som framförts.
112. Så t.ex. Starck, a.a.s. 548. Ett närbesläktat argument är att införandet av en rättighetskatalog skulle erbjuda ett starkare preventivt skydd mot normgivningsakter från kommissionen och ministerrådet än det som finns i dag, jfr Hilf s. 25.
113. T.ex. Peter Schiffauer, Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1981 s. 207 ff. Hilf, a.a.s. 24 ff framhäver, liksom Bahlmann, a.a.s. 35 ff, samtliga, både de rättsliga och de politiska aspekterna. – Se vidare om tänkbara grunder för kravet på en särskild rättighetskatalog Starck s. 548 f.
114. Med Weiler, a.a.s. 1107 kan denna fråga sägas ha genererat »a sea of writing». Se t.ex. Starck, a.a.s. 547 not 21 och 22 och Schwarze a.a.s. 299 not 72 med redogörelser för äldre förslag i frågan.
115. Se t.ex. Christian Tomuschat i EuR 1990 s. 356-57.
116. Jfr Diez-Picazo, a.a.s. 151-52, för en analys av de rättsliga problemen i sammanhanget.

att slutresultatet blir en urvattnad minimilösning.[117] Ur den synvinkeln kan ett införlivande av ECHR förmodas vara mindre kontroversiellt för medlemsländerna, eftersom dessa redan ratificerat ECHR och underkastat sig Europadomstolens jurisdiktion.

En annan invändning är givetvis att EU ännu inte är någon förbundsstat och därför inte bör anta den federala rättens karakteristika genom införande av en egen konstitution och/eller rättighetskatalog. (Federalisterna i EU-debatten kan givetvis vända på resonemanget och åberopa detta obestridliga faktum till stöd för en motsatt uppfattning; just det faktum att utvecklingen i federal riktning inte gått tillräckligt långt kan ses som ett argument för att införa en rättighetskatalog i EG-rätten, som en markering av vart EU-samarbetet strävar och för att påskynda utvecklingen.[118])

Slutligen kan givetvis också den invändningen göras att en rättighetskatalog i EG-rätten skapar en besvärlig situation i förhållande till ECtHR. Vad skulle hända om ECJ och ECtHR började avgöra likartade mål på helt olika sätt, började tillämpa skilda skyddsnivåer för samma rättigheter och använda olika bedömningsgrunder?[119] Hilf ser överhuvudtaget inget problem häri, eftersom det enligt honom bör vara enkelt att i praktiken skilja de bägge rättsordningarna åt.[120] Enligt Starck skulle detta inte vara något problem så länge rättighetsskyddet i EG-rätten vore det mer omfattande och ECJ tillämpade en högre skyddsnivå än ECtHR, men däremot om motsatsen blev fallet.[121]

De olika förslagen till rättighetskataloger har i allmänhet mötts av positiva reaktioner inom EG, men ändå aldrig varit i närheten av att förverkligas. Detta hänger samman med att antagandet av en rättighetskatalog inom EU i många medlemsländer – kanske med rätta – skulle tolkas som ett tecken på en federal utveckling av EU, något som många medlemsländer har svårt att acceptera.

De förslag om att införliva ECHR i EG-rätten som med jämna mellanrum framförts bottnar till viss del just häri. Införlivandet av denna beprövade och av medlemsstaterna allmänt erkända katalog skulle förse EU med en godtagbar materiell skyddsnivå för de medborgerliga rättigheterna i den skrivna EG-rätten, utan att några egentliga, symboliska eller reella, steg behövde tas i federal riktning.[122] Ett sådant införlivande skulle dock oundvikligen medföra vissa problem.

Ett praktiskt betydelsefullt problem i sammanhanget är att ett sådant införlivande san-

117. Starck s. 549, jfr om problematiken Scheuner, a.a.s. 185.
118. Se t.ex. Hilf s. 27.
119. Även förhållandet, i händelse av att EU skulle anta en egen rättighetskatalog, till art. 27 st. 1b i ECHR kan diskuteras. Enligt detta lagrum skall Europakommissionen avvisa en ansökan som avser en sak vilken redan prövats eller anhängiggjorts vid någon annan internationell instans. Skulle detta innebära att en fråga som avgjorts av ECJ aldrig skulle kunna prövas av ECtHR? Detta vore i så fall en väsentlig förändring av rättsläget. En aktuell fråga som prövats av bägge domstolarna är t.ex. det irländska abortförbudet, jfr ovan på s. i not 57.
120. A.a.s. 27.
121. A.a.s. 549. Jfr även Lenaerts, a.a. Anledningen till att Starck med sådant eftertryck betonar att skyddet i EG-rätten inte får vara lägre eller sämre än det som upprätthålles av ECtHR är givetvis att EG-rätten är betydligt mer ingripande i medlemsstaternas rättsordningar än ECHR. EG-rätten har kort sagt, bl.a. genom sin direkta effekt i medlemsländerna och framförallt genom att den täcker fler områden, större praktisk betydelse, varför frågor om kränkningar av »EU-konventionen» kan antas komma att aktualiseras oftare – och få större praktisk betydelse – för medborgare och medlemsländer i EU än frågor om kränkningar av ECHR.
122. Annorlunda dock Weiler, a.a.s. 1135, som ser själva den i så fall erforderliga ratificeringen av ECHR som en åtgärd vilken pekar i riktning mot en federal stat.

nolikt skulle kräva en ändring av ECHR, eftersom **endast stater** (formellt endast medlemmar i Europarådet) kan ansluta sig till konventionen.[123] Om då EU i detta sammanhang skulle vilja undvika att uppträda som en stat, måste således ECHR ändras enbart för att EU skall kunna införliva texten i en rättsordning där det materiella skyddet för ifrågavarande rättigheter enligt vissa bedömare redan är starkare än i den text som skall införlivas (en text som för övrigt inte alls är utarbetad för att passa de jämfört med enskilda stater något speciella förhållandena inom EU och EG-rätten).[124]

Ett närbesläktat problem kan då bli detta: Om EU skulle ansluta sig till ECHR skulle konventionen bli gällande EG-rätt, att tillämpas av alla EG:s myndigheter och ECJ. ECtHR skulle sedan ha att övervaka att ECJ och övriga EG-institutioner tillämpat konventionen på rätt sätt, på samma sätt som domstolen i dag övervakar de länder som ratificerat ECHR.[125] Är detta ett tilltalande perspektiv för EU? Vill ECJ acceptera att dess domar kan prövas i högre instans? Kommer inte systemet att leda till ökad (och onödig) byråkrati och till minskad effektivitet i tillvaratagandet av medborgarnas rättigheter?

Sammanfattningsvis kan konstateras att det nuvarande rättighetsskyddet inom EU må vara materiellt tillfredsställande men enligt en vanlig uppfattning i doktrinen inte erbjuder tillräckliga rättssäkerhetsgarantier, att förslagen om förbättringar av det skrivna rättighetsskyddet är många och att förslagen om utarbetande av en särskild rättighetskatalog därvidlag sedan en tid tillbaka varit något vanligare än förslagen om införlivande av ECHR i EG-rätten samt att bägge dessa förslag har för- och nackdelar men under alla omständigheter lär skapa vissa svårigheter i relationerna mellan EG-rätten/ECJ å ena sidan och ECHR/ECtHR å den andra.[126]

11.7 EG-domstolen som författningsdomstol

11.7.1 Allmänt

I det ovannämnda fallet Les Verts v. European Parliament[127] slogs fast att EG-rätten är uppbyggd i en normhierarki och att RomF och övrig primär EG-rätt utgör en form av konstitution inom EG.[128] Det är då naturligt att det faller på ECJ att avgöra om sekundär EG-rätt eller nationell rätt strider mot denna överordnade EG-rätt samt att ogiltigförklara eller åsidosätta de regler som inte är förenliga med den primära EG-rätten. Som framgått kan och skall ECJ också åsidosätta nationella regler som strider mot sekundär EG-rätt. ECJ har därför i praktiken, trots att domstolen alltså saknar möjlighet att **ogil-**

123. Art. 66 ECHR. Se närmare Starck, a.a.s. 547 ff och Schwarze, a.a.s. 299. Europakommissionen har f.ö. hittills avvisat klagomål från enskilda mot EU, p.g.a. att EU inte skrivit under ECHR.
124. Jfr Starck s. 547.
125. Jfr Frowein, Fundamental Human Rights as a Vehicle... s. 338.
126. Jfr Diez-Picazo, a.a. Det kan nämnas att ministerrådet 1994 uppmanade ECJ att jämlikt art. 228 st. 6 i RomF ge sin syn på om ECHR är förenlig med EG-rätten (se Official Journal 1994 C 174/8). En hearing härom hölls inför domstolen den 7 november 1995.
127. ECJ 294/83, ECR 1986 s. 1339. Se ovan avsnitt 11.2.1.
128. Denna uppfattning har f.ö. slagit igenom även i doktrinen. Se t.ex. Mancini, a.a.s. 595-614 och Pernice, a.a.s. 2410.

tigförklara eller upphäva nationella bestämmelser som strider mot EG-rätt, fått en ställning av författningsdomstol inom EU.[129]

Den rättsliga grunden för denna ställning finns, förutom i principen om EG-rättens överhöghet över nationell rätt, i art. 169-170 RomF, som reglerar domstolens möjlighet att på talan av kommissionen eller en medlemsstat åsidosätta nationell lagstiftning som strider mot EG-rätt, respektive i art. 173 RomF, där det framgår att ECJ kan pröva lagligheten – dvs snarast förenligheten med primär EG-rätt – av ministerrådets, parlamentets och kommissionens rättsakter. Även domstolens rätt att avge förhandsbesked enligt art. 177 bör nämnas i sammanhanget; denna är i praktiken viktigast, eftersom det främst är genom denna som nationell rätt kommer under EG-domstolens granskning.[130]

Frågan i vilken utsträckning ECJ verkligen är en författningsdomstol i dagens EU kan bl.a. analyseras utifrån de möjligheter ECJ har att pröva den nationella rättens förenlighet med EG-rätten. Den nationella normmassan är mer omfattande än EU-organens och dessutom kan det hävdas att ECJ inte är eller ens liknar en författningsdomstol så länge den saknar möjlighet att pröva också medlemsländernas lagar. Här kan hänvisas till utvecklingen i USA, där det var först när S.Ct. (delvis) lyckades införliva Bill of Rights i delstaterna och göra den bindande även för dessa som lagprövningen fick stor rättslig betydelse.[131] Utvecklingen i EU visar entydigt att ECJ på senare år tilldelat sig allt större möjligheter att pröva nationella bestämmelsers förenlighet med de i EG-rätten erkända reglerna om medborgerliga rättigheter, vilket både beror på EG-rättens ämnesmässiga utbredning och på att ECJ tillerkänt sig vidgade befogenheter.[132] Precis som i många andra rättssystem med starka författningsdomstolar eller liknande instanser tycks just rättighetsfallen ha en tendens att bli ett medel för ett stärkande av den dömande maktens ställning.

11.7.2 Judicial activism kontra judicial self-restraint

Det är i dag ett oomtvistat faktum såväl inom den EG-rättsliga doktrinen som inom den allmänna rättsliga och politiska debatten om EU att ECJ har en central ställning bland EU:s institutioner och i hög grad bidragit till EG-rättens utveckling, liksom att domstolen spelat en viktig, periodvis kanske avgörande roll för att EG:s mål, en fortsatt och fördjupad integration mellan medlemsländerna, i stor utsträckning kunnat

129. Jfr Cappelletti, a.a.s. 5. – Just denna dess ställning som författningsdomstol analyseras lika ingående som kritiskt av Rasmussen, a.a.; se bl.a., för en analys av hur ECJ utövat denna roll under skilda perioder, s. 235 ff. En annan ingående, men långt i från lika kritisk studie av ECJ som författningsdomstol och dess betydelse för den europeiska integrationen har gjorts av Hans Peter Ipsen, Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, i J. Schwarze (utg.), Das Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, Baden-Baden 1983, s. 29-62. Se även Mancini, a.a.s. 604 o. 610 f.
130. Denna möjlighet är f.ö. snarlik den konkreta normkontrollen i tysk rätt; jfr ovan kap. 7.3.4.3.
131. Jfr ovan kap. 10.6-7.
132. Se närmare avsnitt 11.4 in fine. Det är f.ö. främst denna utveckling som ligger till grund för Coppels/O'Neills tidigare nämnda kritik mot ECJ. Nämnas kan också att Mancini 1989, innan denna utveckling kunde skönjas så tydligt, såg svårigheterna för ECJ att pröva den nationella rättens giltighet som ett av hindren för att ECJ skulle utvecklas till något som liknar en författningsdomstol; se a.a.s. 604 o. 611 f.

förverkligas.[133] Delvis är diskussionen om domstolens ställning densamma som förts om författningsdomstolar i andra länder, t.ex. USA och Tyskland. Dessutom ägnas av förklarliga skäl domstolens betydelse för europaintegrationens fortgående fördjupning särskild uppmärksamhet i debatten.

Det är fullt naturligt att ECJ, mot bakgrund av dess starka ställning inom EG, granskas och ifrågasätts. Är det rimligt att en domstol, vars ledamöter inte är demokratiskt valda och aldrig kan ställas till ansvar för sina beslut, har så stor makt över utvecklingen som ECJ? Är med andra ord EG-domstolens legitimitet i EG-medborgarnas ögon i paritet med dess inflytande? Detta är givetvis centrala frågor inom dagens EG-rätt.

Samtidigt måste dock denna diskussion om EG-domstolens eventuella brist på demokratisk legitimitet, om domstolens tendenser till activism kontra self-restraint, till skillnad från motsvarande diskussion om domstolarnas politiska makt i Tyskland och USA, ses mot bakgrund av diskussionen om det »demokratiska underskottet» i EU:s normgivning. Även normgivningen inom EU kritiseras stundtals för att den saknar demokratisk legitimitet (genom att regler antas av kommissionen och ministerrådet men inte av det folkvalda parlamentet). Det demokratiska underskottet, »*das Demokratie-Defizit*» inom EU är således inte för handen enbart, eller ens i första hand, när ECJ bryter ny mark för EG-rätten genom något prejudikat, utan i väl så hög grad när ministerrådet utfärdar nya regler på kommissionens initiativ.[134] ECJ, som hittills varit en mycket aktivistisk domstol, kan således kritiseras för att sakna demokratisk legitimitet på samma sätt som S.Ct. i USA, men bristen på demokratisk insyn i normgivningen är mer anmärkningsvärd, mer karakteristisk för just EG-rätten.[135] Weilers förklaring till varför EG-domstolens mycket starka position inom EG-rätten trots allt inte blivit mer ifrågasatt än den faktiskt blivit är tänkvärd i sammanhanget:

> Last, and most important, is the political reality of the Community. Judicial activism is often characterized as subverting the principle of majoritarian decision-making. In the Community context, however, the political process is hardly majoritarian. The legislative process of the Community...is a far cry from a representative democratic process. If the new jurisprudence of the Court represents a *gouvernement des juges*, it is designed to control a *gouvernement des fonctionnaires*. The present state of the political process, with the Community suffering from a wide democracy deficit, undermines the classical challenge to the ECJ.[136]

Den kanske mest långtgående kritiken av EG-domstolens hållning, dess praxis och benägenhet att genom denna skapa nya regler har framförts av Rasmussen i den uppmärksammade avhandlingen On Law and Policy in the European Court of Justice från 1986. Kärnan i dennes omfattande kritik är ett försök att visa hur ECJ successivt – genom bruk

133. Se bl.a Ole Due, EF-domstolens retspraksis som integrationsfremmende faktor, JT 1991/92 s. 407-416.
134. Jfr om de principiella aspekterna i kritiken Weiler, a.a.s. 1109: »What is at stake then, is not the fear of excessive zeal in asserting individual rights but fear of the opposite: a reluctance of the Court to exercise a sufficiently robust individual protection policy. If there is distrust it is not a distrust of a Court overreaching itself in protecting the individual, but of a Court not reaching far enough.»
135. Jfr Cappelletti, a.a.s. 7, Diez-Picazo, a.a.s. 140 och Weiler, a.a.s. 1116 f.
136. A.a. Mancini (själv ledamot av ECJ) betraktar (a.a.s. 612) »the inexistence of a body both representative and genuinely legislative» som den främsta orsaken till framväxten av ECJ:s omfattande rättspraxis, särskilt på rättighetsområdet.

av judicial activism – tillerkänt sig en allt viktigare roll inom EG och därmed kommit att få en helt annan roll än vad som förutsågs vid EG:s bildande, vilket enligt Rasmussen i sin tur haft negativa konsekvenser. Rasmussens syn är i hög grad färgad av skepsis mot domstolens integrationsinriktade praxis och mot själva dess ambition att främja integrationen i Europa. Som stöd för denna uppfattning anger han bland annat att stadgandena om EG:s syfte i preambeln till RomF samt art. 2[137] – är »destined for political consumption» och riktade enbart till kommissionen, ministerrådet och EG-parlamentet.[138] Domstolens integrationsinriktade praxis skulle således sakna stöd i RomF, en tes som Rasmussen dock inte hittat något direkt stöd för i övrig doktrin eller på annat håll.[139] Rasmussen framför i och för sig från andra rättsordningar välkända argument om bristande demokratisk legitimitet i den form av activism som ECJ enligt honom hemfallit åt, men tycks alltså därutöver postulera att fördjupad integration inom EG/EU med nödvändighet är av ondo.[140]

Rasmussens framställning har i sin tur utsatts för ingående kritik av Cappelletti och Weiler. Cappelletti har bland annat kritiserat Rasmussen för en motsägelsefull och inkonsekvent bedömning och värdering av olika rättsfall.[141] Enligt Cappelletti har dessutom Rasmussen helt enkelt fel när han hävdar att EG-domstolens stärkta position inte setts med blida ögon av andra EG-organ respektive i politiska kretsar, eftersom det anmärkningsvärda snarare är att domstolen är så allmänt respekterad inom EG/EU.[142] Som Cappelletti konstaterar kan dock uppfattningen om det goda och värdefulla i EG-domstolens starka ställning och dess bidrag till integrationsprocessen i Europa i hög grad vara avhängig bedömarens syn på integrationsprocessen som sådan.

Principiellt kan kritiken mot Rasmussens resonemang (bortsett från speciell kritik mot hans metod, definitioner av t.ex. activism, tolkning av rättsfall osv som också framförts) delas upp i två huvudfrågor. Dels kan själva hans kriterier för att pröva legitimiteten i domstolens avgöranden (dvs om domstolen blivit accepterad i politiska kretsar) kritiseras; är det inte tvärtom ett mått på en (författnings)domstols självständighet att den

137. Se preambeln st. 2: »Determined to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe,» och art. 2:»The Community shall have as its task... to promote throughout the Community... closer relations between the states belonging to it.»
138. A.a.s. 183.
139. En annan mycket kritisk analys gjordes förvisso 1992 av Coppel/O'Neill, men alldeles bortsett från att inte heller denna kritik var särskilt övertygande (jfr härom Weiler/N.J.S. Lockhart, »Taking Rights Seriously» Seriously: The European Court and its fundamental rights Jurisprudence – Part I, CMLR 1995 s. 51-94, särskilt s. 84 ff) så syftade den enbart till att visa att ECJ använt rättighetsskyddet som ett sätt att påskynda den ekonomiska integrationen inom EG; kritiken var alltså inte lika långtgående som den av Rasmussen framförda och baserades inte heller på lika diskutabla kriterier.
140. A.a.s. 42 ff resp. t.ex. s. 14, där Rasmussen talar om »society's declining taste for a precipitated process of integration». Detta skrevs väl att märka 1986, dvs under en av de perioder då integrationen inom EU varit som allra mest intensiv (vilket framförallt symboliserades av utarbetandet av planerna på den inre marknaden).
141. Is the European Court of Justice »Running Wild»?, ELR 1987 s. 3-17.
142. Jfr härtill Weiler s. 1115 f. Se även Schwarze (utg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht... s. 11: »Weder sind die Stellung und das Ansehen des Europäischen Gerichtshofes prinzipiell umstritten...»

ibland vågar gå emot de politiska makthavarna?[143] Dels kan det med Cappelletti hävdas att Rasmussen faktiskt har fel när han försöker visa att ECJ inte accepterats i politiska läger, Det är faktiskt mer slående att domstolens rika, för integrationen pådrivande, i RomF oförutsedda och till maktutövning gränsande rättstillämpning i så hög grad accepterats, av övriga EU-organ såväl som av domstolar och politiker i medlemsländerna.

143. Kritik av detta slag har framförallt förts fram av Weiler. Se The Court of Justice on Trial, CMLR 1987 s. 566 ff, särskilt s. 570. Jfr även Cappelletti, a.a.s. 6 f. Som exempel på det tveksamma i Rasmussens kriterier kan pekas på de viktiga antidiskrimineringsavgörandena, t.ex. Brown v. Board of Education (347 U.S. 483 (1954)), från S.Ct.; dessa var impopulära i stora delar av USA, även i inflytelserika politiska kretsar, men kan knappast endast därför sägas sakna legitimitet. Jfr ovan kap. 10.11.2.1.

12. Europakonventionen om mänskliga rättigheter och kontrollen över dess efterlevnad

12.1 Förfarandet inför konventionsorganen. Förutsättningar för sakprövning

Enligt art. 66 ECHR kan endast medlemsstater i Europarådet tillträda konventionen. I början av 1995 är trettiotre stater medlemmar av Europarådet. Alla dessa stater utom Andorra, Estland och Litauen har anslutit sig till ECHR och erkänt Europadomstolens jurisdiktion. Både ECHR och den övervakning av att konventionen respekteras som ECtHR utför har följaktligen mycket stor betydelse i dagens europeiska rättsliv.

Behöriga att inför konventionsorganen i Strasbourg påtala förmenta kränkningar av ECHR är enligt art. 24-25 dels alla stater som ratificerat konventionen, dels de individer eller grupper av individer som anser sig ha blivit utsatta för en kränkning.[1] Ansökningar om prövning av en påstådd kränkning skall enligt de nämnda lagrummen riktas till Europakommissionen, vilken enligt art. 20 st. 1 ECHR har lika många ledamöter som antalet konventionsstater (dvs i praktiken en från varjé medlemsstat). Kommissionen kan avgöra mål i plenum, kammare eller genom en kommitté. Ansökningar från individer som kan avgöras med ledning av redan etablerad rättspraxis prövas normalt av en kammare, vilken enligt art. 20 st. 2 skall bestå av minst sju ledamöter. Det kan noteras att ledamoten från den stat mot vilken klagomålet riktas alltid har rätt att delta i prövningen av ansökan. En kommitté om tre ledamöter kan enligt art. 20 st. 3 enhälligt besluta om avvisning eller avskrivning av mål i enklare fall. Däremot måste kommissionen in pleno enligt art. 20 st. 5 pröva ansökningar från en stat (jfr art. 24) samt ansökningar innehållande **nya rättsfrågor,** vilka ännu inte prövats.[2] Med undantag för de frågor som avgörs av en kommitté fattar kommissionen enligt art. 34 beslut med enkel majoritet; den mening som en majoritet av de närvarande och röstande ledamöterna stöder blir gällande.[3]

Klagomål från en stat mot en annan har varit mycket ovanliga; hittills har sex sådana förekommit.[4] Följaktligen dominerar ansökningar från enskilda helt konventionsorganens verksamhet. Väldigt få av dessa ansökningar når någonsin ECtHR; vid utgången

1. Enligt art. 25 st. 1 förutsätter den individuella klagorätten att den stat mot vilken klagomålet riktas godkänt att enskilda individer har denna möjlighet. Samtliga till ECHR anslutna stater har nu godtagit detta.
2. Jfr Danelius, Mänskliga rättigheter s. 47.
3. Ett undantag härifrån gäller enligt art. 29 om kommissionen efter att ha tagit upp en ansökan till behandling senare beslutar att avvisa den; för ett sådant beslut krävs 2/3 majoritet i kommissionen.
4. Se närmare om dessa fall Danelius, a.a.s. 48 f: Ett enda av dem (Irland v. U.K., som gällde förhållandena för frihetsberövade personer på Nordirland 1971-72) nådde ECtHR, som fann att en kränkning förelåg (1978, Series A, No 25).

av 1992 hade t.ex. kommissionen avvisat eller avskrivit 17.592 mål, medan bara 1.227 upptagits till prövning i sak.[5] Med andra ord har prövningen i kommissionen, inte minst dennas möjlighet att enligt art. 25-27 avvisa klagomål, stor praktisk betydelse.

Av art. 25 st. 1 i förening med art. 27 framgår att kommissionen endast prövar ansökningar från den som hävdar att han varit utsatt för, eller »offer» för en kränkning. Härvidlag gäller inga nationella begränsningar; de fördragsslutande staterna har enligt art. 1 en skyldighet gentemot »everyone», dvs alla människor i hela världen, att respektera konventionen.[6] Av kommissionens praxis är det svårt att dra några entydiga slutsatser om när kravet att den klagande skall påstå sig vara personligt drabbad av en kränkning har uppfyllts. Sålunda avvisades en ansökan om att den norska abortlagstiftningen stred mot art. 2 för att den sökande inte var personligt berörd av denna lag[7], medan en homosexuell person hade rätt att väcka talan mot det irländska förbudet mot homosexualitet, trots att han inte själv blivit straffad eller på annat sätt berörts av denna lagstiftning.[8] Då House of Lords dömde en advokat för contempt of court för att hon låtit en journalist och två tidningar läsa hemligstämplade dokument **efter att dessa lästs upp vid en offentlig rättegång**, ansågs inte journalisten och tidningarna vara offer enligt art. 25. De klagande ansåg att deras rätt att motta information (jfr art. 10) kränkts av Storbritannien, men gruppen offer kunde enligt kommissionen inte innefatta alla som eventuellt kan tänkas bli drabbade av en dom i högsta instans.[9] Däremot har i flera fall personer som **misstänkt** att de varit utsatta för telefonavlyssning och andra former av hemlig övervakning fått sina ansökningar prövade, trots att det varit oklart om övervakning förekommit; förenligheten med ECHR av övervakningen som sådan har då blivit föremål för prövning.[10]

Kriteriet att den klagande för att få sin sak prövad skall ha påstått sig ha blivit utsatt för en kränkning är således något oklart. De direkta avvisningsgrunderna i art. 27 är något enklare att fastställa innebörden av, liksom kravet i art. 26 att ansökan endast prövas inom en sexmånadersperiod från det att alla inhemska rättsmedel uttömts.[11] Det senare kravet prövas objektivt av kommissionen, varför en klagande inte kan göra gällande att han varit okunnig om existensen av ett rättsmedel eller att detta enligt honom inte varit tillräckligt effektivt.[12]

De olika avvisningsgrunderna i art. 27 är att en ansökan har en anonym avsändare, att den avser en sak som redan prövats av kommissionen eller är föremål för prövning

5. Se Danelius, a.a.s. 51.
6. Jfr dock möjligheten för staterna att enligt art. 16 begränsa utlänningars politiska aktiviteter.
7. 867/60, X v. Norway, YB IV (1961) s. 270.
8. Norris Case, dom 26 oktober 1988, Series A No. 142.
9. 10039/82, Leigh and others v. U.K., D & R 38 (1984) s. 74. Se för kritik mot denna bedömning van Dijk/van Hoof, a.a.s. 43 samt närmare om contempt of court ovan i kap. 9.4.1.2 under b.
10. Se bl.a. Klass v. Federal Republic of Germany, YB XVII (1974) s. 178.
11. Detta krav avser dock i första hand ordinära rättsmedel, inte t.ex. resningsansökningar. Inte heller klagomål till JO eller JK utgör något rättsmedel i den mening som anges i art. 26. Se närmare Danelius, a.a.s. 52 f och Göran Lysén, Europas grundlag – Europakonventionen om mänskliga rättigheter, 2 uppl, Uppsala 1993 s. 61.
12. Se Danelius s. 53 f. I de stater som är medlemmar i EU torde inte krävas att rättsmedlet förhandsbesked från ECJ (jfr art. 177 RomF) skall ha uttömts, eftersom detta ligger i händerna på en nationell domstol i den enskilda staten och inte på den sökande; jfr Lysén, a.a.s. 123.

i något annat internationellt organ[13], samt att den endera är oförenlig med innehållet i ECHR, uppenbart ogrundad (»manifestly ill-founded») eller utgör ett missbruk av ansökningsrätten.[14] Anonymitetsfallet och de om res judicata respektive litispendens påminnande situationerna återfinns i art. 27 st. 1 och torde mera sällan vålla tillämpningssvårigheter. Missbruk av rätten att väcka talan anses sällan föreligga, men under denna rubrik inkluderas t.ex. situationer då den klagande medvetet gör grundlösa anklagelser eller när ansökan blott är en förevändning för att få smäda eller rikta kränkande anklagelser mot en viss stat.[15] Avvisningsgrunden att ett klagomål är uppenbart ogrundat torde komma till användning betydligt oftare. Detta anses vara fallet när någon materiell förutsättning i ansökan brister – t.ex. om den sökande tolkat en regel i ECHR alltför extensivt – men kan då konstateras först efter en sakprövning av kommissionen (vilken dock inte behöver vara särskilt ingående).[16]

Svårast att bedöma torde vara om en ansökan är oförenlig med konventionens bestämmelser. Förutom då den klagande inte menat sig vara offer i reell mening för en kränkning (jfr på föregående sida) kan sådan oförenlighet enligt kommissionens praxis föreligga då någon klagar på kränkning av en rättighet som inte garanteras i ECHR, då klagomålet inte riktar sig mot en konventionsstat eller avser händelser som inträffat på territorium där ECHR inte är tillämplig samt när den förmenta kränkningen ägt rum innan staten i fråga tillträtt konventionen.[17]

Några av dessa avvisningsskäl är särskilt svårbedömda. Vad gäller det territoriella kravet märks att en stat mycket väl kan vara ansvarig för konventionsbrott utanför dess territorium, om den kränkande handlingen utförts av statens organ eller tjänstemän; Västtyskland har t.ex. ålagts ansvar för handlingar som utförts av dess ambassadpersonal i Marocko.[18] Att talan inte kan väckas om händelser som inträffat innan en stat anslöt sig till ECHR är naturligt och inte så mycket att orda om,

13. I detta sammanhang kan nämnas att art. 62 innehåller en förpliktelse för de fördragsslutande staterna att inte låta tvister om tolkningen av ECHR lösas på annat sätt än det i konventionen föreskrivna.
14. Av art. 27 framgår f.ö. att endast kraven i art. 26 på uttömmande av inhemska rättsmedel och anmälan inom en sexmånadersfrist skall beaktas vid mellanstatliga klagomål. Avvisningsgrunderna i art. 27 är med andra ord inte bindande för den stat som väcker talan mot en annan stat.
15. Se bl.a. Lysén, a.a.s. 63 och Cameron/Eriksson, a.a.s. 35.
16. Jfr Danelius, a.a.s. 57. Cameron/Eriksson nämner (a.a.s. 36) som exempel på en sådan uppenbart ogrundad ansökan att en klagande anser att hans i art. 9 garanterade religionsfrihet kränkts p.g.a. att han tvingats betala bilförsäkring, en argumentation som onekligen förefaller något svag. Kommissionen har dock avvisat flera klagomål som rört i de enskilda länderna uppmärksammade rättssäkerhetsfrågor. Bland dessa märks de svenska ersättningsreglerna vid s.k. fritt handredskapsfiske (Banér v. Sweden, 11763/85, D & R 60 s. 128, jfr kap. 14.1.2 och 17.1.2.2 under c.), journalisters klagomål över den s.k. Broadcasting Ban i Storbritannien (Brind and others v. U.K., 18714/91, D & R 77 A s. 42, jfr ovan i 9.4.1.3 under b.) samt det brittiska fackföreningsförbudet inom underrättelsetjänsten (Council of Civil Service Unions v. U.K., 11603/85, D & R 50 s. 228, se ovan i 9.4.2.4 under b.).
17. Se närmare Danelius s. 53 f.
18. 1611/62, X v. Federal Republic of Germany, YB VII (1965) s. 158. – För att ECHR skall bli tillämplig i gamla kolonier och andra områden för vilka medlemsstaterna kan vara ansvariga krävs enligt art. 63 att staten i fråga gör en särskild deklaration härom, vilket t.ex. Danmark gjort för Grönlands del.

men det kan påpekas att kränkningar som inletts innan en stat ratificerade konventionen **och sedan fortsatt** kan prövas.[19]

Om en ansökan tas upp till behandling skall kommissionen enligt art. 28 dels undersöka fakta i målet, dels försöka uppnå en förlikning mellan parterna. Då en förlikning nås meddelar kommissionen enligt art. 28 st. 2 detta i en rapport till de berörda parterna och ministerkommittén. Nås däremot inte en förlikning översänder kommissionen enligt art. 31 en rapport med fakta i målet samt dess egen uppfattning om rättsläget (dvs i praktiken dess bedömning av om en kränkning ägt rum) till ministerkommittén. Därefter har enligt art. 32 och 48 kommissionen samt den stat vars medborgare anser sig ha blivit kränkt respektive den stat som väckte talan vid kommissionen och den stat som talan riktas mot möjlighet att inom tre månader från ministerkommitténs mottagande av den nämnda rapporten föra målet till domstolen. (Om så inte sker skall enligt art. 32 ministerkommittén, som består av utrikesministrarna i Europarådets medlemsländer, med 2/3 majoritet uttala sin mening om huruvida en kränkning av ECHR förekommit eller ej.[20]) Sedan det nionde tilläggsprotokollet till ECHR trätt i kraft den 1 oktober 1994 har nu även de personer som ingav ansökan till kommissionen möjlighet att i detta skede föra målet till domstolen, vilket sannolikt kommer att minska ministerkommitténs roll högst väsentligt.

Domstolen har enligt art. 38 lika många ledamöter som antalet medlemsstater i Europarådet. Målen avgörs normalt av kammare med nio ledamöter, men domstolen kan också, när den finner det påkallat, sammanträda in pleno.[21] Det kan noteras att domaren från den stat mot vilken talan riktas enligt art. 43 alltid har rätt att delta som ledamot i den kammare som avgör ett mål. Avgörandena beslutas med enkel majoritet. Alla domare som är oeniga med majoriteten har rätt att ge uttryck för en avvikande mening.[22]

Domstolens avgörande är enligt art. 52-53 slutgiltigt och bindande för alla stater som ratificerat konventionen, men det bör framhållas att ECHR helt överlåter till de enskilda staterna att besluta **hur** de skall uppfylla sin skyldighet att följa konventionen och domstolens avgöranden.[23] Staterna har även möjlighet att jämlikt art. 64 st. 1 avge reservationer beträffande enskilda regler i ECHR, som de inte menar sig kunna respektera. Sådana reservationer får dock inte vara allmänt hållna utan skall avse lagar som är gällande när staten tillträder konventionen. ECtHR anser sig kunna pröva dylika reservationers giltighet.[24]

19. Jfr Cameron/Eriksson s. 29. Kommissionen slog f.ö. i det mellanstatliga målet Austria v. Italy (788/60, YB VI s. 740) fast att en kränkning som inträffat efter det att Italien, men innan Österrike ratificerat konventionen kunde påtalas av Österrike.
20. Enligt det tionde tilläggsprotokollet, som ännu inte trätt i kraft, ersätts detta krav på 2/3 majoritet med enkel majoritet.
21. Enligt nu gällande procedurregler för domstolen, som antogs i oktober 1993, avgör dock domstolen inga mål in pleno utan i stället vid behov i en stor kammare med nitton ledamöter.
22. Se art. 51.
23. Jfr Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, dom 6 februari 1976, Series A No 20 s. 18.
24. Detta slogs fast i Belilos v. Switzerland, dom 29 april 1988, Series A No 132. Denna möjlighet till reservationer kan givetvis ändå upplevas som en av skyddssystemets stora svagheter; jfr t.ex. Heribert Golzong, Der Schutz der Grundrechte durch die Europäische Menschenrechtskonvention und seine Mängel, i H. Mosler/R. Bernhardt/M. Hilf, Grundrechtsschutz in Europa, Berlin/Heidelberg/New York 1977 s. 13 f.

I tilläggsprotokoll nummer 11 till ECHR – som ännu inte trätt i kraft – föreslås mycket omfattande förändringar av kontrollorganens verksamhet och organisation, vilka skall ses mot bakgrund av det ökande antalet medlemsländer i Europarådet och konventionsorganens stora arbetsbelastning.[25] Den nuvarande kommissionen och domstolen ersätts enligt förslaget med en permanent Europadomstol, bestående av lika många ledamöter som antalet stater vilka tillträtt konventionen. Denna domstol skall sammanträda i kommittéer med tre ledamöter, kammare med sju ledamöter eller en s.k. stor kammare (»Grand Chamber») med sjutton ledamöter. Kommittéerna kommer att utföra samma prövning som den nuvarande kommissionen, medan de stora kamrarna får en funktion som motsvarar den nuvarande plenumsammansättningen i domstolen. Precis som hittills kommer ledamoten från den stat som talan riktas mot alltid att kunna delta när en kammare (eller stor kammare) skall avgöra ett mål. Vidare försvinner ministerkommitténs beslutanderätt helt. I övrigt är reglerna i sak oförändrade.[26]

12.2 De enskilda rättigheterna

12.2.1 Allmän genomgång

Själva rättighetskatalogen i ECHR återfinns i sektion 1 av konventionen, dvs art. 2-18. Av dessa bestämmelser är främst art. 2-13 sedvanliga rättighetsregler, medan art. 14-18 har en mer speciell karaktär och på olika sätt kan sägas komplettera rättighetsbestämmelserna. Vidare rymmer de olika tilläggsprotokollen (sammanlagt elva, av vilka nio trätt i kraft) flera olika rättighetsregler.

I art. 2 skyddas rätten till liv. Denna rätt har dock flera undantag, dels i olika nödvärns- eller nödvärnsliknande situationer[27] (st. 2), men också när någon döms till döden som skyldig för ett brott för vilket dödsstraff är stadgat. (ECHR förbjöd från början inte dödsstraff, men ett sådant förbud finns numera i tp 6.)

Även art. 3-4 skyddar den personliga värdigheten och integriteten. I art. 3 förbjuds tortyr och omänskliga eller förnedrande bestraffningar[28], medan art. 4 innehåller ett förbud mot slaveri och tvångsarbete. Förbudet mot tvångsarbete har dock en mängd undan-

25. Konventionsorganens arbetsbelastning har ökat drastiskt under de senaste två decennierna. Från 1959, när domstolen inledde sin verksamhet, till 1977 avgjorde domstolen endast sjutton mål. Ett antal avgöranden i slutet av 1970-talet som berörde Storbritannien (det mellanstatliga målet Ireland v. U.K. samt de yttrandefrihetsrättsliga Handyside och Sunday Times) respektive Sporrong-Lönnroth, där Sverige fälldes, bidrog sannolikt till att visa betydelsen av domstolens avgöranden och därmed till att öka intresset för möjligheten att klaga till konventionsorganen. Detta är sannolikt en av förklaringarna till att utvecklingen av ansökningsantalet under 1980- och 90-talen har varit närmast explosionsartad.
26. Se närmare Henry G. Schermers, The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights, ELR 1994 s. 367-384 med en mängd kritiska synpunkter på den föreslagna förändringen och A. Drzemczewski/J. Meyer-Ladewig, Principal Characteristics of the new ECHR Control Mechanism, HRLJ 1994 s. 81-86, med en mer positiv värdering.
27. Art. 2 måste, inte minst mot bakgrund av dessa undantagsfall, tolkas som att den inte bara omfattar fall av uppsåtligt dödande från en stats sida; se Danelius, a.a.s. 88.
28. Att beviskraven inte behöver ställas särskilt högt när det är fråga om frihetsberövade personer som anser sig ha blivit utsatta för grym behandling visas av fallet Tomasi v. France, dom 27 augusti 1992, Series A No 241-A, där klaganden ansåg sig ha blivit misshandlad under de två dygn då han hållits i förvar på en polisstation. Medicinsk utredning styrkte att han under dessa två dygn faktiskt hade ådragit sig vissa skador. Eftersom den franska staten inte kunde ge någon tillfredsställande förklaring till hur skadorna uppkommit fann ECtHR att Frankrike hade kränkt art. 3.

tag, bl.a. för värnpliktiga och interner; se art. 4 st. 3.

Det centrala fallet rörande vad som kan anses vara omänsklig eller förnedrande bestraffning enligt art. 3 är Tyrer v. U.K.[29], som gällde den på Isle of Man vanligt förekommande bestraffningsformen spöstraff. Klaganden hade i enlighet med en avkunnad dom piskats tre gånger på sin bara bakdel med ett spö av björk. Det lidande som han härigenom orsakats var enligt ECtHR inte tillräckligt för att det skulle vara fråga om omänsklig behandling, än mindre tortyr. Däremot fann domstolen, trots att den klagande inte fått några bestående fysiska men, att bestraffningen utgjort ett sådant angrepp på hans värdighet och fysiska integritet att den var förnedrande.

I ett annat mål fann ECtHR att utlämnande av en person från Storbritannien till USA, där han i sin frånvaro var dömd till döden, skulle innefatta en kränkning av art. 3.[30] ECtHR kom fram härtill efter beaktande av flera olika omständigheter, bl.a. en brist på proportionalitet i förhållande till det begångna brottet samt att den klagande efter utlämningen troligen skulle behöva vänta mellan sex och åtta år på att domen skulle verkställas. Av betydelse var också att klaganden var västtysk medborgare, varför utlämning till Västtyskland för straffverkställighet där var ett möjligt alternativ. Det är inte säkert att ECtHR skulle göra samma bedömning i ett annat mål rörande samma fråga.

Beträffande art. 4 bedömde kommissionen i ett fall om det var fråga om tvångsarbete då norska tandläkare enligt en lag från 1956 ålades att tjänstgöra i Nordnorge under högst två år. En starkt oenig kommission tog inte upp målet till sakprövning, eftersom en majoritet av ledamöterna antingen fann att det inte var fråga om sådana påfrestningar för de drabbade att situationen kunde likställas med tvångsarbete eller var av uppfattningen att det var fråga om en sådan nödsituation som enligt art. 4 st. 3c kan rättfärdiga tvångsarbete.[31] Även en belgisk lag, enligt vilken advokater tvingades utföra visst obetalt arbete, har av ECtHR ansetts vara förenlig med art. 4.[32]

Art. 5-7 innehåller ett antal processuella rättssäkerhetsgarantier. I art. 5 st. 1 räknas de fall upp då ett frihetsberövande får ske. Ett frihetsberövande som inte ryms inom någon av dessa kategorier strider alltså mot ECHR.[33] Gemensamt för dessa fall är kravet att frihetsberövandet måste ha stöd i lag. De sex godtagbara skälen till frihetsberövande är uppdelade i två grupper, dels a-c som avser personer vilka är dömda eller misstänkta för brott[34], dels d-f som tar sikte på olika former av tvångsmässig internering av t.ex. ungdomar, smittbärare, missbrukare och oönskade utlänningar. I art. 5 st. 2-5 ges så ytterligare skydd för den enskildes rättssäkerhet, bl.a. i form av en rätt att alltid bli skyndsamt informerad om grunderna för frihetsberövandet, rätt till snabb domstols-

29. Dom 25 april 1978, Series A No. 26.
30. Soering v. U.K., dom 7 juli 1989, Series A No 161. Art. 3 skyddar i princip också mot utvisning till ett land där den klagande skulle riskeras att utsättas för grym eller förnedrande behandling, även om det i konventionsorganens praxis är ont om fall där sådana situationer ansetts föreligga. Jfr Danelius, a.a.s. 101 f.
31. 1468/62, Iversen v. Norway, YB VI s. 278.
32. Van der Mussele v. Belgium, dom 23 november 1983, Series A No 70.
33. Se Lawless v. Ireland, dom 1 juli 1961, Series A No 3. – En annan fråga är givetvis vad som konstituerar ett frihetsberövande. I fallet Guzzardi v. Italy, dom 6 november 1980, Series A No 39, menade ECtHR att det inte förelåg ett frihetsberövande då en person med anknytning till maffian av domstol ålagts att vistas på en liten ö utanför Sardinien. Detta avgörande fick f.ö. senare viss betydelse i svensk rätt, eftersom denna bedömning åberopades i de bägge målen om s.k. kommunarrest för en grupp kurder (NJA 1989 s. 131 o. 1990 s. 636, anförda nedan i avsnitt 18.3). Allmänt sett förefaller ECtHR ställa tämligen höga krav på inskränkningar av rörelsefriheten för att det skall bli fråga om ett frihetsberövande, men rättsläget är inte särskilt klart. Jfr van Dijk/van Hoof, a.a.s. 253 ff.
34. I samtliga dessa fall måste det vidare finnas en avsikt att inställa den anhållne eller häktade inför domstol, vilket utesluter t.ex. att någon som misstänks ha för avsikt att begå brott berövas friheten i rent förebyggande syfte; jfr Danelius, a.a.s. 118.

prövning av detsamma[35] och rätt till ersättning om art. 5 inte iakttagits. Art. 6 garanterar en rätt till domstolsprövning inom rimlig tid[36] inte bara vid anklagelse om brott[37] utan också vid fastställandet av någons »civil rights and determinations», dvs civila (eller personliga) rättigheter och skyldigheter.[38] Denna prövning skall ske i form av »a fair and public hearing» inför en oberoende och opartisk domstol. Vidare garanteras i art. 6 en rätt till offentligt avkunnande av domen[39], en straffrättslig oskyldighetspresumtion samt vissa minimirättigheter för åtalade personer.

Den fråga som vållat störst svårigheter vid tillämpningen av art. 6 har gällt innebörden av uttrycket »civila rättigheter och skyldigheter». Inte minst har Sverige vid flera tillfällen fällts av ECtHR för att möjligheten att få sådana frågor prövade av domstol saknats. Detta gäller bl.a. fallen Sporrong-

35. Denna regel (i art. 5 st. 3) tar enligt sin ordalydelse enbart sikte på personer som är berövade friheten p.g.a. att de är misstänkta för brott. Här är frågan först och främst vad som skall förstås med en domare eller »annan ämbetsman utrustad med domsmakt». Framförallt har frågan gällt om olika åklagare i t.ex. Schweiz och Italien vilka varit inblandade i brottsutredningar mot de misstänkta men inte själva skolat utföra talan inför domstol haft den grad av oberoende gentemot övriga statliga myndigheter som måste krävas. ECtHR ansåg detta i fallet Schiesser v. Switzerland, 4 december 1979, Series A No 34, men har senare frångått denna bedömning i Huber v. Switzerland, dom 23 oktober 1990, Series A No 188 och Brincat v. Italy, dom 26 november 1992, Series A No 249. Vidare är frågan vilken tidsåtgång som är rimlig innan den frihetsberövade ställs inför denne med domsmakt försedde person. Sverige har här fällts i flera fall för att tidsåtgången varit för lång, vilket framtvingat en ändring av de svenska bestämmelserna om häktning innebärande att det får gå högst fyra dygn från ett frihetsberövande tills en häktningsförhandling äger rum (se RB 24:13 st. 2). ECtHR har i ett fall funnit att en tid om fyra dagar **och sex timmar** stred mot art. 5 (Brogan and others v. U.K., dom 29 november 1988, Series A No 145 B). Rätten till *skyndsam domstols*prövning av ett frihetsberövande garanteras även i art. 5 st. 4, som dock endast blir tillämplig då inte det ursprungliga beslutet om frihetsberövande fattats av en domstol; jfr Danelius, a.a.s. 130. I ett fall som gällde frihetsberövande i väntan på utlämning hade klaganden två gånger yrkat att bli frigiven. Domstolsbeslutet dröjde i ena fallet trettioen och i andra fyrtiosex dagar. Bägge dessa tidsfrister ansågs stå i strid med art. 5 st. 4 (Sanchez-Reisse v. Switzerland, 21 oktober 1986, Series A No 107).
36. Frågan vad som utgör rimlig tid får bedömas från fall till fall. Denna bestämmelse tar inte sikte på frihetsberövade personer, vilka kan åberopa de hårdare kraven i art. 5, utan syftar endast till att främja rimlig snabbhet och effektivitet i rättsväsendet. Huruvida rättegången inletts inom rimlig tid beror därför till viss del på parternas förhållanden. ECtHR fann i ett mål (X v. France, dom 31 mars 1992, Series A No. 234 – C) som gällde talan om skadestånd mot franska staten, till följd av att klaganden fått AIDS efter en blodtransfusion, att även små förseningar (målet hade pågått i två år) innebar att art. 6 kränkts på denna punkt. Klaganden avled f.ö. kort tid innan ECtHR meddelade sin dom.
37. Denna rättighet gäller dock inte vid rent disciplinära förfaranden. Se om gränsdragningen mellan dessa och anklagelser för brott Danelius i SvJT 1991 s. 287 f. Fallet Demicoli v. Malta (dom 27 augusti 1991, Series A No. 210) kan nämnas i sammanhanget. Här var klaganden en person som i en maltesisk tidskrift hade uttalat sig nedsättande om två parlamentsledamöter, varefter han av parlamentets ena kammare dömdes till böter för brott mot de parlamentariska privilegierna. Eftersom Demicoli inte var parlamentsledamot och brottet begåtts utanför parlamentet fann ECtHR att det här var fråga om en anklagelse för brott och att art. 6 därför kränkts när saken inte prövades av domstol.
38. Termen »civil rights» är svår att på ett adekvat sätt översätta till svenska, eftersom uttrycket civila rättigheter lätt för tanken till det civilrättsliga fältet. I den ledande svenska kommentaren till ECHR (Danelius) används dock genomgående termen »civila rättigheter», varför även jag, i brist på bättre, i första hand begagnar mig av denna kanske inte helt relevanta term.
39. Däremot garanteras inte att själva rättegången är offentlig; enligt art. 6 kan tvärtom media och allmänhet utestängas från en rättegång av hänsyn till moral, allmän ordning eller nationell säkerhet.

Lönnroth[40], som gällde giltigheten av förlängning av expropriationstillstånd, Pudas[41], som gällde återkallelse av trafiktillstånd, Tre Traktörer AB[42], som gällde tillstånd att servera alkoholdrycker och Allan Jacobsson[43], som gällde byggnadstillstånd. Denna och annan praxis från ECtHR har visat att den nationella klassificeringen av en rättighet saknar betydelse för om denna är en »civil» rättighet enligt art. 6, en bestämmelse som i dag omfattar en mängd olika frågor av bl.a. social- och förvaltningsrättslig natur.[44] Vidare är det tydligt att den svenska tradition, enligt vilken en mängd administrativa frågor endast prövats av myndigheter, med regeringen som sista instans, i otillräcklig grad garanterar »*access to justice*» och därför är svårförenlig med art. 6.[45]

Kraven på domstolens oberoende och opartiskhet har av ECtHR ställts mycket högt. När någon av domarna i målet tidigare haft beröring med fallet som åklagare har ECtHR funnit att art. 6 kränkts[46], liksom när ordföranden i domstolen före rättegången vid flera tillfällen fattat beslut om häktning. I detta mål, Hauschildt v. Denmark, var dock omständigheterna något särpräglade genom att den tillämpade häktningsgrunden avsåg en särskilt hög grad av misstanke.[47] Specialdomstolar med deltagande av expertledamöter eller representanter för olika intressegrupper har i flera fall godtagits av ECtHR[48], men det gick sämre för den svenska Bostadsdomstolen som i Langborgermålet inte ansågs vara en opartisk domstol.[49] Klaganden i detta mål ville bli av med den s.k. förhandlingsklausul han hade i sitt hyreskontrakt, enligt vilken hans hyra bestämdes genom förhandlingar mellan parterna på bostadsmarknaden. Hans rätt att själv få förhandla om sin hyra prövades av Bostadsdomstolen, där representanter för fastighetsägarnas och hyresgästernas intresseorganisationer deltog. Under sådana omständigheter ansåg inte ECtHR att Langborger fått sin sak prövad av en opartisk instans. Även fallet Holm mot Sverige[50] är av intresse. I detta mål hade en författare, Hansson, i en bok riktat anklagelser mot Holm för samröre med högerextremistiska organisationer, varefter Holm väckte talan mot Hansson för förtal. Hansson var aktiv medlem av det socialdemokratiska partiet och boken var utgiven på ett av socialdemokraterna ägt förlag. Holm var däremot en uttalad motståndare till detta parti och hade bl.a. varit med om att bilda en stiftelse med uppgift att motarbeta det. Inför tryckfrihetsrättegången gjorde Holm en jävsinvändning mot de socialdemokratiska jurymedlemmarna, men denna ogillades av såväl tingsrätt som hovrätt. Juryn, som efter lottning fick en majoritet av socialdemokratiska ledamöter (fem av nio) friade Hansson. ECtHR fann att art. 6 kränkts.

Kravet på en rättvis[51] (»fair») rättegång har i några fall av ECtHR ansetts innefatta ett krav på muntlig förhandling även i överinstans. Detta tycks gälla när *sak*förhållandena i målet är tvistiga eller nya sakförhållanden anförs i överinstansen[52], men däremot inte när den högre instansens präv-

40. Dom 23 september 1982, Series A No 52.
41. Dom 27 oktober 1987, Series A No 125 – A.
42. Dom 7 juli 1989, Series A No 159.
43. Dom 25 oktober 1989, Series A No 163.
44. Se närmare härom bl.a. Danelius, a.a.s. 140 ff samt dens. i SvJT 1994 s. 346 ff.
45. För att råda bot på detta problem infördes lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut, som ger RegR möjlighet att efter ansökan av en part pröva rättsenligheten av sådana förvaltningsbeslut som tidigare var helt undandragna domstolsprövning. RegR kan dock inte ändra ett eventuellt felaktigt beslut, utan endast upphäva det och återförvisa ärendet till den myndighet som fattat beslutet.
46. Se Piersack v. Belgium, dom 1 oktober 1982, Series A No 53 och De Cubber v. Belgium, dom 26 oktober 1984, Series A No 86.
47. Dom 24 maj 1989, Series A No 154.
48. Jfr Danelius, a.a.s. 155.
49. Dom 22 juni 1989, Series A No 155.
50. Dom 25 november 1993, Series A 279 – A.
51. Jfr här om den språkliga frågan Danelius s. 157, till vars uppfattning att »fair trial» på svenska bäst översätts med **rättvis** – inte opartisk – rättegång jag helt ansluter mig.
52. Jfr Ekbatani v. Sweden, dom 26 maj 1988, Series A No 134, där det förelåg motstridiga uppgifter mellan målsäganden och den tilltalade om vad som inträffat och Sverige därför ansågs ha kränkt art. 6 genom att hovrätten vägrade hålla huvudförhandling. I fallet Helmers v. Sweden, dom 29 oktober 1991, Series A No 212-A, var det målsäganden i en rättegång som väckte talan mot Sverige för att hovrätten vägrat hålla muntlig huvudförhandling. Mot bakgrund av att

ning enbart avser de rättsliga aspekterna i ett visst mål.[53] Om ingen muntlig förhandling alls ägt rum eller den tilltalade inte kallats till rättegången är det närmast självklart att art. 6 kränkts.[54] Detta gäller också om den tilltalade eller en part i ett tvistemål befunnit sig i någon form av underläge under rättegången, t.ex. om han före densamma pekats ut av ett vittne som sedan inte hörts i målet.[55]

I art. 7 kommer den straffrättsliga legalitetsprincipen – inget straff eller brott utan lag – till uttryck. I art. 7 st. 2 görs dock ett undantag för brott som var straffbara när de begicks, i enlighet med »the general principles of law recognised by civilised nations». Detta undantag tar helt sikte på krigsförbrytelser begångna under eller omedelbart efter det andra världskriget, för vilka några tillämpliga straffstadganden måhända inte gäller om brottet avslöjas långt senare.[56]

Art. 8 skyddar den personliga friheten i form av rätten till respekt för privat- och familjelivet, hemmet och korrespondensen.[57] Den allmänna rörelsefriheten skyddas i art. 2 i tp 4 (för den som lagligen befinner sig på ett visst område). Dessa regler har tillsammans med de traditionella medborgerliga och politiska rättigheterna i art. 9-11 (religionsfriheten, yttrande- och informationsfriheten, mötes- och föreningsfriheten) en speciell struktur, som innebär att ett antal godtagbara skäl för begränsningar räknas upp i st. 2 i respektive bestämmelse (st. 3 för rörelsefrihetens del). Gemensamt för rättigheterna är att alla begränsningar måste ha stöd i lag eller åtminstone vara lagenliga[58] (»in accordance with the law», »prescribed by law») och vara **nödvändiga i ett demokratiskt samhälle.**[59]

Den personliga frihet eller integritet som skyddas i art. 8 kan, när de nyssnämnda kraven är uppfyllda, begränsas av hänsyn till nationell säkerhet, allmän säkerhet eller ekonomisk stabilitet (»economic well-being of the country»), för att förebygga brottslighet

frågan – enskilt åtal för ärekränkning – ansågs gälla Helmers' civila rättigheter och denne inför hovrätten anförde delvis ny argumentering, som inte prövats av hovrätten, ansåg ECtHR att muntlig huvudförhandling borde ha hållits och att art. 6 kränkts när så inte skett.

53. Jfr Danelius, a.a.s. 158 f m.h.t. praxis.
54. Ibid s. 159 f m.h.t. praxis.
55. Ibid s. 162 ff m.h.t. praxis.
56. Se t.ex. Danelius, a.a.s. 180 f.
57. Omfånget av skyddet för korrespondensen har prövats i några fall under senare år. I Campbell v. U.K. (dom 25 mars 1992, Series A No 233) slog ECtHR fast att en fånge har rätt till en i princip ostörd korrespondens med sin advokat och en oinskränkt rätt till korrespondens med Europakommissionen. I och med att bägge formerna av korrespondens kontrollerats förelåg ett (eller snarare två) brott mot art. 8. I Pfeifer and Plankl v. Austria (dom 25 februari 1992, Series A No 227) hade en undersökningsdomare tagit del av korrespondensen mellan två fångar och strukit över vissa passager i ett brev som innehöll kritik av förhållandena på fängelset. Även här förelåg en kränkning av art. 8.
58. Vad gäller detta krav fastslog ECtHR i Sunday Times v. U.K.(1), dom 26 april 1979, Series A No 30 att också begränsningar i allmänt känd, **oskriven** lag kan godtas. Denna måste dock vara preciserad och tillgänglig för allmänheten, så att den enskilde kan förutse de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande (vilket i detta fall ansågs vara fallet med de brittiska common law-regler som var föremål för bedömning). Jfr även Barthold v. Federal Republic of Germany, dom 25 mars 1985, Series A No 90 samt van Dijk/van Hoof, a.a.s. 578 ff med utförlig genomgång av praxis.
59. Van Dijk/van Hoof menar (a.a.s. 583 f), att domstolens prövning av om begränsningskriterierna är uppfyllda, när det konstaterats att en begränsning ägt rum sker i tre steg: Först prövas om kravet på lagenlighet är uppfyllt, därefter om syftet med begränsningen ryms inom st. 2 i ifrågavarande bestämmelse och sist om begränsningen verkligen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Se även Christoph Engel, Der Ordnungsvorbehalt in den Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, SJiR 1989 s. 43 ff m.h.t. praxis och litteratur.

eller instabilitet (»disorder») samt till skydd för hälsa, moral eller andras rättigheter. För yttrandefrihetens del (art. 10 st. 2) tillkommer begränsningsgrunderna territoriell integritet (däremot sägs här inget om det ekonomiska välbefinnandet i staten), förebyggande av brott mot tystnadsplikt samt bevarandet av domstolarnas oväld och auktoritet, medan religionsfriheten (art. 9 st. 2) nöjer sig med allmän säkerhet, allmän ordning, hälsa, moral och andras rättigheter. Begränsningar av mötes- och föreningsfriheten respektive rörelsefriheten kan ske för samma ändamål som för religionsfrihetens del, vartill kommer en generell möjlighet att begränsa dessa rättigheter för polisers, militärers och statstjänstemäns del (art. 11 st. 2 in fine)[60] respektive i »särskilda områden», vilket är en vidsträckt och opreciserad formulering (art. 2 i tp. 4 st. 3-4).[61]

Familjelivet och äktenskapet som institution skyddas även i art. 12, som tillerkänner alla vuxna män och kvinnor rätten att gifta sig och bilda familj.[62]

Flera av de mer uppmärksammade fall där ECtHR bedömt om skyddet för privatlivet kränkts har gällt hemlig övervakning av enskilda från säkerhetspolis. Som nämndes ovan i 12.1 har det i dessa fall inte ställts något krav från konventionsorganens sida på att den klagande verkligen skall visa att han varit utsatt för övervakning, utan blotta misstanken om att så skett har räckt för att saken skall ha tagits upp till sakprövning. De mål som avgjorts av ECtHR har så gällt förenligheten med ECHR i de övervakningsformer som varit tillåtna enligt nationell rätt.

I fallet Klass and others v. Federal Republic of Germany[63] fann ECtHR att telefonavlyssning var en enligt art. 8 st. 2 godtagbar metod för att skydda den nationella säkerheten. I det tyska system för telefonavlyssning som var föremål för bedömning i detta fall fanns dock flera inbyggda rättssäkerhetsgarantier: En regeringsledamot hade rätt att vid misstanke om brott mot rikets säkerhet fatta beslut om telefonavlyssning, men detta beslut granskades och kunde ändras av en domarledd kommission. Den som misstänkte att han var avlyssnad kunde vända sig antingen till denna kommission eller till BVerfG för att få beslutets laglighet prövad. När avlyssningen upphörde fick det ansvariga statsrådet ta ställning till om den misstänkte skulle underrättas. Om han inte blev underrättad kunde den nämnda kommissionen ändra detta beslut och om så inte skedde var denna skyldig att regelbundet pröva när förutsättningar förelåg för att underrätta den som varit avlyssnad.[64]

Bedömningen blev en annan i fallet Malone v. U.K.[65], där ECtHR fann den brittiska regleringen av tillåtligheten av telefonavlyssning (och brevkontroll) mycket oklar, bl.a. för att det inte framgick i vilka avseenden ett avlyssningsbeslut var reglerat i lag och i vilka avseenden det var överlämnat

60. Detta var den konkreta orsaken till att förbudet mot facklig verksamhet inom den brittiska underrättelsetjänsten enligt Europakommissionen inte stred mot art. 11 (jfr ovan i kap. 9.4.2.4 under b.).
61. En viss debatt har förts i doktrinen om huruvida rättigheterna i ECHR generellt är underkastade s.k. »*implied limitations*», dvs självklara begränsningar eller sådana som endast begränsar formerna för utövandet av en rättighet (jfr ovan kap. 1.6 om den teoretiska debatten, kap. 7.2.2 om tysk o. 15.1.3 om svensk rätt). Enighet tycks råda i doktrinen om att sådana begränsningar åtminstone inte gäller för de rättigheter i art. 8-11 samt i art. 2 tp. 4 vars tillåtna begränsningsgrunder angivits särskilt; jfr van Dijk/van Hoof, a.a.s. 575 ff och J.G. Merrills, The development of international law by the European Court of Human Rights, Manchester 1990 s. 79 f.
62. Däremot kan art. 12 enligt ECtHR inte grunda en rätt till skilsmässa, varför det irländska förbudet mot skilsmässor inte ansågs stå i strid med art. 12, trots att det kan hindra en person från att gifta sig med någon annan. Se Johnston and others v. Ireland, dom 18 december 1986, Series A No 112. Se även Marckx v. Belgium, dom 13 juni 1979, Series A No 31.
63. Dom 6 september 1978, Series A No 28.
64. Jfr ovan i kap. 9.4.2.5 under b. in fine för en jämförelse med den nuvarande brittiska regleringen.
65. Dom 2 augusti 1984, Series A No. 82.

till polismyndighetens administrativa skön. Härigenom saknades det minimum av rättssäkerhet och förutsebarhet som art. 8 kräver.[66]

Svenska bestämmelser på detta område har prövats i Leander-fallet[67], där klaganden var en snickare som inte fått anställning vid Karlskronavarvet på grund av att uppgifter om honom lämnats till en arbetsgivare efter av säkerhetspolisen genomförd s.k. personalkontroll. ECtHR fann att utlämnandet av dessa uppgifter till arbetsgivaren i förening med en vägran att låta Leander själv ta del av uppgifterna utgjorde ett allvarligt ingrepp i respekten för Leanders privatliv, men fann detta ingrepp godtagbart jämlikt begränsningsmöjligheterna i art. 8 st. 2. (Tre domare av sju menade däremot att de svenska bestämmelserna stred mot art. 13.) Avgörande härför var, förutom att syftet med personalkontrollen (dvs att värna nationens säkerhet) var godtagbart, att det svenska systemet ansågs innehålla tillräckliga garantier mot rent missbruk. Visserligen hade polisen stor frihet att avgöra vad som fick registreras, men ren åsiktsregistrering är enligt RF förbjuden.[68] Bestämmelser om vem som hade rätt att ta del av uppgifterna och hur detta skulle ske fanns, liksom en rättslig övervakning i form av t.ex. JO:s och JK:s kontroll som enligt domstolens majoritet var tillräcklig. ECtHR prövade också om ingreppet var nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, vilket enligt domstolen endast kunde bedömas efter en avvägning mellan den nationella säkerheten och klagandens rätt till respekt för sitt privatliv. I detta fall ansåg således majoriteten att kraven i art. 8 st. 2 var uppfyllda, men denna dom är representativ för en viss typ av avgöranden från ECtHR, där domstolen i svåra fall nöjer sig med att hänvisa till att en avvägning mellan olika intressen måste ske, varefter resultatet av denna avvägning redovisas. Vad som egentligen varit avgörande för utgången är i sådana fall svårt att veta, om det inte helt enkelt är så att ECtHR i vissa fall helst vill följa den bedömning som gjorts i medlemslandet.[69]

Andra uppmärksammade mål har gällt frågor om sexuell identitet.

I två fall har lagstiftning på Irland respektive Nordirland som kriminaliserade homosexuella handlingar ansetts strida mot art. 8, trots att de klagande som nämnts ovan i 12.1 inte blivit föremål för något myndighetsingripande eller på annat sätt drabbats av lagen. De begränsningar av rätten till privatliv som förekommit hade visserligen stöd i lag, men ansågs inte vara motiverade av någon »pressing social need» och var därför oproportionerliga i förhållande till syftet.[70] Även de mål som gällt transsexuella personer är av intresse. Fallet Rees v. U.K. gällde en person som bytt kön men inte fått sitt nya kön registrerat i diverse officiella handlingar. Detta faktum, att myndigheterna alltså inte automatiskt ändrade uppgifter i officiella handlingar till följd av att könsbyte skett, stred enligt ECtHR inte mot art. 8.[71] Bedömningen blev däremot en annan i fallet B. v. France, vilket berodde på att situationen för den som bytt kön ansågs vara svårare i Frankrike än i Storbritannien. Bland annat fanns det helt enkelt i Frankrike fler officiella dokument som angav kön och det föreföll inte helt säkert att det var möjligt att byta till ett nytt, för den nya könstillhörigheten mer passande förnamn. Alltså hade art. 8 kränkts.[72]

Skyddet för familjelivet har blivit ett av de i Sverige mest uppmärksammade inslagen i ECHR, vilket beror på ett antal mål som gällt svenska bestämmelser om vårdnad av

66. På samma sätt bedömdes liknande franska bestämmelser om telefonavlyssning i fallen Huvig och Kruslin v. France, dom 25 april 1990, Series A No 176 – A o. B.
67. Dom 26 mars 1987, Series A No 116.
68. Se RF 2:3 st. 1.
69. Se närmare nedan i avsnitt 12.3.
70. Norris v. Ireland, dom 26 oktober 1988, Series A No 142 och Dudgeon v. U.K., dom 22 oktober 1981, Series A No 45. Se även Modinos v. Cyprus, dom 22 april 1993, Series A No 259, där bedömningen blev densamma trots att åtal för homosexuella handlingar inte längre väcktes på Cypern.
71. Dom 17 oktober 1986, Series A No 106.
72. Dom 25 mars 1992, Series A No 232 – C. Det kan noteras att detta mål avgjordes in pleno, med röstsiffrorna 15-6.

barn. Framförallt de vida svenska möjligheterna för myndigheter att skilja barn från föräldrar och omhänderta barnen för placering i fosterhem har kommit att bli omdiskuterade. Att det i sådana fall är fråga om ett ingrepp i art. 8 är givet, men detta ingrepp kan i och för sig vara godtagbart enligt art. 8 st. 2.

Två sådana mål har gällt familjen Olsson. Det första målet gällde bl.a. om de svenska lagreglerna på området var tillräckligt klara och tydliga, vilket bedömdes vara fallet. Däremot ansågs det faktum att tre barn placerats i två olika fosterhem på långt avstånd både från varandra och från föräldrarnas hemort strida mot art. 8. I det andra målet ansågs inskränkningar i föräldrarnas umgängesrätt med barnen under den tid barnen haft s.k. flyttningsförbud strida mot art. 8, varvid poängterades att dessa inskränkningar inte haft stöd i svensk lag.[73] Situationen var densamma i fallet Eriksson, där särskilt flyttningsförbudets – och den därav följande begränsade umgängesrättens – långa varaktighet ansågs strida mot art. 8.[74] I fallet Margareta och Roger Andersson ansågs de begränsningar i umgängesrätten som förekommit rent allmänt vara för långtgående och därigenom strida mot art. 8.[75]

En annan typ av mål rörande skydd för familjelivet har gällt olika utlämnningssituationer eller frågor om uppehållstillstånd för familjer som velat leva tillsammans. I fallet Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. U.K.[76] var klagandena tre i Storbritannien bosatta kvinnor, vars män vägrades uppehållstillstånd av de brittiska myndigheterna. ECtHR fann att art. 8 visserligen grundade en rätt att leva tillsammans, men däremot inte en rätt att välja bosättningsort. Eftersom inga hinder fanns för sammanlevnad i klagandenas eller männens hemländer kränkte inte de brittiska myndigheternas beslut att vägra männen uppehållstillstånd art. 8. Bedömningen blev däremot annorlunda i fallet Berrehab v. Netherlands[77], där klaganden var en marockan som önskade rätt till umgänge med sin i Holland bosatta dotter. Klaganden var skild från barnets mor. ECtHR fann trots att makarna inte längre levde tillsammans att det förelåg en familjerelation som skyddades av art. 8, varför de holländska myndigheternas beslut att vägra klaganden uppehållstillstånd stred mot hans rätt till skydd för familjelivet. Beslutet ansågs vidare inte godtagbart enligt art. 8 st. 2, varvid beaktades att mannen under flera år bott i Holland och hade nära personliga band med sin dotter. Huruvida dotterns existens eller mannens fleråriga bosättning i Holland var den avgörande skillnaden jämfört med Abdulaziz-fallet är svårt att avgöra, men det är klart att Berrehabs anknytning till Holland var starkare än de ovälkomna männens band till Storbritannien i det förra fallet.

En annan typ av fall i denna kategori är de där personer som tillhör den s.k. andra generationen av invandrare hotats av utvisning. I fallet Moustaquim v. Belgium[78] hotades en ung marockan, som bott i Belgien sedan han var två år och vars föräldrar och syskon också bodde där, av utvisning för vissa inte särskilt allvarliga brott, av vilka det sista begåtts tre år före utvisningsbeslutet. Eftersom klaganden helt var uppvuxen i Belgien och endast besökt Marocko vid två semesterresor var ingreppet oproportionerligt och en kränkning av skyddet för familjelivet. Intressant är att ECtHR kom till samma slutsats i Beldjoudi v. France[79], där omständigheterna var annorlunda. Klaganden, som var algerisk medborgare, hade bott i Frankrike hela sitt liv och var gift med en fransyska. Han hade begått allvarligare brott än Moustaquim och som mest dömts till åtta års fängelse (varefter beslut om utvisning fattats). Även här fann ECtHR utvisningen oproportionerlig, trots att syftet med den (att förebygga oordning och brott) var förenligt med art. 8 st. 2. Avgörande för bedömningen var

73. Se Olsson (1), dom 24 mars 1988, Series A No 130 och (2), dom 27 november 1992, Series A No 250.
74. Dom 22 juni 1989, Series A No 156. Däremot blev bedömningen en annan i fallet Rieme (dom 22 april 1992, Series A No 226 – B), där ett flyttningsförbud som varit i kraft i fem år med hänsyn till omständigheterna kunde anses försvarligt. Några slutsatser om hur långvarigt ett flyttningsförbud får vara är uppenbarligen svåra att dra.
75. Dom 25 februari 1992, Series A No 226 – A.
76. Dom 28 maj 1985, Series A No 94.
77. Dom 21 juni 1988, Series A No 138.
78. Dom 18 februari 1991, Series A No 193.
79. Dom 26 mars 1992, Series A No 234-A.

klagandens mycket starka anknytning till Frankrike, där han bott i hela sitt liv. Han hade f.ö. haft franskt medborgarskap men förlorat det på grund av att hans föräldrar inte i tid avgivit en förklaring om bibehållande av det. Eftersom han inte talade arabiska skulle han troligen få svårt att anpassa sig i Algeriet. (Domen meddelades i mars 1992, innan de politiska oroligheterna i Algeriet trappades upp. Det politiska läget där influerade sannolikt inte domstolens bedömning.)

Vad gäller art. 12 har ECtHR i några fall betonat att det viktiga är att olika begränsningar av rätten att ingå äktenskap som kan finnas i nationell rätt inte inskränker denna rättighets »substantiella innehåll» (»*the very essence of the right*»). Om detta begrepp är liktydigt med det från tysk rätt välkända begreppet väsensinnehåll[80] är svårt att bedöma, men givetvis är det något i sak liknande som föresvävat ECtHR. Utgången i målet F. v. Switzerland är mot den bakgrunden begriplig, eftersom klaganden där av schweizisk domstol förbjudits att ingå nytt äktenskap under en tid av tre år på grund av att han tidigare ingått en form av skenäktenskap. Beslutet följde av schweizisk lag, enligt vilken en domstol som dömde till skilsmässa i vissa fall skulle fastställa en tid under vilken en part inte fick gifta om sig. Denna reglering ansågs av ECtHR inkräkta på essensen eller det substantiella innehållet i rätten att ingå äktenskap och stred sålunda mot art. 12.[81]

Vad gäller yttrandefriheten har ECtHR i en mängd fall betonat dennas centrala betydelse i ett demokratiskt samhälle.[82] Detta innebär dock inte att begränsningar av yttrandefriheten visat sig vara omöjliga att genomföra eller att ECtHR varit särskilt kritisk mot sådana begränsningar.[83]

Som exempel kan hävisas till fallet Handyside v. U.K., där de brittiska myndigheterna förbjudit spridningen av en skrift av danskt ursprung, som innehöll viss sexualupplysning. Skriften hade använts i sexualundervisning i danska skolor men ansågs tydligen vara för djärv för brittiska skolbarn. ECtHR uttalade att det var naturligt att moraluppfattningar varierade mellan olika länder och tider, varför de brittiska myndigheternas ingripande inte stred mot art. 10.[84]

Domen i Handyside kom 1976. Att praxis i ECtHR även långt senare varit nog så restriktiv visas av fallet Müller and others v. Switzerland från 1988, där vissa tavlor som utställts offentligt i en schweizisk stad hade konfiskerats för att de ansågs ha obscena motiv. Konstnären blev också dömd till böter. ECtHR betonade även här att moraluppfattningen varierar med tid och plats, varför ingen kränkning av art. 10 skett.[85]

80. Se ovan kap. 7, särskilt 7.4.2. Jfr även kap. 19.6.
81. Dom 18 december 1987, Series A No 128. En något märklig bedömning gjordes på denna punkt i det tidigare nämnda målet Rees v. U.K., där en av klagandens invändningar var att han efter sitt könsbyte inte hade rätt att gifta sig med en kvinna. Detta hinder mot rätten att ingå äktenskap var dock enligt ECtHR inte något ingrepp i det substantiella innehållet i art. 12, eftersom det avsåg personer som inte var av olika biologiskt kön. Denna bedömning kan tyckas vara märklig, eftersom en av poängerna med att byta kön rimligen måste vara att efter könsbytet räknas till det nya könet, med de konsekvenser som följer härav, men den upprätthölls i Cossey v. U.K., dom 27 september 1990,Series A No 184.
82. Se bl.a. Handyside v. U.K., dom 7 december 1976, Series A No 24 och Sunday Times (1), dom 26 april 1979, Series A No 30.
83. En annan bedömning görs av Inger Österdahl, Tiga är silver, men tala är guld: Det internationella skyddet av yttrandefriheten, TfR 1994 s. 699. Enligt Österdahl har ECtHR »på ett allt bestämdare sätt skyddat yttrandefriheten från försök till inskränkningar». Det är i och för sig möjligt att en helhetsbedömning av domstolens praxis visar en sådan tendens, men denna kan i så fall inte sägas vara entydig.
84. Series A No 30.
85. Dom 24 maj 1988, Series A No 133. Förutom vad gäller moraluppfattningar har domstolens praxis varit särskilt restriktiv i mål som gällt statens säkerhet; jfr bl.a. Lysén, a.a.s. 87 f och Österdahl, a.a.s. 720 f. Som exempel på en ganska snäv tolkning av art. 10 i sådana fall kan förutom Leanderfallet även nämnas de avgöranden som gällt s.k. yrkesförbud (»Berufsverbot») i Tyskland, där personer avskedats från sina arbeten för att de givit uttryck för extrema politiska åsikter. ECtHR fann här att det inte var fråga om intrång i yttrandefriheten, eftersom de

En tendens i domstolens praxis har dock varit att yttranden i politiska ämnen och andra samhällsfrågor åtnjutit ett starkare skydd än andra typer av yttranden.[86]

Detta har bl.a. märkts i några avgöranden rörande förhållanden i Österrike. I fallet Lingens hade klaganden dömts för ärekränkning av en österrikisk domstol efter att ha kritiserat den förre förbundskanslern Bruno Kreisky. »Brottet» bestod i att Kreiskys hållning i en viss fråga beskrivits som omoralisk och opportunistisk. ECtHR fann att domen stred mot art. 10 och betonade bl.a. att en politiker måste finna sig i hårdare kritik än en privatperson.[87] Även i fallet Oberschlick hade klaganden dömts för ärekränkning, här efter att ha anklagat en politiker för nazistiska åsikter. På liknande grunder som i Lingens-målet fann ECtHR att en kränkning av art. 10 förelåg.[88] I fallet Schwabe var bakgrunden till den fällande domen för ärekränkning att klaganden i en tidningsartikel hade anklagat regeringschefen i Kärnten för dubbelmoral, på grund av att denne kritiserat en borgmästare från ett annat parti som varit inblandad i en trafikolycka, samtidigt som hans egen partikamrat en gång orsakat en trafikolycka genom att köra bil onykter. ECtHR fann att artikeln enbart syftade till att visa att politikern i fråga använde skilda måttstockar för politiker från olika partier, varför artikeln var ett tillåtet utnyttjande av yttrandefriheten och den fällande domen stred mot art. 10.[89] Dessa tre fall antyder att det kanske inte är särskilt »högt i tak» vad gäller kritik mot politiker i Österrike och att ECtHR **inte på samma sätt som när det gäller moraliska värderingar** under hänvisning till att olika länder har olika traditioner överser med detta.[90]

Även de bägge Sunday Times-målen, vilka genomgåtts ovan i kap. 9., gällde samhällsfrågor[91]: Det första gällde som nämnts artiklar om ett farligt läkemedel, vilka publicerades samtidigt som en skadeståndsprocess pågick och därför ansågs utgöra contempt of court, eftersom domstolen ansågs kunna bli påverkad, medan det andra alltså avsåg det s.k. Spycatcher-målet. I bägge fallen ansåg ECtHR att art. 10 kränkts, även om detta i Spycatcherfallet blott gällde tiden efter det att boken publicerats i USA.[92] I dessa fall har brittiska argument om rättstraditioner, vikten av att värna natio-

klagande inte drabbats av något straff för sina ställningstaganden. Se Glasenapp v. Germany, dom 28 augusti 1986, Series A No 104 och Kosiek v. Germany, samma datum No 105. Till saken hör att frågan om tillträde till offentliga tjänster överhuvudtaget inte regleras i ECHR, eftersom enskilda länder anses ha rätt att själva reglera detta. Att all undervisning i Tyskland måste vara lojal mot grundlagen framgår f.ö. också av art. 5 st. 3 GG (jfr ovan kap. 7.1.5 o. 7.2.2.1). Det kan dock diskuteras om inte skyddet för yttrandefriheten i art. 10 även bör omfatta andra sanktioner för politiska yttranden än rena straff; jfr Danelius, a.a.s. 212.

86. En annan tendens är att reklam och andra kommersiella yttranden åtnjuter ett svagare skydd än opinionsbildande yttranden av olika slag. Art. 10 omfattar t.ex. inte någon rätt att sända reklam i radio och TV, vilket kommissionen slog fast i det i Sverige välkända Radio Nova-fallet (17505/90, beslut 11 januari 1993).
87. Dom 8 juli 1986, Series A No 103.
88. Dom 23 maj 1991, Series A No 204.
89. Dom 28 augusti 1992, Series A No 242-B.
90. Här kan även hänvisas till målet Castells v. Spain (dom 23 april 1992, Series A No 236), där klaganden var en baskisk separatist med säte i den spanska senaten som i en tidskriftsartikel anklagat den spanska regeringen för att många mord och andra våldsdåd i Baskien inte klarades upp. Till följd av denna kritik och direkta anklagelse mot den spanska regeringen ådömdes Castells ett ettårigt fängelsestraff. ECtHR menade dock att även detta var exempel på sådan kritik som en regering måste tåla, varför art. 10 kränkts.
91. Se ovan i 9.4.1.2 under b resp. 9.4.1.3 under a.
92. Sunday Times (1), dom 26 april 1979, Series A No 30 och Sunday Times (2), dom 26 november 1991, Series A No 217 (jämte The Observer & The Guardian v. U.K., dom samma dag, Series A No 216). Österdahl betecknar dock (a.a.s. 720 f) utslaget i Spycatcher-målet, som ju innebar att publiceringsförbudet godtogs avseende en lång tid, som »räddhågat»; att det inte är fråga om någon avgörande kursändring avseende mål där staten åberopar säkerhetsargument framstår som uppenbart.

nell säkerhet o.dyl. inte vunnit gehör inför ECtHR.[93]

Art. 10 skyddar också rätten att motta information.

I ett tidigare omnämnt fall rörande det irländska abortförbudet fann ECtHR att de klagandes informationsfrihet kränkts. Dessa var kvinnoorganisationer samt enskilda kvinnor som ansåg sig ha ett potentiellt intresse att motta sådan information som en irländsk domstol hade förbjudit spridningen av, dvs om möjligheten att göra abort vid läkarkliniker i England. Även yttrandefriheten var kränkt, eftersom kvinnoorganisationerna ansågs ha rätt att sprida information om irländska kvinnors lagliga möjlighet att göra abort i andra länder. ECtHR kunde således göra vad ECJ ansåg sig förhindrad eller obehörig att göra, nämligen förklara att de irländska bestämmelserna, så som de tillämpats, kränkte de mänskliga rättigheterna i form av art. 10.[94]

I art. 10 st. 1 p. 3 ges konventionsstaterna rätt att kräva tillstånd för radio-, televisions- och biografföretag. Ursprungligen uppfattades av allt att döma detta undantag så att yttranden som framfördes i dessa media inte omfattades av skyddet i art. 10[95], men denna uppfattning har efterhand framstått som alltmer föråldrad.

I Groppera Radio AG and others v. Switzerland[96] slog sålunda ECtHR fast att undantaget i art. 10 st. 1 in fine visserligen ger staterna rätt att t.ex. genom ett licenssystem med tillståndskrav kontrollera hur radio- och TV-verksamhet organiseras, men att detta inte hindrar att kraven i art. 10 st. 2 måste vara uppfyllda även vid begränsningar av yttrandefriheten i dessa media. Utgången i Informationsverein Lentia and others v. Austria från 1993, som gällde det statliga österrikiska radio- och TV-monopolet, var därför logisk. I Österrike rådde ett reellt totalmonopol för statliga radio- och TV-sändningar. Även sådan rätt för t.ex. ideella föreningar att sända närradio som vid denna tid fanns i Sverige saknades. De klagande önskade få sändningstillstånd. ECtHR konstaterade att avsaknaden av möjlighet att få sådant tillstånd var en begränsning av sökandenas yttrandefrihet, som var för långtgående för att kunna motiveras med någon av grunderna i art. 10 st. 2.[97] Även om detta inte sägs uttryckligen i domen måste denna tolkas som att statliga radio- och TV-monopol under normala förhållanden i dag strider mot art. 10.[98] Detta innebär givetvis inte att vem som helst har rätt att sända i radio och TV, men vissa andra än staten måste få sända och urvalet skall ske i enlighet med art. 10 st. 2.[99]

93. Att det inte är möjligt att vid bedömningen av yttrandefrihetsbegränsningar särskilja **rent politiska frågor** från andra samhällsfrågor av allmänt intresse fastslogs av ECtHR i Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, dom 25 juni 1992, Series A No. 239 (särskilt para. 64), där klaganden hade dömts för förtal för att i två tidningsartiklar ha påstått att vissa, inte namngivna eller utpekade medlemmar av poliskåren i Reykjavik kunde misstänkas för misshandel.
94. Open Door and Dublin Well Woman Centre v. Ireland, dom 29 oktober 1992, Series A No 246. Jfr om prövningen i ECJ ovan i kap. 11.5.2. Denna dom kan möjligen ses som ett uttryck för en liberalare praxis från domstolens sida i moralfrågor; jfr Österdahl, a.a.s. 720. – Art. 10 ålägger inte myndigheter någon allmän skyldighet att lämna ut information. ECtHR slog i Leanderfallet fast att innebörden av art. 10 på denna punkt snarare är att myndigheter aldrig får hindra enskilda från att motta information ur öppna källor eller från personer som är villiga att ge den till dem (det var alltså denna rätt som kränkts i det irländska abortfallet). Vilka uppgifter som skall vara allmänt tillgängliga är dock alltjämt i hög grad en fråga som enskilda länder själva kan besluta om.
95. Jfr Danelius, a.a.s. 222.
96. Dom 28 mars 1990, Series A No 173. I detta mål (para. 60) uttalade f.ö. också ECtHR att radio- och TV-monopol överensstämde med ECHR när konventionen tillkom.
97. Dom 24 november 1993, Series A No 276.
98. Jfr Österdahl, a.a.s. 693.
99. Ibid s. 695.

Gränserna för mötes- och föreningsfriheten i art. 11 har inte prövats i lika många fall som yttrandefriheten.[100] Den fråga som besvarats entydigt genom en serie avgöranden är att föreningsfriheten inte ger fackföreningar någon automatisk rätt att löneförhandla med staten som arbetsgivare.[101] Därutöver har särskilt frågan huruvida art. 11 även omfattar den s.k. negativa föreningsfriheten[102] aktualiserats i domstolens praxis.

Det första fall där denna fråga ställdes på sin spets var Young, James & Webster v. U.K., där klagandena, som var anställda hos British Rail, hade avskedats på grund av att de vägrat ansluta sig till en fackförening. Detta följde av en överenskommelse mellan företaget och facket om s.k. organisationsklausul (»closed shop»), vilken dock inte gällt när de tillträdde sina anställningar. Klagandena hävdade att avskedandena stred mot art. 11, medan den brittiska regeringen hävdade att de åberopade en rätt till negativ föreningsfrihet som inte skyddades av art. 11. ECtHR ställde inte frågan på sin spets utan nöjde sig med att konstatera att klagandenas rätt i detta konkreta fall kränkts, eftersom de ställts inför valet mellan att gå med i facket eller bli avskedade, vilket var en allvarlig form av tvång, särskilt när det tillämpades mot personer som anställts innan dessa villkor gällde. Ingreppet var därför oproportionerligt och inte nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, men härav följde i och för sig inte att art. 11 generellt skyddar den negativa föreningsfriheten.[103] Att så verkligen är fallet slogs dock senare fast av ECtHR i Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland[104], där klaganden var en taxiförare i Reykjavik vars licens återkallats sedan han utträtt ur taxiförarnas fackförening. För att återfå sin licens och kunna fortsätta utöva sitt yrke var han tvungen att återinträda i facket, vilket enligt ECtHR, som här tydligt uttalade att föreningsfriheten innefattar rätten att inte vara med i en fackförening, stred mot art. 11.[105]

I art. 13 uppställs ett krav på att alla vars i ECHR garanterade rättigheter kränkts skall ha rätt till ett effektivt rättsmedel häremot i medlemsstaternas nationella rätt. Härmed avses främst att frågan om en i ECHR garanterad rättighet kränkts skall kunna prövas av en nationell domstol. I de länder där ECHR inte är införlivad i den nationella rätten måste det principiellt finnas en möjlighet att få prövat om motsvarande i den nationella

100. En begränsning av mötesfriheten prövades av Europakommissionen i fallet Christians against Racism and Fascism v. U.K., 8440/78, D & R 21 s. 138, där ett lokalt tidsbegränsat demonstrationsförbud ansågs vara förenligt med art. 11 st. 2 p.g.a. att upplopp och oroligheter inträffat efter tidigare demonstrationer. I Ezelin v. France (dom 26 april 1991, Series A No 202) hade advokaten Ezelin deltagit i en demonstration mot fängslanden av vissa personer på Guadeloupe och senare fått en disciplinär påföljd enligt de för advokater gällande reglerna. Demonstrationen hade urartat men Ezelin hade inte bidragit härtill utan endast burit ett plakat med ett protestbudskap. ECtHR fann att den disciplinära påföljden stred mot art. 11, eftersom Ezelin endast utnyttjat sin i art. 11 garanterade rätt att fritt ge sin mening till känna.
101. Se bl.a. Danelius, a.a.s. 230 f och Merrills, a.a.s. 126.
102. Denna erkänns som bekant inte i svensk rätt; jfr kap. 14.1.2 om RF 2:2.
103. Dom 13 augusti 1981, Series A No 44. Jfr om målet bl.a. Merrills, a.a.s. 128 f. Bedömningen blev annorlunda i Sibson v. U.K. (dom 20 april 1993, Series A No 258-A), där klaganden då han utträtt ur facket ställts inför valet att återinträda **eller bli omplacerad**. Sibson fann bägge alternativen oacceptabla och begärde avsked, men ECtHR fann med sju röster mot två att hans föreningsfrihet inte kränkts.
104. Dom 30 juni 1993, Series A No. 264.
105. Avgöranden som dessa har av naturliga skäl givit upphov till en diskussion om huruvida ECHR även innefattar en Drittwirkung-effekt, en fråga som dock ännu inte fått något svar. Se närmare bl.a. van Dijk/van Hoof, a.a.s. 15 ff, Österdahl, a.a.s. 696 f (om huruvida privat maktkoncentration på medieområdet kan strida mot art. 10) samt Peer Lorentzen/Lars Adam Rehof/Tyge Trier, Den Europæiske Menneskerettskonvention, Köpenhamn 1994 s. 17 f.

rätten garanterade rättighet kränkts.[106] Däremot är art. 13 inte alls tillämplig vid klagomål enbart mot nationell lag, utan det krävs att denna i det konkreta fallet tillämpats på ett sätt som kan strida mot ECHR.[107] Om rättsmedlet i fråga inte utgörs av en domstol prövar konventionsorganen från fall till fall om det ändå har den erforderliga graden av oberoende för att uppfylla kraven i art. 13.[108] Flera var för sig otillräckliga rättsmedel kan tillsammans vara effektiva på det sätt som art. 13 åsyftar.[109] Art. 13 kan vara kränkt utan att någon annan artikel i ECHR behöver ha överträtts, eftersom det enligt ECtHR räcker med att någon på rimliga grunder påstår sig ha varit kränkt för att han skall ha rätt till ett effektivt nationellt rättsmedel.[110]

Den kanske viktigaste av rättigheterna i tilläggsprotokollen är förutom den nämnda rörelsefriheten och förbudet mot dödsstraff i art. 1 tp. 6, egendomsskyddet i art. 1 tp. 1, som garanterar envar en »peaceful enjoyment of his possessions». Här är dock begränsningsmöjligheterna vida; konventionens egendomsskydd skall inte på något sätt hindra statens rätt att anta de lagar som bedöms vara nödvändiga för att kontrollera användningen av egendom eller säkerställa betalningen av skatter och avgifter.[111] Även den direkta äganderätten har ett svagt skydd.

Sverige blev det första land som fälldes för brott mot art. 1 i tp. 1, vilket skedde i det välkända Sporrong-Lönnrothfallet.[112] Klagandenas fastigheter i Stockholm hade under lång tid varit belagda med byggnadsförbud och expropriationstillstånd. Någon expropriation kom aldrig till stånd, men de långvariga inskränkningarna i egendomsskyddet utgjorde enligt ECtHR sammantaget en oproportionerlig inskränkning av klagandenas rätt till »peaceful enjoyment» av sina fastigheter. Av betydelse för bedömningen var att klagandena som nämnts ovan saknade möjlighet att väcka talan mot eller begära omprövning av expropriationstillstånden. Utgången i målet bör f.ö. ses mot bakgrunden att ECtHR just vid tolkningen av denna bestämmelse traditionellt intagit en mycket försiktig hållning och tillerkänt de enskilda staterna en betydande »margin of appreciation».[113]

106. Ordalydelsen i art. 13 tyder i och för sig på att inhemska myndigheter borde ha rätt att pröva om ECHR överträtts. ECtHR slog dock fast i Swedish Engine Drivers' Union att det var tillräckligt att det nationella organet, i detta fallet AD, hade prövat klagandens talan på basis av nationell lag och med beaktande av Sveriges internationella åtaganden. En liknande bedömning gjordes i Klass-målet.
107. En annan tolkning skulle ha inneburit att medlemsstaterna ålagts att införa ett system för lagprövning, vilket ECtHR avvisat. Jfr Danelius, a.a.s. 184 m.h.t. praxis.
108. Jfr bl.a. Cameron/Eriksson, a.a.s. 99.
109. Se Klass v. Germany, para. 72. Samma bedömning gjorde majoriten (4-3) i ECtHR f.ö. i Leander-målet, vilket dock förefaller märkligt eftersom de svenska rättssäkerhetsgarantierna inte var tillnärmelsevis så långtgående eller »goda» för den enskilde som de västtyska; inget av de »rättsmedel» som Leander ansågs ha haft tillgång till kunde t.ex. bedöma tillförlitligheten i de hemliga uppgifter som fanns samlade om honom.
110. Se förutom Klass-målet även Silver and others v. U.K., dom 25 mars 1983, Series A No 61.
111. Ännu har ingen stat fällts av ECtHR för brott mot denna bestämmelse p.g.a. excessiva skattesatser. I fallet Gudmundur Gudmundsson v. Iceland (YB III s. 394) ansågs inte en förmögenhetsskatt om 25 % strida mot ECHR. De få uttalanden från konventionsorganens sida som finns om var gränsen för tillåtna beskattningar kan gå härrör från kommissionen och ger ingen direkt vägledning, men det framgår tydligt att en beskattning som skulle övergå i konfiskation inte är förenlig med konventionens egendomsskydd.
112. Dom 23 september 1982, Series A No 52.
113. Se härom bl.a. Eivind Einersen/Tyge Trier, Den Europæiske Menneskeretsdomstols prövelsekompetence – Doktrinen om Margin of Appreciation, TfR 1991 s. 578 o. 586 och Paul Mahoney, Judicial activism and Judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, HRLJ 1990 s. 79 f samt närmare nedan i 12.3.

Vidare garanteras bl.a. i tp. 1 rätten till undervisning (art. 2) samt fria och hemliga val (art. 3)[114], i det fjärde alla medborgares skydd mot utvisning och rätt till inresa i hemlandet (art. 3) och i det sjunde bl.a. rätten att överklaga i brottmål (art. 2). Både tp. 4 och 7 innehåller även bestämmelser till skydd för utlänningars rättsäkerhet vid utvisningar.

12.2.2 Vissa speciella frågor

Art. 14-18 i ECHR har en något annan karaktär än de föregående bestämmelserna och skyddar inte några enskilda rättigheter som sådana, utan ger snarare anvisningar om hur rättighetskatalogen i art. 2-13 skall tillämpas. Av dessa artiklar är art. 15-18 de minst komplicerade. Art. 15 ger staterna rätt att göra nödvändiga avvikelser från eller inskränkningar i rättigheterna under krig eller nödläge.[115] Art. 16 ger vidare staterna en generell rätt att begränsa utlänningars politiska rättigheter.[116] Art. 17 innehåller ett generellt förbud för alla stater, grupper eller personer att på något sätt sträva efter att undertrycka någon av rättigheterna i ECHR eller att begränsa dem i högre grad än vad konventionen medger. Bestämmelsen syftar i praktiken kanske främst till att hindra olika totalitärt syftande extremistgrupper från att utnyttja sina konventionsenliga rättigheter för odemokratiska ändamål, varför det är naturligt att kommissionen ibland åberopat den för att avvisa ansökningar från sådana grupper.[117] I art. 18, slutligen, förbjuds begränsningar av rättigheterna för andra syften än de som anges i ECHR; denna bestämmelse anses innefatta ett skydd mot medvetet maktmissbruk (»*détournement de pouvoir*») från staternas sida, men den har fått mycket liten praktisk betydelse.[118]

Art. 14 har haft större praktisk betydelse än art.15-18 och är något mer svåranalyserad. Denna bestämmelse innehåller ett diskrimineringsförbud som dock inte är generellt utan endast riktar sig mot åtnjutandet av rättigheterna i ECHR; vid säkerställandet av dessa får **ingen** diskriminering ske på basis av sådana skäl som (»such as») »sex, race,

114. Ett avgörande rörande denna artikel har meddelats av ECtHR, nämligen Mathieu-Mohin & Clerfayt v. Belgium, dom 2 mars 1987, Series A No. 113, där domstolen mot bakgrund av de särpräglade förhållandena i Belgien uttalade att enskilda länder har stor frihet att allt efter omständigheterna och förutsättningarna utforma sina valsystem på lämpligaste sätt, så länge valen verkligen är fria och alla medborgare har rösträtt samt dessutom rätt att kandidera i val. Ett speciellt valsystem som t.ex. det brittiska kan således inte strida mot ECHR enbart av den anledningen att det inte garanterar ett proportionellt och »rättvist» valresultat.
115. Denna möjlighet är allt annat än teoretisk, trots att krig dessbättre varit ovanliga i Europa under den tid ECHR varit i kraft. Så sent som 1988 ansåg således Storbritannien det nödvändigt att, efter en fällande dom i ECtHR rörande bestämmelserna för hur länge misstänkta terrorister kunde kvarhållas i fängsligt förvar utan domstolsprövning (Brogan and others v. U.K., dom 29 november 1988, Series A No 145-B, se närmare ovan i avsnitt 9.4.2.5 under c.), p.g.a. risken för terrorism avvika från garantin för snabb rättslig prövning av frihetsberövanden i art. 5 st. 3. 1993 fann så ECtHR att denna avvikelse var motiverad p.g.a. den oroliga situationen på Nordirland (Brannigan and McBride v. U.K., dom 26 maj 1993, Series A No 258-B).
116. Jfr vidare bl.a. Cameron/Eriksson, a.a.s. 105.
117. Ibid s. 106 m.h.t. praxis. Ett intressant avgörande, där ECtHR avvisade Irlands ståndpunkt att klagandens talan borde avvisas jämlikt art. 17 eftersom denne var medlem av IRA, var dock Lawless (dom 1 juli 1961, Series A No 3). ECtHR slog här fast att art. 17 inte innebär att misstänkta terrorister berövas alla sina rättigheter enligt ECHR, utan bara att de förbjuds att använda dessa rättigheter på ett sätt som kan hota demokratin.
118. Se Cameron/Eriksson s. 106 f och Lysén, a.a.s. 78.

colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status»; denna uppräkning av otillåtna diskrimineringsgrunder är uppenbarligen inte avsedd att vara uttömmande. För att en kränkning av art. 14 skall anses föreligga krävs emellertid att den diskriminerande handlingen **faller inom området för** någon annan i ECHR garanterad rättighet. Detta behöver dock inte innebära att någon annan rättighet **kränkts** samtidigt som art. 14.[119]

För att art. 14 skall ha kränkts krävs emellertid utöver vad som nu nämnts att ännu en förutsättning föreligger, nämligen att de personer mellan vilka en åtskillnad gjorts befunnit sig i en likartad situation[120], så att skillnaden i behandling inte haft objektiva och godtagbara skäl.

Grundläggande är härvidlag det s.k. belgiska språkmålet[121], där den belgiska språklagstiftningen, som gjorde åtskillnad mellan de olika språkgrupperna i en mängd olika avseenden, befanns vara förenlig med art. 14 utom såvitt avsåg tillträde till vissa skolor i Bryssels förorter, där franskspråkiga elever missgynnades. ECtHR slog här fast vad som i princip gällt sedan dess, nämligen att en kränkning av art. 14 bara kommer till stånd när det i likartade fall föreligger en skillnad i behandling som inte har något godtagbart syfte eller inte står i rimlig proportion till det eftersträvade syftet.[122] Den kritik som riktats mot ECtHR på denna punkt har inte så mycket att göra med dessa kriterier som sådana som med tendensen från domstolens sida att ibland nedtona prövningen av om de bedömda fallen verkligen är likartade; när ECtHR funnit godtagbara skäl föreligga för den åtskillnad som gjorts har domstolen enligt kritikerna undvikit att ta ställning till om de olika behandlade fallen är snarlika varandra eller ej, vilket underminerar det skydd som art. 14 skall ge olika grupper och individer. Som exempel hänvisas bl.a. till Rasmussenfallet[123], där ECtHR inte närmare undersökte klagandens argument att kvinnor och män behandlades olika i danska faderskapsmål, eftersom en gift man bara kunde väcka s.k. negativ fastställelsetalan under vissa tidsfrister, medan modern kunde väcka sådan talan när som helst. ECtHR nöjde sig här med att konstatera att den skillnad som fanns motiverades av godtagbara syften och prövade inte alls om parterna befann sig i en sakligt sett likartad situation.[124]

Praxis visar dock att art. 14 trots den kritik som kan finnas mot den av ECtHR begagnade metoden fått ett inte obetydligt tillämpningsområde. I det tidigare nämnda fallet Abdulaziz and others v. U.K. fann t.ex. ECtHR att de brittiska immigrationsreglerna stred mot art. 14, eftersom det var lättare för invandrade män att få uppehållstillstånd för sina utländska fruar än tvärtom. (Den brittiska regeringen motiverade detta med arbetsmarknadsskäl, men ECtHR godtog inte detta argu-

119. Se bl.a. fallet Rasmussen v. Denmark, dom 28 november 1984, Series A No 87 samt det s.k. belgiska språkmålet, dom 23 juli 1968, Series A No 6. Cameron/Eriksson exemplifierar (s. 100 f) detta förhållande med följande exempel: Om en stat utnyttjar sin rätt enligt art. 10 st. 1 in fine (jfr ovan s.) att kräva tillstånd för radio- och TV-sändningar till att bara ge sådana tillstånd till manliga sökande, så föreligger ett brott mot art. 10 i förening med art. 14. Om däremot motsvarande åtskillnad görs avseende tillträde till offentliga tjänster föreligger ingen kränkning av art. 14, eftersom ECHR inte garanterar någon rätt till sådana tjänster. Danelius anför (s. 237) några andra exempel: Art. 6 förpliktar inte staterna att införa ett tvåinstanssystem i tvistemål, men om en appellationsdomstol inrättas får inte rätten att överklaga dit förvägras vissa grupper, för i så fall föreligger en kränkning av art. 6 i förening med art. 14. Enligt art. 4 st. 3a har staterna rätt att förplikta sina medborgare att göra militärtjänst, men om endast personer av viss ras ålades detta så förelåg en kränkning av art. 4 i förening med art. 14. Se även van Dijk/van Hoof, a.a.s. 534 ff.
120. Jfr bl.a. Van der Mussele-fallet, där ECtHR starkt betonade skillnaden mellan advokater och andra yrkeskategorier.
121. Belgian linguistics case, dom 23 juli 1968, Series A No 6.
122. Jfr van Dijk/van Hoof, a.a.s. 542 ff.
123. Series A No 87.
124. Se särskilt van Dijk/van Hoof, a.a.s. 543 ff. Jfr även Cameron/Eriksson, a.a.s. 102 f.

ment eftersom jämställdhet mellan könen ansågs vara en viktig målsättning i alla Europarådets medlemsländer.) Inze v. Austria gällde diskriminering av utomäktenskapliga barn. Lagstiftningen i provinsen Kärnten gav barn födda i äktenskapet företräde framför utomäktenskapliga barn vid arv av jordbruksfastigheter. Klaganden var en utomäktenskaplig son, som till följd av lagen gått miste om en sådan fastighet. ECtHR fann att detta kränkte art. 14 i förening med art. 1 tp. 1.[125]

I ett antal avgöranden på olika områden har ECtHR slagit fast att staterna under vissa omständigheter har en skyldighet att positivt verka för att rättigheterna i ECHR kan förverkligas. Avsaknaden av aktiv handling från en stats sida har alltså inneburit att en rättighet kränkts.

I Marckx-fallet[126] fann ECtHR att den belgiska familjelagstiftningen stred mot art. 8, eftersom den var diskriminerande mot utomäktenskapliga barn såvitt avsåg umgänges- och arvsrätt. Domstolen ålade Belgien att korrigera lagstiftningen så att olikheterna mellan olika barns rättigheter undanröjdes; tanken var väl här att kränkningar av art. 8 annars skulle fortsätta tills lagen ändrats. Liknande fall är X & Y v. Netherlands[127], där Holland ålades att korrigera en lucka i strafflagstiftningen som gjorde det omöjligt för en mentalt handikappad flicka eller för någon anhörig till henne att som målsägande väcka åtal för våldtäkt och Airey v. Ireland[128], där Irland ålades att tillse att den som önskade skilja sig skulle få rättshjälp för att söka juridiskt biträde (trots att skilsmässor egentligen var förbjudna på Irland). Detta ansågs vara enda sättet att tillse att art. 6 fick ett effektivt skydd.[129]

12.3 Makt- och ansvarsfördelningen mellan Europadomstolen och medlemsländerna

Avgöranden som det nämnda Marckx-målet och flera andra, där ECtHR förklarat att lagar eller rättstraditioner som kan vara väl förankrade i enskilda stater strider mot ECHR, har givit upphov till en tämligen livlig diskussion i doktrinen om huruvida domstolen successivt allt mer kommit att ägna sig åt *activism* och vilka argument som i så fall kan åberopas till stöd för en sådan hållning. Denna diskussion är naturlig när domstolens praxis ökar i omfång. Principiellt finns det givetvis då ingen anledning att inte underkasta en mellan- eller överstatlig domstol samma kritiska granskning och debatt som nationella författningsdomstolar (eller en liknande domstol som S.Ct.) underkastats i t.ex. USA och Tyskland.[130]

Vad som emellertid bör hållas i minnet när ECtHR analyseras i detta avseende är de särdrag som domstolen vid en jämförelse med en nationell (författnings)domstol trots allt uppvisar. Dessa särdrag tydliggör att ECtHR är en överstatlig instans, som sannolikt aldrig kan bli helt lik en nationell domstol. Viktigast därvidlag är kanske det faktum att utrymmet för domstolen att »skapa» rätt är starkt begränsat.[131] En nationell författ-

125. Dom 28 oktober 1987, Series A No 126. Bedömningen blev likartad i Marckx v. Belgium, dom 13 juni 1979, Series A No 31, som också avsåg diskriminering genom lag av utomäktenskapliga barn.
126. Marckx v. Belgium, dom 13 juni 1979, Series A No 31.
127. Dom 26 mars 1985, Series A No 91.
128. Dom 7 oktober 1979, Series A No 32.
129. Se även Artico v. Italy, dom 13 maj 1980, Series A No 37.
130. Jfr Merrills, a.a.s. 207 f.
131. Jfr ibid s. 146 f.

ningsdomstol har större möjlighet att förekomma lagstiftaren i det egna landet och därigenom på egen hand forma rättsutvecklingen, vilket hänger samman med att en nationell författningsdomstol eller annan domstol som utövar lagprövning på ett annat sätt än en överstatlig domstol som ECtHR ingår i ett *maktdelningsschema*, som i viss mån bygger på att domstolen inte skall vara bunden av lagstiftarens uppfattning. Från denna synpunkt har ECJ därför en ställning inom EG-rätten som betydligt mer påminner om en författningsdomstol än den som ECtHR har vid övervakning av ECHR. För ECtHR gäller visserligen att ECHR är överordnad staternas nationella rätt, men vid bedömningen av om en stat brutit mot konventionen måste domstolen alltid ta hänsyn till att bedömningarna i olika rättsliga frågor kan skifta starkt mellan olika länder.

Det är mot denna bakgrund utvecklingen måste ses av den s.k. *margin of appreciation* som ECtHR tillåter staterna vid bedömningen av om konventionen kränkts. Denna doktrin, som är det praktiskt viktigaste uttrycket för judicial self-restraint från domstolens sida, skulle knappast ha kunnat utvecklas på motsvarande sätt av en nationell (författnings)domstol; även en sådan kan givetvis ibland vara benägen att iaktta judicial self-restraint, men den torde mera sällan kunna fullgöra sin uppgift om den tillerkände de lagstiftande och verkställande organen en generell möjlighet att avgöra om de följer grundlagen i landet.

ECtHR har i ett antal avgöranden slagit fast att ECHR inte bör tolkas restriktivt, utan dynamiskt, i enlighet med varje tids krav; detta har varit fallet i t.ex. det nyssnämnda Marckx-fallet, liksom Tyrer, som gällde spöstraff på Isle of Man (vilket från Storbritanniens sida sades ha en djup förankring i lokala sedvanor) och Dudgeon, som gällde förbudet mot homosexualitet i Nordirland. Denna praxis kan givetvis uppfattas som ett uttryck för activism eller åtminstone för att ECtHR inte vill göra det lätt för stater att påstå att ECHR respekterats genom hänvisning till moraliska värderingar vilka rådde när konventionen antogs, men som vid tidpunkten för avgörandet uppfattas som förlegade i flertalet medlemsstater.[132] Denna tämligen strikta praxis från domstolens sida balanseras dock av att ECtHR vid upprepade fall (t.ex. Handyside och det belgiska språkmålet) betonat att art. 1 i första hand ålägger staterna ansvar för att ECHR respekteras. Konventionsorganen har enligt detta synsätt en övervakande roll (jfr art. 19), men inget primärt ansvar för konventionens efterlevnad. Doktrinen om margin of appreciation kan ses som en naturlig konsekvens av denna makt- eller rollfördelning mellan konventionsorgan och till konventionen anslutna stater.[133] Den risk som principen kan medföra är dock att ECtHR överlåter för mycket av sin övervakande roll till staterna; nationella bedömningar i enskilda länder tillåts då florera på bekostnad av utvecklingen av en enhetlig europeisk standard.[134]

Doktrinen om margin of appreciation anses ha åberopats för första gången av kommissionen i det mellanstatliga klagomålet från Grekland mot Storbritannien angående

132. Se närmare om de rättsliga förutsättningarna för sådan praxis från domstolens sida Mahoney, a.a.s. 60 ff o. 72 ff.
133. Se dock för kritik av detta synsätt van Dijk/van Hoof, a.a.s. 601.
134. Jfr Mahoney, a.a.s. 82 f, som anser att den form av judicial self-restraint som margin of appreciation representerar är »the inevitable recognition of something which is inherent in the very nature of the Convention».

förhållandena på Cypern.[135] Sedan den tillämpats i ytterligare några mellanstatliga fall ansågs den ha blivit ett naturligt led i tolkningen av art. 15, som ju ger staterna rätt att avvika från konventionen vid krig och oroligheter. Med början i det belgiska språkmålet har dock ECtHR börjat tillämpa doktrinen även i andra fall, särskilt vid bedömningen av om begränsningskraven i st. 2 i art. 8-11 är uppfyllda.[136]

Helt allmänt kan margin of appreciation sägas innebära att ECtHR i vissa fall, bl.a. på grund av svårigheten att exakt värdera förhållandena i ett visst land, överlåter en viss bedömningsmarginal, ett visst skön om man så vill, till den enskilda staten. Så länge ECtHR finner att staten har agerat inom ramen för denna marginal anses inte konventionen ha kränkts, vilket däremot kan vara fallet när en stat gått utanför marginalen.[137] Följaktligen blir det viktigt att försöka ange handlingsmarginalens gränser.

Den praxis från ECtHR som finns på denna punkt har ibland kritiserats för att vara otydlig och vag och skiftande från fall till fall.[138] Vad som kan konstateras är att staterna, vilket väl framgått i redogörelsen i 12.2.1 för de enskilda rättigheterna, tillerkänns en större margin of appreciation på vissa områden än på andra. ECtHR har t.ex. klargjort att handlingsmarginalen är snäv vid begränsning av rättigheter som är fundamentala i ett demokratiskt samhälle, såsom yttrandefriheten (åtminstone i politiska frågor) och rösträtten.[139] Detta gäller i princip även vid skydd för privatlivet, vilket visas av de fall som gällt kriminalisering av homosexualitet.[140] Områden där handlingsmarginalen är stor är å andra sidan dess ursprungliga tillämpningsområde, dvs inom ramen för art. 15, där enskilda stater tillerkänns viss rätt att avgöra när allvarlig oro i samhället hotar, och vid bedömningen av hot mot nationens säkerhet (där Leanderfallet är ett illustrativt exempel[141]). Vidare gäller detta vid tolkningen av art. 1 tp. 1, där enskilda stater tillerkänts en betydande margin of appreciation såvitt gäller tillåtligheten av expropriationer och andra äganderättsinskränkningar (t.ex. beskattning) respektive de ekonomiska villkoren avseende den kompensation som ibland bör utgå.

Det sagda visas kanske tydligast av två avgöranden från 1986 där Storbritannien var svarandepart. I

135. Se 176/56, YB II (1958-59), s. 174 (176).
136. Se om principens framväxt van Dijk/van Hoof, a.a.s. 586 ff, Einersen/Trier, a.a.s. 571 f och Mahoney, a.a.s. 78 f.
137. Jfr Mahoney, a.a.s. 81: »...there will on many topics covered by the Convention be a spectrum of differing but acceptable opinions. The Convention issue for decision before the Court will often be whether the choice of the national authorities remained within the permissible spectrum. To attach a label saying »margin of appreciation» to that aspect of adjudication is not to add anything to the Convention.»
138. Jfr ibid s. 83.
139. Förutom Sunday Times-målet kan här hänvisas till Lingens v. Austria och Mathieu-Mohin & Clerfayt, som ju gällde val- och rötsrättsreglerna i Belgien (se ovan på s. 531 i n. 114). Bedömningen i yttrandefrihetsmål har skärpts sedan Handyside-domen, där ECtHR gjorde allmänna uttalanden till stöd för pluralism men sedan inte upprätthöll yttrandefriheten; jfr Merrills, a.a.s. 122. (Jfr dock Müller and others v. Switzerland, 24 maj 1988, Series A No 133, anf ovan på s. 526, där bedömningen var likartad den i Handyside.) Se även för en analys av Handyside-domen från dessa utgångspunkter van Dijk/van Hoof, a.a.s. 588 f.
140. Här har dock domstolens praxis varit något otydlig. De transsexuellas rättigheter skyddades t.ex. inte fullt ut i Rees-fallet; troligen beror domstolens praxis på just detta område i särskilt hög grad på den rådande moraluppfattningen i majoriteten av länderna.
141. Jfr van Dijk/van Hoof, a.a.s. 597.

James-fallet[142] prövades konventionsenligheten av viss hyreslagstiftning, enligt vilken hyresgästerna hade rätt att så småningom förvärva äganderätten till den hyrda bostaden. Storbritannien hävdade att det fanns ett allmänt samhällsintresse, ett *public interest* bakom denna lagstiftning, varvid ECtHR uttalade att de nationella myndigheterna på grund av sin direkta kännedom om samhällets behov i princip är »better placed than the international judge to appreciate what is »in the public interest». Detta gällde enligt domstolen i särskilt hög grad rent politiska, sociala och ekonomiska bedömningar, där uppfattningarna i demokratiska samhällen kan skifta starkt om vilka åtgärder som är de riktiga. ECtHR slog därför fast att statens bedömning i dessa frågor skall respekteras »unless that judgment be manifestly without reasonable foundation». Här tillerkändes den enskilda staten en mycket betydande margin of appreciation. Bedömningen blev likartad i Lithgow-målet[143], som gällde nationalisering av varvs- och flygplansindustri. ECtHR slog här fast att nationalisering och andra egendomsberövanden, t.ex. expropriation, kräver att kompensation utgår men att staten har en vid margin of appreciation då det gäller att bedöma förutsättningarna för expropriation samt hur stor ersättning som skall erläggas till de drabbade.

Något kan också sägas om hur ECtHR går till väga vid prövningen av om förutsättningarna för margin of appreciation är uppfyllda. ECtHR prövar med utgångspunkt från st. 2 i art. 8-11 (samt st. 3 i art. 2 tp. 4 och de vida begränsningsmöjligheterna i art. 1 tp. 1) framförallt om den gjorda begränsningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle, om den motsvarar ett »pressing social need» i landet i fråga samt om den står i rimlig proportion till det syfte som skall uppnås.[144] Bedömningen av proportionaliteten följer dock inga mer sofistikerade eller teoretiskt utvecklade enhetliga krav utan sker mest på ad hoc-basis[145], vilket hänger samman med det tidigare nämnda konstaterandet att Europadomstolens praxis av allt att döma är något vagare, mer svåranalyserad och mindre konsekvent än t.ex. den tyska författningsdomstolens.[146] Doktrinen om margin of appreciation måste således ses mot bakgrund av domstolens speciella ställning jämfört med en nationell domstol med lagprövningsrätt. Till skillnad från en sådan domstol gäller diskussionen om Europadomstolens roll som Merrills uttryckt det »not so much whether the Court may legislate to fill a gap, as how far it may compel States to treat a particular matter in a uniform way».[147]

Just den här antydda frågan är av särskilt intresse vid bedömningen av huruvida ECtHR inom de ramar den givits ägnar sig åt activism eller restraint. Som nämndes ovan har ECtHR entydigt uttalat sig för en tidsanpassad tolkning av ECHR. Den tolkning konventionen skall anpassas till är emellertid inte domstolens egen, utan snarare **den som**

142. Dom 21 februari 1986, Series A No 98.
143. Dom 8 juli 1986, Series A No 102.
144. Se t.ex. van Dijk/van Hoof, a.a.s. 589.
145. Jfr van Dijk/van Hoof s. 604: »...the Court (and the Commission) employs this proportionality principle as a kind of feed-back mechanism. When the case at hand cannot satisfactorily be decided according to one of the principles, elements or other established lines of reasoning developed in the case-law, the Court relies on its judgment as to the proportionality to decide the case.» Här kan t.ex. hänvisas till Leander-fallet, där ECtHR uttalade (Series A No. 116, s. 27): »Having regard to the wide margin of appreciation available to it, the respondent State was entitled to consider that in the present case the interests of the national security prevailed over the individual interests of the applicant...The interference to which Mr. Leander was subjected cannot therefore be said to have been disproportionate to the legitimate aim pursued.» Jfr om *Verhältnismässigkeit* i tysk rätt kap. 7.4.2.2.
146. Jfr ovan kap. 1.4.2.1 in fine.
147. A.a.s. 215.

för tillfället är förhärskande i en majoritet av medlemsländerna.[148] Flera av de »djärva» avgörandena från ECtHR – Marckx, Dudgeon, Tyrer – måste ses i detta ljus, medan utgången i Rees delvis berodde på att transsexuellas rättigheter ännu inte är, eller vid det tillfället var, erkända i flertalet konventionsstater.[149] Även det breda utrymmet för margin of appreciation i nationella säkerhetsfrågor respektive vid ekonomisk lagstiftning ligger i linje härmed, eftersom det här är fråga antingen om politiska frågor där meningarna ofta går i sär mellan olika regeringar eller om nationella säkerhetsintressen, vilka staten i fråga möjligen har lättare än ECtHR att värdera.

Att domstolens praxis verkligen är svåranalyserad visas av att det råder oenighet inom doktrinen om huruvida ECtHR i praktiken egentligen hemfallit mest åt activism eller restraint. Van Dijk/van Hoof beklagar t.ex. att ECtHR haft så stor förståelse för argument som påminner om »raison d'état» från staternas sida, medan Merrills menar att domstolen genom en sorts försiktig activism flyttat fram positionerna för de olika rättigheterna.[150] Kanske är bägge ståndpunkterna när allt kommer omkring riktiga: ECtHR måste på ett helt annat sätt än en nationell författningsdomstol beakta olika statsintressen, men den efterhand allt mer omfattande praxis som domstolen skapat har naturligtvis kraftigt bidragit till att förstärka skyddet och respekten för de mänskliga rättigheterna i Europa. Trots att det kan konstateras att pragmatiska lämplighetsöverväganden varit vanligare i domstolens avgöranden än uppställandet av generella normer för tillåtligheten av rättighetsbegränsningar och att andra domstolar därför torde ha svårt att hämta någon direkt inspiration från ECtHR har domstolens praxis stor praktisk betydelse i dagens europeiska rättsliv.

148. Jfr Mahoney, a.a.s. 86 f samt närmare om hur detta synsätt tillämpats även van Dijk/van Hoof, a.a.s. 602 f.
149. Att bedömningen kan ändras om uppfattningen om transsexuella i flertalet medlemsländer ändras utsades f.ö. tydligt av ECtHR i Cossey v. U.K., Series A No 184. Domen i B. v. France bör troligen inte tolkas som att denna uppfattning verkligen har ändrats; utgången i målet tycks främst ha berott på att villkoren för transsexuella var hårdare i Frankrike än i Storbritannien (se ovan s. 524).
150. A.a.s. 597 o. 605 resp. a.a.s. 227 f.

13. Vissa synpunkter rörande studien över utländsk rätt

I denna andra del av avhandlingen har en mängd olika former av rättighetsskydd i flera inte helt likartade rättssystem studerats och analyserats. Beträffande vilka generella slutsatser studien ger anledning att dra hänvisas till kap. 20. Slutsatser avseende svensk rätt dras i kap. 19, men måste givetvis ses mot bakgrund av vad som i nästa del sägs om svensk rätt.

Vad som kan göras här, innan studien nalkas svensk rätt, är närmast några iakttagelser om den form av komparativa analys som kan göras i ett sådant här sammanhang. Ovan i kap. 1.2 definierades konstitutionellt rättighetsskydd för det bruk av termen som görs i denna studie; i kap. 1.5.1 analyserades den komparativa metodens särskilda förutsättningar och utgångspunkter. Det konstaterades där att endast de rättsregler i olika länder vilka har samma funktion egentligen är möjliga att jämföra. Min uppfattning är att de rättsregler som behandlats i denna del har samma funktion, även om de är utformade på vitt skilda sätt.

Vad som bör tilläggas är att det är något enklare att studera och bedöma vilken principiell rättslig eller konstitutionell funktion en viss form av rättighetsskydd, t.ex. domstolars lagprövningsrätt, har i en stat, än vilken faktisk rättslig betydelse den har. Ett effektivt rättighetsskydd i någon form kan visserligen möjligen tänkas ha en preventiv inverkan på lagstiftningen, så att lagarnas grundlagsenlighet noga övervägs innan de antas, men att så verkligen är fallet torde vara svårt att belägga.[1] I övrigt är det lättare att utgå från att förekomsten av någon form av rättighetsskydd har en viss principiell betydelse i ifrågavarande stats maktdelningsschema, som är större ju starkare skyddet är, än att avgöra dess praktiska rättsliga betydelse. Förekomsten av ett verksamt rättighetsskydd innebär alltid att den lagstiftande makten inte tillåts vara oinskränkt och är redan därigenom svårförenlig med den rena folksuveränitetsläran, som bygger på att **all** makt utgår från folket.[2] Den principiella betydelsen härav skall inte underskattas, inte heller när en prövning av en lags grundlagsenlighet mynnar ut i att lagen inte strider mot grundlagen; i så fall har åtminstone grundlagens innehåll preciserats något.[3] Det avgörande härvidlag är emellertid att de normprövande organen inte är så försiktiga att de i praktiken aldrig åsidosätter grundlagsstridiga regler; i längden blir det, som Smith uttrycker saken, svårt att tro på barnet som hela tiden säger att det kan simma, men att det inte vill göra det

1. En eventuell sådan effekt är givetvis också så gott som omöjlig att mäta; jfr Smith, Høyesterett og Folkestyret s. 76.
2. Jfr RF 1:1 st. 1. Maktdelningsfrågan behandlas från principiella utgångspunkter av Smith, a.a.s. 330 ff.
3. Jfr Smith, a.a. Detta gäller givetvis i än högre grad när lagen tolkas så att den är förenlig med grundlagen; jfr ovan kap. 3.3.1 in fine.

just för tillfället.[4] Aldrig så goda metoder för tolkning av lagar, som kan göra dem förenliga med grundlagen, kan uppenbarligen inte heller kompensera den brist i rättighetsskyddet som överdriven försiktighet från domstolarnas sida leder till, vilket bland annat det brittiska exemplet visar; i Storbritannien har ju domstolarna lång vana och erkänd skicklighet just vid sådan lagtolkning, men detta har inte hindrat att rättigheterna sedan 1980-talet hamnat i en form av »kris». Att som GLU i Finland tro att alla konflikter mellan lag och grundlag kan tolkas bort av domstolar som använder sig av härför lämpliga lagtolkningsmetoder[5] är därför alltför optimistiskt; vid en aldrig så grundlagsvänlig eller -konform lagtolkning utgör trots allt den vanliga lagens ordalydelse en gräns för rättigheternas tillämplighet i det konkreta fallet.[6]

Att avgöra vilken konkret rättslig betydelse rättighetsskyddet har i ett visst land kräver dock mycket ingående studier i det landets rättsordning, vilket med undantag för svensk rätt egentligen inte låter sig göras i denna avhandling. De metoder som eventuellt kan användas för att studera rättighetsskyddets praktiska betydelse är f.ö. av allt att döma behäftade med allvarliga svårigheter; det är t.ex. inte säkert att statistiska uppgifter om hur många avgöranden en domstol meddelat eller hur ofta en viss procedur tagits i anspråk av klagande säger särskilt mycket om de verkliga förhållandena.[7] Hur skall avgöranden där en domstol tolkat bort motsättningen mellan en lag och grundlagen bedömas?[8] Det är så att säga lättare att bedöma rättighetsskyddets styrka och principiella vikt i ett visst land än att kvantifiera dess rättsliga effekt. Dessutom är det givetvis så, som Eivind Smith poängterar, att rättighetsskyddets existens är viktig i sig, även om skyddets intensitet är låg.[9]

Det är därför viktigt att komma i håg att den typ av beskrivningar av hur en viss form av rättighetsskydd fungerar som kan ges i en studie som denna säger mer om de principiella, politiska och statsideologiska förhållandena i ett visst land än om de övergripande juridiska förhållandena (med undantag för de statsrättsliga). Statsrätten är ett särpräglat rättsområde som inte alltid har så tydliga beröringspunkter med andra juridiska discipliner.

När detta väl är sagt bör dock konstateras att rättighetsskydd, främst i form av lagprövningsrätt i olika former, utan tvekan blivit ett allt vanligare och betydelsefullare inslag i rättslivet i flera av de rättssystem som här studeras. Detta gäller förutom USA och Tyskland t.ex. Norge, Frankrike och inom EG-rätten. I Finland, där den enda formen av rättighetsskydd som hittills funnits varit helt knutet till speciella moment i lagstiftnings-

4. A.a.s. 94 f. Diskussionen i Danmark om domstolarnas stora, måhända överdrivna försiktighet i lagprövningsfall illustrerar enligt min mening den skepsis eller rentav misstänksamhet som en mycket försiktig hållning från de domstolar som dock anser sig besitta lagprövningsrätt kan ge upphov till; se härom ovan i kap. 4, särskilt 4.3.3-6.
5. Se GrUB 25/1994 rd s. 7 f (svensk version).
6. Jfr Martin Scheinin, Medborgarnas grundläggande rättigheter i stöpsleven: Hur bör de tillämpas?, JFT 1991 s. 490. Se även om gränserna för grundlagsvänlig lagtolkning i tysk rätt ovan i kap. 7.4.1.1 in fine.
7. Se Smith, a.a.s. 73 ff för ett mer ingående resonemang. Jfr även s. 95.
8. Ett specialfall är vidare det tyska alternativet med oförenlighetsförklaring, omväxlande med ogiltighetsförklaring. Resultatet av en oförenlighetsförklaring blir att lagen gäller, åtminstone under viss tid, under förutsättning att lagstiftaren beaktar domstolens kritik. Se ovan i 7.3.5 om denna praxis.
9. A.a.s. 344.

proceduren, börjar lagprövning nu diskuteras mer förbehållslöst. I Storbritannien, det enda av de här behandlade rättssystemen där rättighetsskydd i någon institutionellt säkerställd form helt saknas, har detta förhållande efterhand blivit ett allvarligt problem.

Av de nordiska länderna framstår Norge som landet med det starkaste rättighetsskyddet. Lagprövningsrätten har t.ex. haft vida större betydelse i Norge än i Danmark eller Sverige. Jämfört med flertalet europeiska länder framstår dock omfattningen av lagprövningsrätten i Norge som relativt beskedlig[10], vilket är värt att komma i håg inför genomgången av det svenska rättighetsskyddet.

I avhandlingens inledning fastslogs att jag utgår från en traditionell liberal rättsideologi, där den enskildes skydd mot staten är ett centralt inslag. Häri ligger, som också framhävdes i kap. 1, inget definitivt ställningstagande till exakt hur rättighetsskyddet bör vara utformat i ett visst land. Däremot bör framhävas vikten av att rättighetsskyddet i flertalet av de undersökta rättssystemen faktiskt är mycket starkt och att avsaknad av rättighetsskydd, i förekommande fall, tycks vara ett allvarligt och växande problem. Härav kan den slutsatsen dras, att om rättighetsskyddet i Sverige inte är överdrivet starkt så bör detta inte lugnt accepteras, utan i stället diskuteras och ifrågasättas. De följande avsnitten, som bör ses mot denna bakgrund, innehåller därför en genomgång av svensk rätt, följd av en rättspolitisk del med vissa förändringsförslag.

10. Jfr Smith, Norge som konstitusjonelt demokrati, i B.E. Rasch/K. Midgaard (red.), Representativt demokrati – Spilleregler under debatt, Oslo 1994 s. 49.

Del III
Svensk rätt

14. Inledning. Översikt över rättighetsskyddet i svensk rätt

14.1 Regeringsformen

14.1.1 Bakgrund och allmän översikt

När här talas om rättighetsskyddet i 1974 års RF avses främst rättighetsreglerna i 2 kap. och regleringen av lagrådet i 8:18 respektive av domstolarnas lagprövningsrätt i 11:14.[1]

1. Däremot behandlas här inte JO:s eller JK:s tillsyn över den offentliga förvaltningen, av det skälet att denna enligt min mening inte kan ses som en del av rättighetsskyddet i svensk rätt. Denna åsikt kan i och för sig på goda grunder diskuteras; historiskt har främst JO:s tillsyn över myndigheter, möjligheten för enskilda att klaga till JO och dennes möjlighet att kritisera eller rentav väcka åtal mot felande tjänstemän tveklöst upplevts som ett värn för den enskilde mot statsmakten. Att JO:s tillsyn över den offentliga förvaltningen haft stor faktisk inverkan på myndigheters benägenhet att följa lagar och respektera vissa rättigheter bör inte betvivlas. Min uppfattning grundas emellertid främst på det faktum att varken JO eller JK i det nuvarande konstitutionella systemet egentligen kan göra särskilt mycket för att värna den enskildes medborgerliga rättigheter. JO och/eller JK kan kritisera eller åtala tjänstemän som kränkt dessa rättigheter eller begått andra fel, men omöjligen tvinga svenska myndigheter att respektera vissa rättighetsregler. Än mindre kan de förmå riksdagen att inte anta vissa rättighetsbegränsande lagar, eller ingripa om så skett. Frågan huruvida JO/JK egentligen bör uppfattas som en del av ett rättighetsskydd i egentlig mening tycks ha diskuterats ganska sparsamt i den svenska statsrättsdoktrinen. Att den här av mig torgförda uppfattningen inte är alldeles unik framgår dock bl.a. av Håkan Strömbergs resonemang i Grundlag och medborgarrätt s. 76. Strömberg jämför här rättighetsskyddet i den svenska grundlagen med vissa internationella konventioner och konstaterar i det sammanhanget följande om JO respektive JK: »Enligt svensk rätt finns vidsträckta möjligheter att klaga hos riksdagens ombudsmän eller justitiekanslern. En sådan klagan kan i allvarligare fall leda till att den ansvarige blir dömd till straff för tjänstemissbruk eller tjänstefel. Men på denna väg vinner man i regel ingen rättelse av vad som gjorts fel. Vad konventionerna åsyftar är säkerligen något annat, nämligen den enskildes möjligheter att vinna verklig rättelse: att få ett felaktigt beslut upphävt, att få en felaktig åtgärd att gå åter eller att få ersättning för redan skedd skada.» I sammanhanget kan nämnas att möjligheten att klaga till JO eller JK inte beaktas av Europakommissionen eller ECtHR vid bedömningen av om inhemska rättsmedel uttömts innan talan väcks inför konventionsorganen; jfr kap. 12.1. – En annan aspekt av rättighetsskyddet, som möjligen är av större betydelse, är de inflytelserika riksdagsutskottens ställning i lagstiftningsarbetet. Utskotten har dock, med undantag för KU (se kap. 15.1.2 och 18.2.2) inga i grundlag eller RO ålagda skyldigheter att värna de medborgerliga rättigheterna. Till yttermera visso råder samma majoritetsförhållanden i utskotten som i riksdagen, och eftersom rättighetsskyddets i Sverige utformats i syfte bl.a. att inte beskära majoritetens beslutanderätt (se t.ex. SOU 1978:34 s. 52) vore det underligt om just utskotten vore rätt forum för minoritetshänsyn eller utövande av rättighetsskydd i strid med riksdagsmajoritetens intresse. Utskottsarbetet kan svårligen ses som en del av rättighetsskyddet i Sverige. Bertil Bengtsson kom f.ö. efter en genomgång av KU:s uttalanden i grundlagsfrågor till samma slutsats; se Om konstitutionsutskottets lagprövning, i 14 uppsatser 1983-1991, Stockholm 1992 s. 357. I sammanhanget bör dock nämnas möjligheten för en utskottsminoritet att jämlikt RO 4:10 st. 2 kräva att lagrådet skall höras över lagförslag, som ju onekligen innebär ett visst minoritetsskydd (jfr bl.a. nedan i kap. 19.4).

Även övriga regler om normgivning i 8 kap. och 11:8 samt reglerna i 10:5 om överlåtelse av beslutanderätt till de europeiska gemenskaperna eller mellanfolkligt organ[2] är dock – liksom givetvis rösträttsreglerna i 3:1-2 – av betydelse i sammanhanget. Reglerna i 2 kap.

2. RF 10:5 har med anledning av Sveriges medlemskap i EU ändrats den 1 januari 1995. Något bör här sägas om den genomförda ändringen och bakgrunden till denna. Från början föreslogs av den s.k. Grundlagsutredningen inför EG (SOU 1993:14) att i händelse av svenskt EG-medlemskap EG-rättens företräde framför svensk rätt, inklusive grundlag, skulle framgå i en ny paragraf i RF, 1:10. Ytterligare överföring av beslutsbefogenhet till EU skulle enligt ett förslag till ändring i 10:5 kunna ske genom riksdagsbeslut med 3/4 majoritet eller i den ordning som gäller för stiftande av grundlag. Kritiken mot förslaget blev dock omfattande, varefter regeringen i en promemoria (Ds 1993:36) föreslog några olika alternativ. Detta agerande från regeringen synes ha betingats mer av politiska än juridiska skäl; den föreslagna bestämmelsen erhöll snabbt beteckningen »plattläggningsparagrafen» och kom i debatten att symbolisera villkorslös svensk kapitulation inför EU. I sak var dock kritiken mindre ingående, även om det bör påpekas att inget annat EU-land hade eller har någon motsvarande bestämmelse i sin konstitution, som så entydigt reglerar förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt. Dessutom är inte förhållandet mellan EG-rätt och nationell **grundlag** slutgiltigt klarlagt, som framhållits ovan i kap. 11.6.1 under ba.

   Alternativ C i den nämnda promemorian låg närmast den lösning som senare valdes. Utmärkande för denna var att i princip bara 10:5 ändrades (varjämte ett i sammanhanget betydelselöst tillägg till 8:4 gjordes). Dels togs det tidigare kravet på att beslutanderätt bara kan överlåtas till mellanfolklig organisation för fredligt samarbete i **begränsad omfattning** bort. Dels och framförallt infördes ett nytt st. 1, enligt vilket beslutanderätt generellt kan överlåtas till EU (och övriga »Europeiska gemenskaper», dvs CECA och Euratom) **så länge** EU har ett rättighetsskydd som motsvarar det vilket finns i 2 kap. RF samt i ECHR. Sådan överlåtelse sker genom ett beslut som kräver 3/4 majoritet (av de röstande) i riksdagen eller i den ordning som gäller för stiftande av grundlag. Borttagandet av kravet att beslutanderätt bara kan överföras i begränsad omfattning får sägas vara en förutsättning för svenskt EU-medlemskap och därför okontroversiellt. I propositionen med förslag till grundlagsändring (prop 1993/94:114 s. 22 f) konstateras att skäl saknas för att därutöver helt allmänt vidga möjligheterna till överlåtelse av beslutanderätt, varför de närmare förutsättningarna för överlåtelse av makt till EU borde regleras särskilt.

   Som skäl för den valda lösningen att göra förutsättningarna för överlåtelse av beslutanderätt till EU beroende av kvaliteten i EU:s rättighetsskydd åberopades vidare att EU i dag har ett rättighetsskydd som motsvarar RF:s och ECHR, att Sverige med denna lösning inte inför framtiden är bundet vid ett godtagande av nu rådande rättsläge inom EU samt att EG-rättsakter i princip inte kan angripas i svensk rättstillämpning med åberopande av det svenska rättighetsskyddet (se anf prop s. 19 ff). KU instämde i det sagda (KU 1993/94:21 s. 17 o. 25 f) men förde dessutom (s. 27-29) ett ingående principresonemang om möjligheterna att ställa ytterligare krav för överlåtelse av beslutanderätt. Detta var väl att märka inget krav på ändring av lagtexten, utan ett försök att i anslutning till en socialdemokratisk motion genom motivuttalanden skärpa och precisera förutsättningarna för beslutsöverförande, så att de även kom att omfatta andra grundläggande konstitutionella principer än de som kom till uttryck i 2 kap. RF. Som exempel på sådana principer hänvisades till offentlighetsprincipen, meddelarfriheten och censurförbudet, vilka alla påverkar den fria åsiktsbildningen. KU konstaterade att en precisering av gränserna för det överlåtbara området kan få stor betydelse vid framtida förändringar av EU:s grundläggande fördrag och menade att EU inte genom 10:5 i dess föreslagna (dvs nuvarande) lydelse erhöll någon rätt att inskränka eller »rubba» de principer på vilka TF, YGL och offentlighetslagstiftningen bygger, trots att alltså varken TF eller YGL nämns i 10:5 st. 1. Överlåtelse till EU av rätt att fatta sådana beslut kräver enligt KU ny grundlagsändring; EG-rättsakter som inte ligger inom ramen för nu överlåten beslutanderätt är således enligt KU inte giltiga i Sverige. Se närmare om KU:s resonemang nedan i kap. 19.7.

   Här finns uppenbarligen en viss skillnad mellan lagtext och motivuttalanden. Strömberg utgår från att lagtexten gäller, såtillvida som beslutanderätt skall kunna överlåtas till EU även om gemenskaperna inte har ett rättighetsskydd motsvarande det som TF och YGL ger åt den fria åsiktsbildningen, vilket torde vara riktigt (se Några rättsliga problem vid en EU-anslutning, FT 1994 s. 277-79, jfr även KU på s. 17). Frågan är dock om KU genom sina uttalanden lyckats sätta en gräns bortom vilken ytterligare överlåtelse av beslutanderätt inte kan ske utan grund-

behandlas i detta avsnitt, medan lagstiftningsproceduren, lagrådet och lagprövningsrätten analyseras närmare nedan.[3]

Den historiska utveckling som lett fram till det nuvarande regelsystemets utformning behandlas också närmare längre fram i framställningen.[4] Redan här kan dock något översiktligt sägas om de nuvarande reglernas bakgrund.

Det första uttrycket i svensk lag för att medborgarna åtnjöt ett skydd för vissa, inte närmare specifiserade rättigheter fanns i Magnus Erikssons allmänna landslag, som utfärdades omkring 1350.[5] I dennas konungabalk stadgades att varje tillträdande svensk konung skulle gå ed på att »styrka rättvisa och sanning och nedtrycka vrångvisa, osanning och orätt» samt att »vara allmogen trygg och trogen, ingen fattig eller rik fördärva till liv eller lem, utan att han blivit förvunnen efter rikets lag, och ej av någon taga hans gods utan efter laga dom».[6] Härur kan utläsas ett skydd åtminstone för den personliga friheten och rätten till egendom. Liknande formuleringar förekom i senare grundlagar och konungaförsäkringar.

Sveriges moderna konstitutionella historia måste sägas ha inletts med statsvälvningen 1809. Av de fyra grundlagar som därefter antogs är 1810 års Successionsordning alltjämt gällande rätt, medan 1810 års RO gällde till 1866, då ståndsriksdagen ersattes av tvåkammarsystemet. 1974 kom så en ny RO, vilken dock inte har grundlagsstatus (ehuru den är svårare att ändra än en vanlig lag). Den TF som antogs 1810 ersattes av en ny grundlag 1812, som gällde tills den nuvarande TF antogs 1949.

Den 1809 antagna RF gällde tills den nuvarande RF trädde i kraft den 1 januari 1975. 1809 års RF (GRF) innehöll i § 16 en rättighetsregel, som byggde på den gamla landslagens konungaed.[7] Skyddet för de medborgerliga rättigheterna i 1809 års RF var dock

lagsändring. Som Strömberg konstaterar bygger detta synsätt på att det i den överlåtelse av beslutanderätt som nu skett kan intolkas ett »tyst förbehåll för vissa centrala konstitutionella principer». Jag delar Strömbergs tveksamhet inför möjligheten att åberopa ett sådant tyst förbehåll gentemot EU, liksom i fråga om huruvida unika svenska rättsprinciper kan anses innefattade i den yttersta gräns för godtagbara EU-beslut som ECHR och medlemsstaternas konstitutionella traditioner utgör. Vad som mer allmänt kan sägas om KU:s resonemang är dock att utskottet verkligen bemödat sig om att gå till botten med de rättsliga problemen och inte dolt dessa i intetsägande kompromissformuleringar. I jämförelse med den andra stora grundlagsändringen som gäller från 1 januari 1995, införlivandet av ECHR i svensk rätt, framstår dessa motivuttalanden i en särdeles fördelaktig dager (jfr nedan kap. 18.2.5). Intressant är också att rättighetsskyddet både i det nya stycket i 10:5 och i KU:s resonemang tillerkänts så stor politisk och principiell betydelse som nu skett; detta är faktiskt något nytt i svensk konstitutionell historia. Slutligen kan konstateras att orden »så länge» i 10:5 st. 1 knappast införts av en tillfällighet; inflytandet från Solange-avgörandena i BVerfG är här tydligt. (Se om dessa ovan i 11.6.1 under ba.)

3. Se resp. kap 15.2, 17.1.2 o. 18.
4. Se kap. 16.
5. Se bl.a. Hans Danelius, Mänskliga rättigheter, 4 uppl., Stockholm 1989 s. 73.
6. Den ursprungliga lydelsen återges av C.A. Reuterskiöld i StvT 1897-99 s. 282, vartill hänvisas.
7. Se, förutom Danelius, KU 1938:16, bil., s. 4, Nils Herlitz, Svenska statsrättens grunder, Stockholm 1948 s. 301 samt Gustaf Petrén/Hans Ragnemalm, Sveriges grundlagar, 12 uppl., Stockholm 1980 s. 39. Jfr även Petrén, Vägen till en svensk rättighetskatalog, i Skrifter till minnet av Halvar G.F. Sundberg, Stockholm 1978, s. 19 och Fredrik Lagerroth, Moderna författningar mot historisk bakgrund, Stockholm 1955 s. 133: »Landslagens bestämmelser härvid äro av den art, att de kunnat nästan ordagrant upprepas av den nyare tidens regeringsformer, senast den nu gällande...» samt C.A. Reuterskiöld, Vår Regeringsforms Magna Charta, StvT 1897-99 s. 282: »Sina anor kan § 16 också föra tillbaka ända till lands- och landskapslagarna...såvidt fråga är om förhållandet mellan individen och det borgerliga samhället, innehåller den endast ett bekräftande af äldre rätt...». Bestämmelsen hade följande lydelse: »Konungen bör rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda, ingen fördärva eller för-

svagt; denna innehöll ingen rättighetskatalog och var anmärkningsvärt opåverkad av tidens liberala upplysningsströmningar; något egentligt inflytande från de amerikanska och franska revolutionernas konstitutionella landvinningar är svårt att finna i GRF.[8] 1814 års norska grundlag ger exempelvis ett betydligt modernare intryck.[9] Som värn för individens rättigheter framstod också § 16 i GRF snart nog som otillräckligt; någon reell betydelse i rättspraxis fick stadgandet aldrig.[10]

Att svenska medborgare före den 1 januari 1975 i realiteten åtnjöt ett betydligt starkare skydd för sina medborgerliga rättigheter än det som följde av § 16, berodde inte bara på att tryckfriheten ända sedan 1766 varit grundlagsskyddad[11] utan också på att lagstiftande och övriga myndigheter sedan lång tid **i praktiken** visat att de respekterade betydligt fler rättigheter än de som nämndes i denna bestämmelse. § 16 i GRF kom därför att illa återspegla de verkliga förhållandena, varför det var naturligt att flera förslag om en modernisering av grundlagens rättighetsbestämmelser kom att framföras mot mitten av 1900-talet.

Det långvariga konstitutionella reformarbete som så småningom kom att leda fram till utarbetandet och antagandet av 1974 års RF kommer att skildras närmare i kap. 16. Här kan bara helt kort nämnas att reglerna i RF tillkommit i tre steg 1974, 1976 och 1979 (varjämte några tillägg beslöts 1994). Uppräkningen av flertalet av de skyddsvärda rättigheterna och kravet att begränsningar av dessa måste beslutas i lag tillkom 1974, medan preciseringarna av de tillåtna inskränkningsändamålen i 2:12 st.2 resp 2:13-14

därva låta, till liv, ära, personlig frihet och välfärd, utan han lagligen förvunnen och dömd är, och ingen avhända eller avhända låta något gods, löst eller fast, utan rannsakning och dom, i den ordning, Sveriges lag och laga stadgar föreskriva; ingens fred i dess hus störa eller störa låta; ingen från ort till annan förvisa; ingens samvete tvinga eller tvinga låta, utan skydda var och en vid en fri utövning av sin religion, så vitt han därigenom icke störer samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer. Konungen låte en var bliva dömd av den domstol, varunder han rätteligen hörer och lyder.»

Nytt i förhållande till den gamla konungaeden var här som synes dels ett utvidgat skydd för den personliga friheten och husfriden, dels skyddet för samvets- och religionsfriheten. Betydelsen av skyddet för den personliga friheten analyseras närmare av Gunnar Bramstång i 1809 års regeringsform § 16 och de administrativa frihetsberövandena, Rättshistoriska studier, Serie II, Sjunde bandet, Lund 1982 s. 1-68. Egendomsskyddet liksom religionsfriheten och en eventuell likhet inför lagen behandlas av Halvar Sundberg, i Fahlbeck/Jägerskiöld/Sundberg, Medborgarrätt, Stockholm 1947 s. 208 f, 249 f samt 222. Kraven för ingrepp (»förvunnen och dömd», »i den ordning, Sveriges lag och laga stadgar föreskriva») behandlas bl.a. av Herlitz, a.a.s. 303 ff. – Vad särskilt gäller religionsfriheten märks att denna i realiteten överhuvudtaget inte skyddades i den svenska lagstiftningen förrän vid 1800-talets mitt; det ökända konventikelplakatet från 1726, som förbjöd alla andra sammankomster för andaktsövningar i privata hus än husandakt, upphävdes först 1858. Fullständig religionsfrihet med rätt till offentlig utövning av andra religioner än de kristna, kom dock först med den nuvarande religionsfrihetslagen från 1951. En historisk genomgång av religionsfrihetens utveckling fram till 1938 ges i KU 1938:16, bil., s. 14.

8. Se närmare om denna omdiskuterade fråga nedan kap. 16.2.
9. Jfr ovan kap. 5.1.
10. Se bl.a. SOU 1975:75 s. 64, Danelius, a.a. och Håkan Strömberg, Grundlag och medborgarrätt, s. 35 f samt kap. 16.2. Jfr Bramstång, a.a.s. 66: »Doktrinen har, som av denna undersökning framgått, på ett betydligt livaktigare sätt än rättspraxis bidragit till att hålla intresset för GRF § 16 vid makt.» Jfr dock nedan, kap. 18.1, om domstolarnas lagprövningsrätt före införandet av RF 11:14. Att stadgandet i doktrinen inte sällan beskrivits som en svensk Magna Charta (se bl.a. Reuterskiöld, a.a.s. 294: »...den paragraf i vår regeringsform, hvilken ej utan skäl kan betecknas som vårt lands Magna Charta» och Stig Jägerskiöld, Mot vem riktar sig RF § 16?, Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt, Uppsala 1947 s. 129) ändrar därvidlag ingenting i sak.
11. En hänvisning härtill fanns i 86 § GRF.

tillkom 1976 och procedurreglerna i 2:12 st.3-5 jämte grundlagsfästandet av lagprövningsrätten och de nuvarande bestämmelserna om lagrådets befogenheter infördes 1979. Det viktigaste inslaget i 1994 års reform är införlivandet av ECHR i svensk rätt.[12] Avsikten med införlivandet av ECHR är att skapa en form av dubbelt rättighetsskydd, så att den enskilde medborgaren skall kunna åberopa både RF:s och konventionens regler gentemot svenska myndigheter.[13] Konventionens materiella innehåll, så som den tolkats av ECtHR, har genomgåtts ovan i kap. 12, varför det ej behöver kommenteras ytterligare i detta avsnitt. Den juridiskt intressantaste frågan i samband med införlivandet är vilken ställning ECHR i framtida lagprövningssituationer kommer att ha i förhållande till svensk lag och grundlag; denna fråga behandlas i kap. 18.2.5.

Först den 1 januari 1975 fanns således i Sverige en någorlunda utförlig rättighetskatalog, med rättighetsregler som är bindande för lagstiftare och domstolar. Visserligen har inte heller dessa regler ännu fått särskilt stor praktisk betydelse, men icke desto mindre måste införandet av rättighetskatalogen betraktas som en historisk konstitutionell nymodighet.[14]

Grundläggande för strukturen i 2 kap. RF är det faktum att vissa rättigheter kan begränsas genom lag, medan andra i princip är omöjliga att begränsa. De rättigheter som inte är möjliga att begränsa genom lag kallas i den svenska doktrinen i allmänhet *absoluta*, medan de som kan begränsas brukar benämnas *relativa*.[15] Ibland används även uttrycken orubbliga (undantagslösa) respektive begränsningsbara rättigheter.[16]

Gemensamt för de rättighetsregler som samlats i 2 kap. RF är dock att de är avsedda att vara rättsligt bindande. Bestämmelserna i 2 kap. måste därför skiljas från det s.k. målsättningsstadgandet i RF 1:2, som på följande sätt anger vilka målsättningar som bör vara vägledande för all offentlig verksamhet i Sverige:

> Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.
>
> Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd skall vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Det skall särskilt åligga det allmänna att trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt att verka för social omsorg och trygghet och för en god levnadsmiljö.
>
> Det allmänna skall verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden. Det allmänna skall tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter samt värna den enskildes privatliv och familjeliv.

12. Lag 1994:1219, se även RF 2:23.
13. Se prop 1993/94:117 s. 39. I det konkreta fallet kan således den enskilde åberopa det skyddssystem som innehåller förmånligast regler; se Ulf Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, JT 1994-95 s. 264.
14. Jfr t.ex. Björn Molin (fp) i riksdagsdebatten om antagandet av 1974 års RF: »Låt mig, herr talman, till sist bara påminna om att i ett längre perspektiv så är detta beslut slutet på en många hundraårig kamp för folksuveränitet och demokrati. Beslutet utgör folkmaktens slutliga seger över kungamakt och herremakt. I det perspektivet är det inte svårt att råda kammaren att anta det vilande grundlagsförslaget.» Prot. 1974:30 s. 79.
15. Se t.ex. Strömberg, Sveriges författning 13 uppl., Lund 1992 (nedan **Sveriges författning**) s. 74 ff samt i Grundlag och medborgarrätt s. 32 f och Petrén/Ragnemalm, a.a.s. 42 samt Karl-Göran Algotsson, Medborgarrätten och regeringsformen, Stockholm 1987 s. 29 not 24.
16. Jfr SOU 1975:75 s. 22 f och Holmberg/Stjernquist, Vår författning, 10 uppl., Stockholm 1995 (nedan **Vår författning**) s. 57 f.

> Etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv bör främjas.

Denna regel, som vid sidan om barnens rätt till utbildning i RF 2:21 är det enda stadgandet i den svenska grundlagen om sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter, är ett rent målsättningsstadgande som inte är rättsligt bindande utan enbart innehåller en programförklaring för den offentliga verksamheten.[17] Att åberopa bestämmelsen inför domstol torde exempelvis normalt vara utsiktslöst.[18]

Enligt gängse svensk statsrättsterminologi[19] innehåller 2 kap. fyra huvudtyper av rättighetsregler, nämligen de *positiva opinionsfriheterna* (yttrande-, informations-, mötes-, demonstrations-, förenings- och religionsfrihet) i 2:1, de *negativa opinionsfriheterna* (negativ yttrande-, mötes-, demonstrations- och föreningsfrihet samt förbud mot åsiktsregistrering och regler om skydd mot integritetskränkande dataregistrering) i 2:2-3, de s.k. *kroppsliga fri- och rättigheterna* i 2:4-8, samt, slutligen, en grupp *särskilda rättssäkerhetsgarantier* i 2:9-11. Därutöver innehåller 2 kap. i 12-14 §§ bestämmelser om i vilken utsträckning det är möjligt för lagstiftaren att begränsa rättigheterna i 2:1-11, bestämmelser om allmänna diskrimineringsförbud – som gäller för all normgivning – i 2:15-16, några rättigheter med uttalat svagt grundlagsskydd i 2:17-20 (facklig frihet, egendomsskydd, upphovsrätt och näringsfrihet), rätt till skolutbildning i 2:21 samt en reglering av i vilken utsträckning rättigheterna gäller för utländska medborgare i 2:22.

Av 2:12 st.1 framgår vilka av rättigheterna i 2 kap. som kan begränsas genom lag[20] och därigenom också, e contrario, vilka rättigheter som är absoluta. I lagrummet fastslås nämligen att rättigheterna i 1 § 1-5 (dvs de positiva opinionsfriheterna med undantag för religionsfriheten), 6§ (skydd mot påtvingat kroppsligt ingrepp av annat slag än dödsstraff, kroppsstraff, tortyr och medicinsk påverkan i syfte att framtvinga eller hindra yttranden samt skydd mot kroppsvistation, husrannsakan, brevundersökning och hemlig avlyssning respektive telefonavlyssning), 8 § (skydd mot frihetsberövande och rörelsefrihet) samt i 11 § 2 st (krav på offentlighet vid domstolsförhandlingar) kan begränsas genom lag. Närmare förutsättningar för sådana begränsningar anges i 2:12 st. 2 samt i 2:13-14 (även diskrimineringsförbuden i 15-16 §§ bör givetvis beaktas i sammanhanget). Härav följer att övriga rättigheter **inte kan begränsas**. Som kommer att framgå

17. Se bl.a. Vår författning s. 46 o. 51 m.h.t. förarbeten och Strömberg i Sveriges författning s. 72. För en närmare analys av bestämmelsens innehåll, med rikliga hänvisningar till kommentarer i doktrin och förarbeten, hänvisas till Olle Nyman, Regeringsformens målsättningsstadganden, FT 1984 s. 289-303; se även Holmberg/Stjernquist, Grundlagarna, Stockholm 1980 (nedan **Grundlagarna**) s. 45 ff.
18. Jfr Grundlagarna s. 45 och Strömberg, Grundlag och medborgarrätt s. 32. – Bogdan anser sig dock ur omnämnandet av den enskildes ekonomiska välfärd som ett av de grundläggande målen för den offentliga verksamheten i 1:2 st. 2 kunna utläsa »ett särskilt konstitutionellt skydd för medborgarnas äganderätt till sådana förmögenhetsobjekt vilka utgör den grundläggande förutsättningen för deras välfärd, såsom kläder och nödvändig heminredning, kanske också vissa sparade penningmedel.» Se Grundlagsskyddet för äganderätten, FT 1988 s. 73-74. Ett liknande synsätt antyds av lagrådet i prop. 1986/87:61 s. 82; ståndpunkten förefaller logisk och rimlig, men stadgandets räckvidd har ännu aldrig prövats i praxis.
19. Se bl.a. Sveriges författning s. 73, Vår författning s. 52 ff och Petrén/Ragnemalm s. 42.
20. Här bortses från de rättighetsregler i 2:3 st. 2 samt i 2:17-19 vilka uttryckligen anger att där omnämnda rättigheter skyddas i den utsräckning som följer av gällande lagar. Skyddet för näringsfriheter i 2:20 är f.ö. ännu svagare än så. Se nedan på s. 557.

nedan är dock även skyddet för de absoluta rättigheterna av något skiftande karaktär.

I 2:12 st.3-5 anges hur rättighetsbegränsande lagar skall antas. Dessa och vissa anslutande bestämmelser i RO kommer, liksom reglerna i 2:12 st.2 om begränsningarnas materiella förutsättningar, att behandlas närmare i kap. 15. Här skall först de enskilda rättighetsreglerna genomgås, varefter några för rättigheterna gemensamma frågor rörande deras räckvidd och giltighetsområde behandlas.

14.1.2 De enskilda rättigheterna

2 kap. inleds med vad som brukar kallas de positiva opinionsfriheterna. Först av dessa nämns yttrandefriheten, som här ganska vitt definieras som en »frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor». I 2:1 st. 2 görs en hänvisning till TF och YGL; som nämns här regleras tryckfriheten – dvs rätten att yttra sig i tidningar, tidskrifter och böcker – i TF samt yttrandefriheten i radio, TV, filmer, video med flera medier i YGL. Frågan är därför vilka former av yttrandefrihet RF, efter YGL:s införande, skyddar och hur RF:s yttrandefrihetsbegrepp förhåller sig till TF:s (vilket YGL i sin tur i stort sett bygger helt på).

De yttranden som varken regleras av TF eller YGL är förutom sådana som framförs mellan enskilda eller i en trängre krets dels sådana som framförs vid teaterföreställningar och konstutställningar, dels de som framförs vid offentliga, icke radio- eller TV-sända möten. I och med att den konstnärliga yttrandefriheten självfallet omfattas av RF:s yttrandefrihetsbegrepp åtnjuter följaktligen den förstnämnda formen av yttrandefrihet skydd i RF. Yttranden som framförs vid offentliga möten skyddas även av mötesfriheten i 2:1 p. 3, vilket har den praktiska betydelsen att en lag som på något sätt begränsar yttrandefriheten vid möten måste uppfylla inte bara de allmänna kraven för begränsningar av rättigheter i 2:12 st. 2 och de speciella kraven för begränsning av yttrandefriheten i 2:13, utan också de speciella kraven för begränsning av mötesfriheten i 2:14.[21] De yttrandeformer som »enbart» skyddas av RF åtnjuter emellertid i praktiken ett svagare skydd än de som regleras i TF respektive YGL, vilka endast kan inskränkas genom grundlagsändring.

Gemensamt för de tre grundlagarna är att en viss typ av yttranden i princip definitionsmässigt faller utanför; de yttranden som med en något klumpig formulering från TF:s förarbeten anses vara »brottsliga i annat avseende än såsom ett överskridande av yttrandefrihetens gränser»[22] skyddas varken av RF, TF eller YGL. Vad som avses är yttranden vilka ingår som en del i utförandet av ett brott utan att kunna betecknas som missbruk av yttrandefriheten. En uppräkning av lagrum i BrB som av denna anledning inte ansetts utgöra begränsningar av den yttrandefrihet som skyddas i RF gavs i prop 1975/76:209 s. 141 f: Det rör sig om brott som olaga hot, ofredande, förargelseväckande beteende, bestickning med flera gärningar samt också, vilket kanske är viktigare, yttranden som utgör led i bedrägeri, utpressning eller andra förmögenhetsbrott. Härvidlag har yttran-

21. Jfr justitieministern i prop 1975/76:209 s. 105.
22. SOU 1947:60 s. 115.

defrihetsskyddet i alla tre grundlagarna samma innebörd.[23] Större är skillnaden beträffande reklam: Beträffande TF är det sedan länge klarlagt i rättspraxis att rent kommersiell reklam inte åtnjuter grundlagsskydd[24] och ingenting tyder på att utvecklingen kommer att bli annorlunda beträffande YGL. Bestämmelsen i RF 2:13 st. 1 om att friheten att yttra sig i näringsverksamhet får begränsas måste emellertid tolkas som att även rent kommersiella reklamyttranden innefattas i 2:1 p. 1.[25]

Yttrandefriheten står i ett nära samband med informationsfriheten, vilken ibland beskrivits som en spegelbild av yttrandefriheten.[26] Informationsfriheten beskrivs i 2:1 st. 2 som »frihet att inhämta och mottaga upplysningar samt att i övrigt taga del av andras yttranden.» Det bör observeras att denna informationsfrihet inte innefattar den i TF 2 kap. reglerade rätten att ta del av allmänna handlingar.[27]

Mötesfriheten eller friheten »att anordna och bevista sammankomst för upplysning, meningsyttring eller annat liknande syfte eller för framförande av konstnärligt verk», som rättigheten beskrivs i RF 2:1 p. 3, kan här behandlas tillsammans med demonstrationsfriheten i 2:1 p.4. De bägge rättigheterna kan enligt 2:12 st. 1 och 2:14 begränsas på samma sätt och för samma ändamål och de har således fått en enhetlig reglering.[28]

23. Jfr till det sagda RF 2:13 st. 3: »Som begränsning av yttrandefriheten och informationsfriheten anses icke meddelande av föreskrifter som utan avseende på yttrandes innehåll närmare reglerar visst sätt att sprida eller mottaga yttranden.»
24. Det kan understrykas att detta enbart gäller **rent** kommersiell reklam, dvs yttranden som inte jämsides med ett reklambudskap också innehåller något opinionsbildande budskap. Som justitieministern uttryckte saken i prop 1970:57 med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m. (s. 67): »För egen del vill jag...förorda att ingripande mot reklam i tryckt skrift begränsas till sådana framställningar som har rent kommersiella förhållanden till föremål, dvs avser en näringsidkares affärsverksamhet eller där tillhandahållna varor och tjänster. Generalklausulen (i MFL, min anm.) bör inte kunna användas för att ingripa mot reklam i tryckt skrift vilken är inriktad på att bibringa allmänheten vissa allmänna värderingar eller påverka dess allmänna beteende i viss riktning.» Tydligheten hade möjligen ökat om det lilla ordet »enbart» skjutits in före »avser» i den första meningen. Jfr till det sagda även prop 1975/76:209 s. 109 och se vidare nedan i 14.2 m.h.t. praxis.
25. Jfr Petrén/Ragnemalm s. 44 och Grundlagarna s. 70.
26. Se prop 1975/76:209 s. 110 liksom Grundlagarna s. 72.
27. Ett förslag om att inkludera rätten att ta del av allmänna handlingar i 2:1 p. 2 framfördes i FRU:s slutbetänkande. Förslaget kritiserades under remissbehandlingen av juridiska fakulteten vid Lunds universitet, som framhöll att rätten att ta del av allmänna handlingar är en rätt att kräva en positiv prestation av myndigheterna, medan informationsfriheten enbart är en handlingsfrihet för den enskilde innefattande t.ex. en rätt att inneha radio- och TV-apparater, varför de två olikartade friheterna inte borde sammanföras i samma lagrum. Justitieministern anslöt sig till denna bedömning (se prop 1975/76:209 s. 231), varefter det får anses klarlagt att rätten att ta del av allmänna handlingar enbart regleras i TF 2 kap. Jfr prop 1975/76:209 s. 110. En särskild regel om informationsfrihet i den mening som juridiska fakulteten i Lund och justitieministern avsåg har f.ö. införts i YGL 1:3 st. 3, där alla myndigheter och allmänna organ förbjuds att p.g.a. innehållet i radio- eller TV-program förbjuda eller hindra »innehav eller användning av sådana tekniska hjälpmedel som behövs för att kunna ta emot radioprogram (vari innefattas TV-program, min anm.; se närmare avsnitt 14.3) eller för att kunna uppfatta innehållet i filmer eller ljudupptagningar». Informationsfriheten har härigenom således fått ett förstärkt grundlagsskydd.
28. Den skillnad som möjligen finns mellan ett möte och en demonstration är som Holmberg/Stjernquist framhåller (Grundlagarna s. 73) närmast att en demonstration kan genomföras av en enda person, medan ett möte kräver åtminstone tre deltagare. En annan skillnad, som dock saknar såväl rättslig som praktisk betydelse, är att ett typiskt möte i första hand vänder sig »inåt», mot mötesdeltagarna, medan en demonstration kan sägas vara riktad »utåt», med ett budskap till andra än dem som deltar i den (a.a.). I praktiken torde dock gränserna häremellan

Endast sådana regler som avser själva mötessituationen, t.ex. regler om krav på tillstånd för genomförande av möten, anses utgöra begränsningar av mötes- eller demonstrationsfriheten.[29] Enligt 2 kap. 4 § Ordningslagen (1993:1617) får allmän sammankomst inte äga rum på offentlig plats[30] utan tillstånd av polismyndigheten. Tillstånd får vägras om det är nödvändigt med hänsyn till trafik eller ordning och säkerhet vid sammankomsten (eller i dess omedelbara omgivning).[31] Av 2:14 framgår också att mötes- och demonstrationsfriheten får begränsas av hänsyn till ordning och säkerhet respektive till trafiken. Beträffande den *religiösa mötesfriheten* följer av 2-3 §§ i religionsfrihetslagen (1951:680) att envar har rätt att för religiös gemenskap delta i sammankomst och att samma regler gäller för offentliga gudstjänster som för andra sammankomster.[32]

Föreningsfriheten i 2:1 p. 5, friheten »att sammansluta sig med andra för allmänna eller enskilda syften», skyddar rätten att bilda allehanda former av föreningar och sammanslutningar, inklusive föreningar med rent ekonomiskt syfte.[33] Det ställs i sammanhanget inget krav på att den förening som bildas skall vara en juridisk person.[34] Som

nästan helt ha suddats ut. En fråga är dock vad som krävs för att en demonstration skall anses föreligga; med ledning från förarbeten (se SOU 1975:75 s. 192) kan hävdas att det inte är fråga om en demonstration i RF:s mening när en grupp människor drar skrikande och sjungande genom gatorna, utan något slags **åsiktsmanifestation** erfordras. Jfr Bertil Wennergren, Demonstrationsfrihet och civil olydnad, i Om våra rättigheter IV, Stockholm 1990 s. 112. En annan skillnad mellan rättigheterna är att mötesfriheten enligt RF 2:1 p. 3 även skall omfatta framförande av konstnärligt verk. Bakgrunden härtill är att mötesfriheten enligt prop 1975/76:209 s. 106, 111 o. 143 i möjligaste mån bör korrespondera med yttrandefriheten. Begreppet »konstnärlig» skall enligt detta motivuttalande inte uppfattas som ett kvalitetskrav, utan som en beteckning på vissa former av yttranden.

29. Se Grundlagarna s. 74.
30. Begreppet offentlig plats definieras i 1:2 Ordningslagen. Någon skillnad i sak mot »allmän plats» enligt RF 2:1 torde inte föreligga; jfr Strömberg, Några kommentarer till Ordningslagen, FT 1994 s. 2. Enligt 2:1 st. 3 Ordningslagen gäller bestämmelserna om allmänna sammankomster även om det vid denna förekommer »mindre inslag av underhållning eller förströelse av annat slag än framförande av konstnärligt verk»; som Strömberg konstaterat (a.a.s. 6) bör detta innebära att även pornografiska föreställningar räknas till allmänna sammankomster, förutsatt att de ges viss konstnärlig inramning.
31. Se beträffande möjligheterna att vägra tillstånd p.g.a. störningar i sammankomstens omgivning samt beträffande den delvis nya gränsdragningen mellan allmänna sammankomster och offentliga tillställningar Strömberg, a.a.s. 7 f och Carl G. Persson/Göran Rosenberg/Kazimir Åberg, Ordningslagen – Kommentarer och rättspraxis, Stockholm 1994 s. 105 f. Som betonas i kommentaren till Ordningslagen bör dock tillstånd till en allmän sammankomst endast i undantagsfall kunna vägras för att oroligheter – t.ex. bullerstörningar – befaras i sammankomstens omgivningar. Det kan konstateras att möjligheterna för polisen att vägra tillstånd enligt 2 kap. Ordningslagen blivit tämligen vida. Som Strömberg konstaterar håller sig bestämmelserna ändå inom ramen för vad som är tillåtet enligt 2 kap. RF.
32. I detta sammanhang kan också nämnas att det i öb p. 4 till 1976 års ändringar i RF föreskrivs att filmcensur kan tillåtas i lag, trots att den begränsning av mötesfriheten som censuren innebär knappast är förenlig med 2:14. Se vidare om filmcensur i kap. 14.3.
33. Jfr justitieministern i prop 1975/76:209 s. 112: »Avsikten med den här behandlade bestämmelsen är att ge medborgarna vidsträckta möjligheter att sluta sig samman för att gemensamt verka i olika syften. Det är härvid knappast möjligt att göra skillnad mellan olika legitima syften beroende på vilken grad av betydelse dessa kan ha för den fria åsiktsbildningen i samhället.»
34. Jfr Grundlagarna s. 77 och SOU 1975:75 s. 316: »Även på annat sätt organiserade sammanslutningar såsom byalag och aktionsgrupper innefattas av grundlagsskyddet. Ett visst mått av organisation och beständighet bör dock föreligga för att det inte endast skall vara fråga om en sammankomst, som faller in under mötesfriheten...I föreningsfriheten ingår inte någon rätt för sammanslutning att bli erkänd som en juridisk person.» Jfr även lagrådets yttrande den 12 oktober 1992 över förslag till ändring i föreningsbankslagen, prop 1992/93:69 s. 109.

framgår av 2:14 st. 2 är föreningsfriheten svårare att begränsa än de övriga positiva opinionsfriheterna, med undantag för religionsfriheten.[35]

Frågan huruvida s.k. negativ föreningsfrihet, dvs rätten att inte behöva vara medlem i en förening, bör införas i svensk rätt diskuterades senast av FRK, som avvisade detta.[36] Till skillnad från vad som gäller för övriga opinionsfriheter erkänns alltså inte i svensk rätt någon negativ föreningsfrihet.[37] Förutsättningarna för införande av en sådan har dock sannolikt ändrats något sedan ECtHR 1993 erkänt denna som en mänsklig rättighet.[38]

Religionsfriheten kan jämlikt 2:12 st. 1 e contrario överhuvudtaget inte begränsas. Vilken är egentligen den praktiska innebörden härav? Är vilka vålds- eller provokationsexcesser som helst tillåtna i den fria religionsutövningens namn?

Det kan observeras att religionsfriheten inte var obegränsad enligt § 16 i 1809 års RF, där det hette att konungen skulle »ingens samvete tvinga eller tvinga låta, utan skydda envar vid en fri utövning av sin religion, så vitt han därigenom icke störer samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer.» Detta synsätt går igen i 1 § religionsfrihetslagen, som stadgar att »(E)nvar äger rätt att fritt utöva sin religion, såvitt han icke därigenom stör samhällets lugn eller åstadkommer allmän förargelse.» I vilket avseende har då rättsläget ändrats i och med att religionsfriheten vid grundlagsändringen 1976 »upphöjdes» till en absolut rättighet?

Religionsfriheten beskrivs i 2:1 p. 6 som en »frihet att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion.» Avgränsningen av religionsfriheten från andra, mindre skyddsvärda beteenden försvåras av att inga försök gjorts i förarbeten att definiera vad som är **religion** respektive **religionsutövning**; kan meningen vara att alla sorters andliga eller förment religiösa rörelser, även sekter med hård disciplin, »hjärntvätt» av medlemmarna och personkult kring ledaren skall skyddas av RF 2:1 p. 6?[39]

Justitieministern yttrade sig i prop 1975/76:209[40] på följande sätt om religionsfrihetens karaktär:

> Religionsfriheten anses t.ex. normalt innefatta inte bara en frihet att hysa viss religiös övertygelse och att enskilt utöva sin religion utan också frihet att sprida och ta del av religiös förkunnelse, att anordna och delta i gudstjänster samt att bilda och medverka i religiösa sammanslutningar. Samtidigt som det är angeläget att bereda dessa särskilda inslag i religionsfriheten ett tillfredsställande skydd är det självklart att reglerna om religionsfriheten inte får hindra att de bestämmelser som i allmänhet gäller för begränsning av yttrande-, informations-, mötes-, demonstrations-, och föreningsfriheterna är tillämpliga också när dessa friheter utövas i religiösa sammanhang. Det är t.ex. angeläget att under en epidemi kunna hindra sammankomster där smitta kan spridas vare sig det är fråga om gudstjänster, teaterföreställningar eller politiska mö-

35. Se närmare nedan kap. 15.1.
36. SOU 1993:40 A s. 19 o. 153 ff.
37. Detta framgår i praxis bl.a. av målet NJA 1982 s. 853, där HD dock fann att frågan om medlems rätt till utträde ur en fackförening borde prövas av domstol, inte av skiljemän som fackföreningen önskade. Bestämmelserna om skiljemän i föreningsstadgarna framstod som oskäliga för medlemmen.
38. I målet Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland, dom 30 juni 1993, Series A No 264, anförd ovan i kap. 12.2.1.
39. Jfr Strömberg, Hädiska tankar om religionsfriheten, i Om våra rättigheter, Stockholm 1980 s. 42 f med kritik mot motivens knapphändighet härvidlag.
40. S. 114.

ten. Ärekränkande yttranden måste, för att ta ett annat exempel, kunna beivras också när de fälls i religiösa sammanhang, och rasistisk verksamhet skall givetvis kunna hindras också när den till äventyrs bedrivs under religiös täckmantel.

Innebörden härav är klar: De övriga positiva opinionsfriheterna får inget förstärkt skydd när de utövas i religiösa sammanhang eller med religiösa förtecken och en vanligtvis straffbar handling – t.ex. månggifte – är inte skyddad bara för att den förekommer i ett religiöst sammanhang (jfr 1 § religionsfrihetslagen). Inte heller kan religionsfriheten åberopas till stöd för exempelvis kvinnlig omskärelse eller för föräldrars rätt att eftersätta sin vårdnadsskyldighet gentemot sina barn. Men vilken är då religionsfrihetens icke begränsningsbara kärna? På vilka punkter skiljer sig religionsfriheten från de övriga rättigheterna i 2:1? Jo, visserligen kunde det enligt justitieministern[41] »hävdas att en reglering som innebär att religionsfriheten görs begränsningsbar skulle ge en riktigare bild av rättsläget på området.» Å andra sidan förhöll det sig enligt ministern så att »de moment i religionsfriheten som inte hämtar inslag från övriga opinionsfriheter – främst *friheten till enskild religionsutövning* (min kursivering) – inte bör kunna underkastas några särskilda begränsningar.» Inte heller såg justitieministern någon anledning att tillåta sådana begränsningar av religionsfriheten som skulle utgöra »inskränkningar i rätten att yttra sig, ta del av yttranden, anordna och delta i möten eller att bilda sammanslutningar just i religiösa sammanhang»; hårdare begränsningar av yttrande-, mötes- eller föreningsfriheten i religiösa än i andra sammanhang är med andra ord inte godtagbara. Bortsett från denna föga uppseendeväckande markering återstår således i stort sett bara »friheten till enskild religionsutövning»; som Strömberg konstaterat innebär detta att den som går in i sin kammare för att bedja kan göra detta i den trygga förvissningen att han därvid åtnjuter grundlagens oreserverade skydd.[42]

Det anförda ger vid handen att det förstärkta skydd som religionsfriheten jämfört med övriga positiva opinionsfriheter enligt lagtexten åtnjuter i praktiken är tämligen innehållslöst. En mer konkret konsekvens av RF:s religionsfrihetsbegrepp kan dock sägas vara ett förbud mot bestämmelser som uttryckligen riktar sig mot utövningen av en viss religion.[43] Enligt Holmberg/Stjernquist[44] omfattar detta förbud även bestämmelser som fått en allmän avfattning men uppenbart syftar till att motverka en viss religiös riktning, vilket förefaller rimligt mot bakgrund av att grundlagsregler, särskilt rättighetsregler, bör tolkas generöst mot den enskilde.[45]

De okränkbara negativa opinionsfriheterna nämns i 2:2 och 2:3 st. 1. I 2:2 framgår att varje medborgare gentemot det allmänna är skyddad mot tvång att ge till känna sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat hänseende, mot tvång att delta i »sammankomst för opinionsbildning eller i demonstration eller annan meningsyttring»

41. Anf prop s. 115.
42. Hädiska tankar...s. 45.
43. Jfr Strömberg i Sveriges Författning s. 74 och Hädiska tankar...s. 45 samt Grundlagarna s. 79.
44. Grundlagarna s. 79.
45. Jfr om grundlagstolkning nedan under 18.2.4.

eller att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund eller annan sammanslutning.[46] Ingen kan således tvingas att delta i politiska, ideologiska, religiösa eller kulturella aktiviteter mot sin vilja. Det bör dock observeras att skyddet enbart gäller mot det allmänna och således inte kan åberopas mot exempelvis en fackförenings beslut att kollektivansluta alla sina medlemmar till ett visst politiskt parti.[47] Enligt 2:3 st. 1 får anteckning om medborgare i allmänt register inte utan hans samtycke grundas **enbart** på hans politiska åskådning. Även här kan konstateras att skyddet – som jämlikt 2:22 e contrario inte gäller till förmån för utlänningar – bara avser **allmänt** register; bestämmelsen hindrar exempelvis inte ett politiskt parti att föra register över sina meningsmotståndare. Även det lilla ordet »enbart» bör observeras; förbudet hindrar inte att en persons politiska åskådning noteras tillsammans med andra omständigheter, t.ex. begångna brott, vilka gör att vederbörande kan betraktas som en säkerhetsrisk. Vad som förbjuds är (a.) registrering i (b.) allmänna register av (c.) politiska åsikter, som (d.) sker antingen helt fristående eller tillsammans med uppgifter vilka helt saknar samband med de politiska åsikterna. Det säger sig själv att gränsen mellan tillåten och förbjuden registrering ofta kan vara svår att dra.[48]

Av de kroppsliga fri- och rättigheterna är förbuden mot dödsstraff, kroppsstraff, tortyr och medicinsk påverkan i 2:4-5 kategoriska och undantagslösa. Dessa behöver knappast genomgås närmare här. Däremot är förbudet i 2:6 mot andra påtvingade kroppsliga ingrepp, kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång, brevundersökning och

46. Se beträffande bestämmelsens förhållande till p. 3 i 1976 års övergångsbestämmelser till RF om medlemskap i svenska kyrkan (där undantag från 2:2 stadgas) Lotta Westerhäll, Religionsfrihet och kyrkotillhörighet, i Festskrift till Håkan Strömberg, Lund 1992 s. 329-341. Beträffande prästkandidaters rätt att motsätta sig kvinnliga präster kan hänvisas till Strömberg, Den klerikala åsiktsfriheten i rättslig belysning, FT 1995 s. 49-53.
47. Se Petrén/Ragnemalm s. 69. Holmberg/Stjernquist konstaterar samma sak (Grundlagarna s. 130): »Offentligrättsliga regler om...förbud för partierna att uppbära bistånd från företag...torde stå i strid med bestämmelsen. Motsvarande torde gälla förbud för föreningar att besluta att kollektivansluta sina medlemmar till visst politiskt parti.» Några rader längre ner i samma stycke gör emellertid författarna helt om och menar i stället (fast samtidigt) att »(E)xempelvis torde ett skydd för enskilda mot att en förening som de tillhör beslutar att ansluta dem till politiskt parti kunna införas utan hinder av grundlagsreglerna om föreningsfriheten.» Dessa motsägelsefyllda och oförenliga ståndpunkter får troligen ses som resultatet av en tankelapsus hos författarna. – Jfr även lagrådets utlåtande den 26 februari 1985 över KU-minoritetens förslag till lagstiftning mot kollektivanslutning till politiska partier, i KU 1984/85:30.
48. Justitieministern beskrev i prop 1975/76:209 s. 118 rättsläget på följande vis: »En regel av denna lydelse innebär bl.a. att ett register där en person finns antecknad på någon grund som saknar varje samband med politisk åskådning inte får kompletteras med en anteckning om den registrerades åskådning i sådant hänseende. I detta fall får en anteckning av senast nämnt slag nämligen anses vara helt självständig och därmed grundad enbart på den antecknades åskådning. Bestämmelsen utgör däremot inte något hinder mot att anteckningar om t.ex. partitillhörighet tillförs ett register över personer som på andra grunder än enbart sin politiska åskådning kan betraktas som säkerhetsrisker. Grunden för anteckningen är i detta fall att vederbörande med hänsyn till samtliga förekommande omständigheter anses utgöra en sådan risk.» Dessa definitioner av tillåtna respektive förbjudna registreringar ger dock ett vagt intryck; avgörande blir enligt justitieministern i praktiken av vilken anledning en person var registrerad i det första skedet. Går det att hävda att denna anledning har **något** samband med vederbörandes politiska åskådning blir en registrering av politisk hemvist, om justitieministerns logik följs, tillåten såframt personen i fråga »med hänsyn till samtliga förekommande omständigheter» kan anses utgöra en säkerhetsrisk. Från rättssäkerhetssynpunkt hade en tydligare distinktion i förarbeten eller doktrin mellan tillåtna och förbjudna registreringar varit önskvärd.

hemlig avlyssning relativt. Eventuell legalisering av elektronisk avlyssning, s.k. buggning, som periodvis diskuterats i den politiska debatten, skulle sålunda enbart kräva ny lagstiftning. Rättigheterna i 2:6 är för övrigt i stor utsträckning begränsade genom lagar, bl.a. i RB, vilka under vissa bestämda förutsättningar tillåter exempelvis husrannsakningar och telefonavlyssning.[49]

Enligt en absolut regel i 2:7 får ingen medborgare landsförvisas eller hindras att resa in i riket eller, förutom under vissa speciella förutsättningar, berövas sitt medborgarskap. Förbudet mot landsförvisning åsyftar en definitiv förvisning och är inte avsett att hindra utlämning av svenska medborgare för brott, eller tidsbegränsad utlandskommendering av statliga tjänstemän, värnpliktiga eller militär personal.

Skyddet för rörelsefriheten i 2:8 är enligt 2:12 st. 1 relativt. Lagar som begränsar denna är vanliga; det som i första hand faller i tankarna är väl de straffprocesuella bestämmelser som möjliggör för domstolarna att döma brottslingar till fängelsestraff. Även värnpliktslagen (1941:967) hör hit.[50]

Undantagslös är däremot garantin i 2:9 för att frihetsberövanden med anledning av brott eller misstanke därom »utan oskäligt dröjsmål» skall prövas av domstol. Som framgår av denna formulering är stadgandet inte tillämpligt på mycket kortvariga frihetsberövanden, vilka det finns bestämmelser om bl.a. i polislagen (1984:387).[51] Den absoluta rättigheten består därför enbart – vilket i sig givetvis är av stor vikt – i en rätt att få frihetsberövandet prövat av domstol inom rimlig tid.[52] Även frihetsberövanden som sker av annan anledning – exempelvis psykisk tvångsvård – skall enligt st. 2 prövas av domstol utan oskäligt dröjsmål (eller av nämnd vars sammansättning är bestämd i lag och vars ordförande är en aktiv eller pensionerad ordinarie domare).

I 2:10 st. 1 förbjuds retroaktiv strafflagstiftning och straffrättskipning. Dels får inte straff eller annan brottspåföljd åläggas för gärning som inte var kriminaliserad när den förövades, dels får inte svårare brottspåföljd utdömas för en gärning som var brottslig

49. En speciell fråga är om bevismaterial som erhållits genom ett myndighetsingripande i strid med 2:6 kan åberopas i en rättegång. I NJA 1986 s. 489 fann såväl HD som övriga instanser att det faktum att ett blodprov tagits av en laboratorieassistent i stället för en sjuksköterska, vilket är ett krav enligt RB 28:13, inte hindrade att det därigenom framställda analysbeviset åberopades som bevisning i en rättegång om rattfylleri. HD fann inte att avvikelsen från RB var sådan att åtgärden var grundlagsstridig. Avgörandet kan motiveras med den fria bevisprövningens princip (jfr RB 35:1), men framstår ändå från flera synpunkter som tveksamt, eftersom det bygger på ett resonemang som i sin förlängning kan leda till att RF 2:6 urholkas. Se närmare kap. 18.3.
50. Begränsningar av rörelsefriheten måste jämlikt 2:12 st. 1 ske genom lag. En oklarhet rådde här tidigare beträffande skolplikten, som före införandet av den nuvarande skollagen (1985:1100) inte reglerades i lag. RegR fann i fallet RÅ 1981 2:14 att skolplikten inte begränsade rörelsefriheten, en ståndpunkt som dock kritiserats i doktrinen (se framför allt Strömberg i Normgivningsmakten, 2 uppl., Lund 1989 s. 86). Efter införandet av skollagen regleras dock under alla omständigheter denna eventuella rättighetsbegränsning i lag.
51. Jfr lagrådet i prop 1983/84:111 s. 155 f (yttrande 27 januari 1984).
52. De nuvarande reglerna (RB 24:13) innebär att ett frihetsberövande måste prövas av domstol inom fyra dygn. Denna snäva tidsgräns infördes 1988 efter några fällande domar mot Sverige vid ECtHR. De mål i svenska domstolar där innebörden av RF 2:9 berörts särskilt var de s.k. kurdmålen; se närmare under 18.3. – Som Strömberg påpekar (Sveriges författning s. 76) strider det naturligtvis inte mot 2:9 att en gripen eller anhållen person friges utan häktningsframställning med åtföljande möjlighet till domstolsprövning.

när den företogs än den påföljd som gällde vid den tidpunkten.[53] Detta förbud kompletteras sedan 1979 med ett förbud mot retroaktiv lag om skatt eller statlig avgift[54], vilket dock utformats så att det blivit tämligen innehållslöst. Stycket inleds med en huvudregel om förbud mot retroaktiv skatte- och avgiftslagstiftning[55], varefter ett antal undantag radas upp. Om riksdagen finner särskilda skäl påkalla det kan en retroaktiv lag godkännas, ehuru retroaktiviteten inte får sträcka sig längre än till den tidpunkt då ett förslag från regeringen eller ett riksdagsutskott hade lämnats till riksdagen. Med ett färdigt regeringsförslag jämställs »ett meddelande i skrivelse från regeringen till riksdagen om att sådant förslag är att vänta.»[56] Syftet med att på detta sätt urholka förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning är att hindra transaktioner med syfte att undgå effekterna av ett redan offentliggjort förslag.[57] Det kan dock ifrågasättas hur mycket som återstår av en egentlig medborgerlig rättighet att slippa utsättas för retroaktiv skattelagstiftning när

53. I rättsfallet RH 89:85 hade spårvägsstyrelsen i Göteborg beslutat att månadskort på spårvägen skulle vara försett med uppgift om namn och personnummer, vilket angavs i text på kortets framsida. En passagerare som vägrade fylla i personnumret ålades i enlighet med gällande taxa av Göteborgs TR att betala en tilläggsavgift om 210 kr. Sedan domen överklagats till Hovrätten för Västra Sverige framkom att spårvägsstyrelsen senare upphävt kravet på att personnumrets fyra sista siffror skulle vara antecknade på månadskortet. Eftersom det inte fanns någon anledning att anta att passageraren skulle ha vägrat att på kortet anteckna sitt födelsedatum befriade HovR, som menade att avgiften var en administrativ sanktion av uppenbart repressiv, strafflikнande karaktär, honom från att utge avgiften.
54. Förbudet mot retroaktivt verkande avgift tillämpades av RegR i ett mål 1993, RÅ 1993:79. Se nedan i kap. 18.3.1 i n. 156.
55. Att detta förbud är ovillkorligt, så att det gäller oavsett vilken uppfattning den skattskyldige har om huruvida en bestämmelse kan tillämpas retroaktivt, har påpekats av lagrådet i yttrande den 29 oktober 1991 (prop 1991/92:54 bil. 2). I detta ärende godtog dock lagrådet en övergångsbestämmelse som gav den skattskyldige möjlighet att välja vilken regel som skulle tillämpas, den nya, med retroaktiv verkan, eller den tidigare gällande. Samma uppfattning hade lagrådet i yttrande den 12 oktober 1980.
56. Detta förfarande begagnades av regeringen senast den 7 april 1995, då skatten på pensionssparande höjdes. Lagrådet diskuterade i ett yttrande den 26 november 1992 (prop 1992/93:151 bil. 3) hur pass detaljerad beskrivningen i en sådan skrivelse av ett kommande förslag måste vara för att en skatteregel skall kunna få tillämpas retroaktivt. I anslutning till ett motivuttalande (i prop 1978/79:195 s. 61) godtog lagrådet att det väsentliga är att det av skrivelsen framgår »vilken typ av transaktion, intäkt, avdrag, etc. som förslaget avser ingripa mot.»
57. Jfr Vår författning s. 56. Se även SOU 1978:34 s. 161: »Man står i situationer av denna typ inför ett besvärligt gränsdragningsproblem. Å ena sidan är det ett samhällsintresse av vikt att lagstiftaren skall kunna handla snabbt, sedan han väl har fått ögonen på ett oförutsett och inte önskvärt sätt att utnyttja gällande skatteregler och i princip har beslutat sig för att ändra dessa. Direkt stötande skulle det vara om just en sådan omständighet som att regeringen lägger fram en proposition med förslag till lag som hindrar ett visst slag av kringgåendetransaktioner till följd av ett undantagslöst retroaktivitetsförbud skulle leda till en ökning av sådana transaktioner fram till dess att lagen har trätt i kraft. En sådan ordning skulle kunna åsamka det allmänna ett skattebortfall, som inte sällan kunde uppgå till avsevärda belopp. Men framför allt vore det förödande för skattemoralen hos alla lojala medborgare att åse hur förslaget i praktiken fungerar närmast som en uppmaning till kringgåendetransaktioner.» Denna motivering till undantaget ger ett intryck av att detta endast skulle kunna tillämpas vid skatteflykt eller kringgående av skattelag. Lagrådet fann dock i yttrande den 18 mars 1992 (prop 1991/92:117 bil. 4) att dess tillämpning i andra fall inte kan vara utesluten, även om det då måste tolkas med betydande restriktivitet. I detta ärende godtog lagrådet retroaktiv ändring av avdragsregler för avgift till arbetsgivarorganisation.

förbudet häremot försetts med så många undantag som här skett.[58]

I 2:11 st. 1 finns ett desto mer kategoriskt förbud mot inrättande av domstolar för speciella mål eller för redan begångna gärningar, ett förbud som givetvis måste ses som en viktig rättssäkerhetsgaranti, inte minst i politiskt oroliga tider. Enligt 2:11 st. 2 skall förhandling vid domstol vara offentlig, men denna rättighetsregel är enligt 2:12 st. 1 relativ och har också i praktiken i stor utsträckning begränsats.

2:12-14 behandlas närmare nedan i kap. 15.

Vad gäller diskrimineringsförbuden i 2:15-16 kan allmänt konstateras att de är bindande vid all normgivning, således inte enbart vid stiftande av rättighetsbegränsande lag. Förbudet i 2:15 avser diskriminering på etnisk grund och 2:16 diskriminering på grund av kön (ehuru diskriminerande föreskrifter som utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt är godtagbara).[59] I sammanhanget märks att föreskrift som innebär särbehandling på grund av kön men antogs innan diskrimineringsförbudet i 2:16 1977 trädde i kraft, enligt 1976 års övergångsbestämmelser till RF (öb. 1976 p. 2) alltjämt gäller.

Från den 1 januari 1995 har för första gången en social rättighet fått skydd i 2 kap. RF, nämligen barnens rätt till skolutbildning, 2:21. Det allmänna skall enligt stadgandet också sörja för att högre utbildning finns. Bestämmelsen innebär dock ingen villkorslös rätt till alla former av utbildning.[60] Tillträde till högre studier blir även fortsättningsvis beroende på urval.

De rättigheter i 2 kap RF som fått det kanske svagaste skyddet är, tillsammans med skyddet för den personliga integriteten i databehandlingssammanhang i 2:3 st. 2, de som nämns i 2:17 och 2:19-20. Gemensamt för dessa regler är att de endast slår fast att medborgarna har vissa rättigheter **i den utsträckning som följer av lag.** (Beträffande näringsfriheten i 2:20 gäller inte ens detta, utan begränsningar får göras utan närmare hinder, men endast för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte att gynna vissa personer eller företag.) Poängen med grundlagsreglering av dessa rättigheter (förutom näringsfriheten och skyddet vid databehandling av personuppgifter också rätten till

58. Holmberg/Stjernquist menar f.ö. att formuleringen »Finner riksdagen särskilda skäl påkalla det» måste tolkas som att frågan om särskilda skäl verkligen förelåg vid lagstiftningstillfället är undandragen de rättstillämpande myndigheternas lagprövning. Se Vår författning s. 56. Om slutsatsen vore riktig accentuerar detta ytterligare den formellt absoluta rättighetens i realiteten svaga ställning, men uppfattningen kan också ses som ett uttryck för författarnas restriktiva tolkning av 2 kap. RF; innebörden av deras påstående är att domstolarna berövas möjligheten att pröva om en lag strider mot denna punkt i 2:10, vilket skulle göra lagprövningsrätten illusorisk i detta avseende och därför förefaller orimligt.
59. En fråga i sammanhanget är om den av regeringen 1995 lanserade idén att tillsätta ett antal professurer vilka endast kvinnor kan söka, respektive att generellt ge kompetenta kvinnliga sökande företräde till lediga professurer är förenlig med 2:16. Så länge det kan visas att behovet av jämställdhet inom universitetsvärlden allmänt sett är mycket stort är detta troligen fallet, men frågan är här var gränsen för det tillåtna går. Nämnas bör att ECJ i en dom den 17 oktober 1995 (450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen) förklarat att en snarlik form av könskvotering strider mot EG-rätten.
60. Se prop 1993/94:117 s. 30.

fackliga stridsåtgärder i 2:17 och konstnärlig upphovsrätt i 2:19) kan därför ifrågasättas.[61]

Den viktigaste förändringen i rättighetsregleringen vid 1994 års reform var förutom införlivandet av ECHR i svensk rätt förstärkningen av egendomsskyddet i 2:18. Tidigare gällde om denna i stort detsamma som för de nyssnämnda svaga rättigheterna, men numera inleds 2:18 med ett portalstadgande om att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller annat sådant förfogande utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Före ändringen nöjde sig 2:18 med att garantera varje medborgare vars egendom togs i anspråk genom expropriation eller annat sådant förfogande ersättning för förlusten enligt grunder som bestämdes i lag.[62]

2:18 skyddar numera i viss mån äganderätten som sådan och ger framförallt ett allmänt skydd mot ingrepp från det allmännas sida i enskildas egendom.[63] Även egendomsskyddet vid inträffad expropriation eller markanvändning har förstärkts något, se 2:18 st. 2: Ersättning utgår liksom tidigare »för förlusten», enligt grunder som anges i lag. Sådan ersättning skall också utgå till den vars användning av mark eller byggnad inom den del av fastigheten som det allmänna utnyttjar avsevärt försvåras eller vars fastighet skadas till följd av det allmännas användning. Vilken är då skillnaden gentemot tidigare?

2:18 var i sin äldre lydelse förhållandevis rikt kommenterad i doktrinen. Vad gäller ersättningens storlek tycks den dominerande uppfattningen i doktrinen ha varit att den vars egendom tas i anspråk skall få ersättning för hela den förlust han härigenom lider.[64] Som framhölls i motiven till »gamla» 2:18 skulle ersättningen beräknas med utgångspunkt från tillåten användning av ifrågavarande egendom.[65] Det var också klart att kontant ersättning ibland inte alls behövde utgå, t.ex. om ett expropriativt ingripande ledde till värdestegring på egendomen och därför blev till nytta för den enskilde.[66]

Stor enighet råder om att »annat sådant förfogande», som enligt 2:18 skall påminna starkt om expropriation, innefattar andra tvångsavhändelser av äganderätt eller motsva-

61. Skillnaden mellan dessa rättigheter och de s.k. relativa rättigheterna är ju den att de senare gäller i den mån inte begränsningar av dem görs genom lag, medan de förra endast gäller **i den mån så anges i lag.** – Vad gäller 2:17 kan också nämnas att lagrådet i ett yttrande den 12 februari 1990 fann att regeringens s.k. stoppaket (med lönestopp, strejkförbud osv) inte stred mot bestämmelsen. Jfr beträffande 2:17 SOU 1993:40 A s. 133.
62. I ett avseende är dock egendomsskyddet fortfarande en svag rättighet; det omfattas nämligen inte av den speciella proceduren för rättighetsbegränsande lagstiftning i RF 2:12. Jfr avsn. 15.1.3.
63. Skyddet för äganderätten i Sverige är de facto naturligtvis betydligt starkare än vad som framgår av 2:18, exempelvis genom kriminaliseringen av stöld och skadegörelse. Jfr Bogdan, Grundlagsskyddet för äganderätten, s. 76 o. 80. Med terminologin i ECHR kan man tala om att envar numera åtnjuter »peaceful enjoyment of his possessions»; jfr kap. 12.2.1.
64. Se t.ex. Petrén/Ragnemalm, a.a.s. 85, Bogdan, a.a.s. 89 och Ole Westerberg, Regeringsformen 2 kap 18 § om egendomsskydd, FT 1985 s. 253. Häremot har dock Bertil Bengtsson med viss kraft gjort gällande att avsaknaden av klara uttalanden i förarbetena måste tolkas som att 2:18 inte garanterade full ersättning. Full ersättning borde dock enligt Bengtsson vara en huvudregel som lagstiftaren blott i undantagsfall skulle kunna göra undantag från. Se Ersättning vid offentliga ingrepp I, Stockholm 1986 s. 150 f.
65. Se SOU 1978:34 s. 168.
66. Ibid.

rande rätt med ekonomiskt värde, t.ex. nyttjanderätt.[67] Även immateriella rättigheter omfattas av skyddet.[68] Genom ändringen 1994 omfattas numera även rena rådighetsinskränkningar av skyddet i 2:18.[69] Mer oklart är om uttrycket under vissa förutsättningar kan täcka ett undanröjande av skydd mot fysiska ingripanden från enskildas sida; generellt anses 2:18 vara en av de rättighetsregler som även kan åberopas mot tredje man, men frågan är om så kan ske vid andra tillfällen än i rena expropriationsfall.[70] FRK tycks ha velat sätta en gräns för möjligheterna att åberopa 2:18 mot enskilda[71] och tycks i övrigt ha eftersträvat så små ändringar som möjligt i förhållande till det tidigare rättsläget. Om ersättningsfrågan heter det t.ex. att hänvisningen till lag bör vara tillräcklig och att ersättningen i olika situationer således följer regleringen i olika lagar.[72] Härav får anses följa att en ersättning som inte täcker hela den faktiska förlusten är godtagbar, men det är oklart var gränsen går. En mycket kraftig förlust för den drabbade är troligen inte förenlig med 2:18.[73]

Expropriation, »annat sådant förfogande» eller rådighetsinskränkningar får således endast ske för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Detta begrepp är enligt FRK omöjligt att precisera; främst avses dock enligt kommittén sådana ingrepp som är motiverade med hänsyn till naturvårds- och miljöintressen, varjämte pekas på samhällets behov av mark för bostäder samt gator och andra kommunikationsleder.[74] Bengtsson tror att uttrycket kommer att vålla meningsskiljaktigheter, eftersom vikten av olika intressen beror på politiska värderingar, men menar samtidigt att det torde vara ovanligt att en lagstiftning om offentliga ingrepp **uppenbarligen** inte uppfyller detta krav, vilket ju jämlikt RF 11:14 är en förutsättning för att lagen skall åsidosättas som grundlagsstridig.[75]

Såväl Bengtsson som Bogdan har tämligen ingående diskuterat förhållandet mellan 2:18 i dess äldre lydelse och skyddet för äganderätten i art.1 första tilläggsprotokollet till ECHR.[76] Frågan aktualise-

67. Se bl.a. Bogdan s. 88, Petrén/Ragnemalm s. 85, Bengtsson, a.a.s. 100 f och i Om expropriation och grundlagstolkning, Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm 1985 s. 61 samt prop 1973:90 s. 237. Jfr även lagrådet i prop 1984/85:107 s. 152. Se allmänt om rättsläget före ändringen av 2:18 även SOU 1993:40 A s. 43 ff.
68. Jfr t.ex. Petrén/Ragnemalm s. 85 ff.
69. Se t.ex. prop 1993/94:117 s. 15 och SOU 1993:40 A s. 90 o. 234 f, där de åtgärder som omfattas av skyddet beskrivs enligt följande: »Härmed avses allehanda inskränkningar i form av byggnadsförbud, användningsförbud, åtgärder enligt skogsvårdslagen, strandskyddsförordnande, beslut om naturreservat m.m.» Skyddet gäller enligt FRK även för den som enbart innehar egendom med nyttjanderätt.
70. Frågan aktualiserades vid införandet 1985 av s.k. fritt handredskapsfiske. Lagändringen innebar att vissa fiskerättsägares ensamrätt till fiske togs ifrån dem till förmån för allmänheten. Lagrådet menade att denna åtgärd befann sig i en gråzon mellan de fall som 2:18 åsyftar och rena rådighetsinskränkningar (vilka då ej skyddades av lagrummet), varför det från rättssäkerhetssynpunkt var mest tillfredsställande »att utforma lagstiftningen så, att den fyller kraven enligt grundlagsbestämmelsen». Prop 1984/85:107 s. 153. Se närmare nedan kap. 17.1.2.2 under c.
71. Jfr SOU 1993:40 A s. 46 o. 235.
72. Ibid s. 91.
73. Jfr Bengtsson, En problematisk grundlagsändring, SvJT 1994 s. 930. Bengtsson anser f.ö. att det allmännas ersättningsskyldighet p.g.a den utformning 2:18 st. 2 fått går längre än vad som förutsetts i förarbetena; se 927 ff.
74. SOU 1993:40 A s. 90.
75. A.a.s. 924.
76. Se Bengtsson, Ersättning...s. 41 ff och Bogdan i FT 1988 s. 77 f.

rades sedan ECtHR 1982 fann att Sverige brutit mot den senare bestämmelsen[77]. Ostridigt är att skyddet enligt ECHR då gav ett betydligt längre gående, **reellt äganderättsskydd** än 2:18. Som Bogdan konstaterat saknade detta dock egentligen folkrättslig betydelse, eftersom Sverige genom att ratificera ECHR visserligen förpliktat sig att respektera konventionens bestämmelser, men inte att ge dem grundlagsskydd.

Bengtsson har även kommenterat den nya bestämmelsens förenlighet med ECHR, varvid hans utgångspunkt är att bestämmelsen är resultatet av en något oklar kompromiss som troligen går längre än nödvändigt i förhållande till det i FRK angivna syftet att precisera egendomsskyddet i ECHR.[78] Enligt Bengtsson går framförallt 2:18 st. 2 längre än ECHR, eftersom någon motsvarighet till den garanti för ersättning som st. 2 ger vid reglering av markanvändningen varken återfinns i konventionstexten eller i Europadomstolens praxis. Ståndpunkten tycks vara riktig; överhuvudtaget tillhör just egendomsskyddet de områden som ECtHR i hög grad överlåtit åt enskilda stater att reglera självständigt.[79]

Bogdan har också berört frågan om en särskilt hårt verkande skatt under vissa omständigheter kan bli liktydig med ett expropriativt förfogande. Han menar att så kan bli fallet om en inkomstskatt skulle uppgå till eller överstiga 100 % av inkomsten, men konstaterar samtidigt att det faktum att en skatt är av engångskaraktär eller specialdestinerad för visst ändamål inte gör den till ett expropriativt förfogande.[80] Ståndpunkten förefaller i och för sig rimlig, men motsades något av lagrådets utlåtande om den s.k. engångsskatten.[81]

Samtidigt som egendomsskyddet förstärktes infördes i 2:18 st. 3 ett grundlagsskydd för allemansrätten. Härigenom skulle understrykas att det vidgade egendomsskyddet inte var avsett att medföra någon förändring av allemansrätten; »Alla skall ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan» (dvs i st. 1-2). Exakt i vilken utsträckning allemansrätten kan tillåtas inkräkta på det sålunda vidgade egendomsskyddet är dock oklart, eftersom 2:18 st. 1-2 enligt förarbetena inte alls avser **faktiska åtgärder av enskilda** (men däremot gäller vid tvångsavhändelse **till förmån för enskilda** som följer av myndighetsbeslut).[82] De enda rimliga tolkningarna av 2:18 är därför att allemansrätten antingen generellt har företräde framför egendomsskyddet eller att skyddet för allemansrätten i st. 3 är en ren deklaration utan självständig juridisk betydelse.[83]

Samernas rätt att bedriva renskötsel har fått ett omnämnande i 2:20 st. 2, som dock endast förklarar att denna rätt regleras i lag. Även denna bestämmelse framstår därför som juridiskt meningslös. Det kan också noteras att den del av samernas näring som

77. Sporrong & Lönnroth, Dom 23 september 1982, Series A No 52.
78. Se SvJT 1994 s. 920-933. Jfr till det sagda prop 1993/94:117 s. 15 och SOU 1993:40 A s. 233.
79. Jfr kap. 12.2.1.
80. Samma ståndpunkt intogs av FRK. Se SOU 1993:40 A s. 102.
81. Se prop 1986/87:61 s. 78-91 samt kap. 17.1.2.2 under c.
82. SOU 1993:40 s. 46, prop 1993/94:117 s. 49.
83. Bengtsson lutar (SvJT 1994 s. 931) uppenbarligen mot det senare alternativet, eftersom de långtgående inskränkningar av egendomsskyddet som skulle bli följden av den första lösningen klart skulle strida mot bestämmelsens syfte. För att bestämmelsen om allemansrätt är rättsligt meningslös talar även ett motivuttalande av innebörd att syftet inte är att ge ett längre gående skydd för allemansrätten än det som tidigare gällt (prop 1993/94:117 s. 19). Att detta kan inskränkas t.ex. genom strafflagstiftning är ju dock allmänt godtaget, varför 2:18 st. 3 som Bengtsson konstaterar inte torde hindra att olika inslag i vad som förknippas med allemansrätten lagstiftas bort.

traditionellt varit mest omdiskuterad och som var föremål för HD:s prövning i det s.k. skattefjällsmålet[84], nämligen deras rätt till jakt och fiske, inte alls nämns i bestämmelsen.[85]

14.1.3 Rättigheternas giltighetsområde

Flertalet av rättighetsreglerna i 2 kap. RF är formulerade så att de tillerkänner »varje medborgare» vissa rättigheter. Detta förhållande ger upphov till främst två frågor, nämligen i vilken utsträckning rättigheterna gäller för och kan åberopas av utländska medborgare respektive juridiska personer.

Den förra frågan är enklast att besvara med utgångspunkt från lagtexten. I 2:22 regleras nämligen i detalj vilka rättigheter som även gäller för utlänningar. Regleringen har gjorts i form av en tredelning, så att vissa rättigheter generellt gäller för utländska medborgare i samma utsträckning som för svenskar (st. 1) medan andra gäller för utlänningar i samma utsträckning som för svenskar *i den mån annat inte stadgas i lag* (st. 2) och övriga rättigheter – dvs de som inte alls nämns i 2:22 – överhuvudtaget inte kan åberopas av utlänningar. Den första kategorin, där likställighet mellan svenskar och utlänningar garanteras i RF, omfattar en del av den negativa opinionsfriheten, nämligen skyddet mot tvång att delta i demonstrationer och andra sammankomster samt mot tvånget att tillhöra politisk, religiös eller annan sammanslutning, vidare integritetsskyddet vid databehandling, skyddet mot dödsstraff, kroppsstraff, tortyr och medicinsk påverkan för att framtvinga eller hindra yttranden, rätt till domstolsprövning av frihetsberövande med anledning av brott eller misstanke därom, skydd mot retroaktiva straff- och skattelagar, mot inrättande av tillfälliga domstolar och mot diskriminerande lagar, rätt till fackliga stridsåtgärder, skydd mot expropriation eller »annat sådant förfogande» samt mot inskränkningar i användningen av mark eller byggnader och slutligen rätt till utbildning. De rättigheter som gäller för utlänningar på samma sätt som för svenskar därest inte annat stadgas i lag är de positiva opinionsfriheterna, vidare skyddet mot tvånget att ge till känna sin åskådning, skyddet i 2:6 mot andra kroppsliga ingrepp än dödsstraff, tortyr osv, skyddet mot frihetsberövande i 2:8 och rätten till domstolsprövning (eller prövning av nämnd som uppfyller vissa kriterier) av frihetsberövanden som skett av annan anledning än brott eller misstanke om brott, offentlighet vid domstolsförhandling, skyddet i 2:12 st. 3 mot att rättighetsbegränsning görs **enbart** på grund av viss åskådning[86] samt konstnärers och fotografers upphovsrätt respektive näringsfriheten. De enda rättigheter som enligt RF inte alls gäller för utlänningar är därför skyddet mot anteckning om medborgare i allmänt register enbart på grund av politisk åskådning (2:3 st. 1)[87] och skyddet mot landsförvisning, mot inreseförbud och för medborgarskapet (2:7), två inskränkningar som får sägas vara naturliga, den förra av hänsyn till möjligheterna att motverka terrorism och annan politisk oro och den senare av uppenbara skäl.

De lagar som möjligen, i enlighet med 2:22 st. 2, gör åtskillnad mellan svenskar och

84. NJA 1981 s. 1.
85. Se närmare härom och om samernas rättsställning i övrigt, inte minst i förhållande till RF 2:18, Bengtsson, Samernas rätt och statens rätt, SvJT 1994 s. 525-533.
86. Se närmare nedan kap. 16.1.
87. Jfr art. 16 i ECHR.

utlänningar skall enligt 2:22 st. 3 underkastas det kvalificerade förfarande som nämns i 2:12 st. 3-5. De formella kraven är för denna typ av lagar i själva verket ännu hårdare än för lagar som begränsar svenska medborgares rättigheter, eftersom vissa i 2:12 st. 4 omnämnda undantag från det kvalificerade förfarandet inte gäller vid lagar som gör åtskillnad mellan svenskar och utlänningar.[88]

Det är självklart att reglerna i 2 kap. i första hand avser att skydda fysiska personer, men de gäller i princip också för juridiska personer i de fall då de kan vara tillämpliga för sådana. Bestämmelser som kan åberopas av juridiska personer är t.ex. skyddet för föreningsfriheten i 2:1 p. 5 samt 2:17-18.[90]

Reglerna i 2 kap. är genomgående utformade som skydd »mot det allmänna», dvs mot stat och kommun (i förarbetena definieras uttrycket det allmänna som »dels det allmännas verkställande organ, dels de normgivande organen, när dessa beslutar för enskilda betungande, offentligrättsliga föreskrifter, däremot inte när de beslutar civilrättsliga normer»).[90] Skälen till att rättighetsskyddet gavs denna avgränsning var enligt förarbetena[91] dels att det inte var praktiskt möjligt att i grundlag ge rättigheterna ett omfattande skydd gentemot angrepp från enskilda, eftersom det då skulle vara nödvändigt »att i grundlagen detaljerat ange vilka rättighetskränkande beteenden som är förbjudna för den enskilde och vilka rättsverkningar som är knutna till överträdelser av förbuden, dels att det »i de allra flesta fall» inte fanns något behov av sådant skydd, eftersom det bedömdes att det skydd den vanliga lagstiftningen erbjöd var fullt tillräckligt.[92] (Det är också av denna anledning som uttrycket det allmänna enligt justitieministern inte skall omfatta de normgivande organen när dessa beslutar civilrättsliga normer.) Att svensk rätt i dag som huvudregel inte erkänner någon form av *Drittwirkung*, något rättighetsskydd gentemot tredje man, är därför uppenbart. Rättigheterna i 2:3 st. 2 samt 2:17-20 kan ses som undantag från huvudregeln därigenom att de vore meningslösa om de inte kunde åberopas mot andra parter än »det allmänna»[93], men å

88. Se SOU 1978:34 s. 210.
89. Jfr bl.a. Grundlagarna s. 63, Strömberg, Grundlag och medborgarrätt s. 26, Bengtsson, Ersättning... s. 74, Bogdan, a.a.s. 73 och Westerberg, a.a.s. 250.
90. Justitieministern i prop 1975/76:209 s. 86.
91. Ibid.
92. En annan fråga är om det kan finnas större behov av sådant skydd i dag; se närmare härom i kap. 19.9. Vissa av de nämnda förarbetsuttalandena framstår f.ö. som mindre väl genomtänkta; se närmare i 19.9.
93. Se Grundlagarna s. 62 och Petrén/Ragnemalm s. 41. Jfr beträffande 2:18 HD:s resonemang i NJA 1989 s. 20, vilket dock inte i just det fallet ledde till att den drabbade fick någon ersättning. Detta berodde främst på att de i målet tillämpliga reglerna om fastighetsreglering hade en mot tredje man föga generös utformning; denne var hänvisad till att yrka att den genomförda fastighetsregleringen skulle ogillas, alternativt att ärendet skulle återförvisas till fastighetsbildningsmyndigheten. Majoriteten tycks dock ha varit beredd att utdöma ersättning, därest yrkande därom hade väckts av den förfördelade parten, som utan ersättning till följd av en fastighetsreglering 1985 gått förlustig en till år 2009 avtalad jakträtt. Ersättningen hade dock i så fall formellt utgått p.g.a. fastighetsbildningsmyndighetens expropriationsliknande beslut, men detta fattades på begäran av fastighetens nye ägare och som en direkt följd av ägarbytet. Bengtsson, som var skiljaktig, ville gå längre och vägrade – på mycket goda grunder – godta majoritetens slut enär detta, som innebar att den gjorda fastighetsregleringen godtogs, framstod som oskäligt och svårförenligt med 2:18. Se om fallet även nedan i kap. 19.9 på s. 731.

andra sidan erbjuder dessa bestämmelser, med undantag möjligen för 2:18, som vi sett inte i sig något mer omfattande rättighetsskydd utan nöjer sig med att hänvisa till vanlig lag (lag eller avtal i 2:17, angelägna allmänna intressen i 2:20).

14.2 Tryckfrihetsförordningen

Rättighetsskyddet i 1809 års RF var, liksom tidigare regler av grundlagskaraktär, lapidariskt. Samtidigt blev tryckfriheten grundlagsreglerad så tidigt som 1766. Visserligen avskaffades en stor del av tryckfriheten efter Gustaf III:s statskupp 1772, men efter 1809 års statsvälvning infördes som nämnts redan 1810 en ny, liberal TF, som sedan reviderades något 1812.[94] Nuvarande TF infördes så 1949.[95] Även efter införandet av 1974 års RF hade tryckfriheten en starkare ställning än andra former av yttrandefrihet; först från och med den 1 januari 1992 kan yttrandefriheten i radio och TV genom införandet av YGL sägas ha fått en med tryckfriheten jämförbar ställning. Detta innebär således att tryckfriheten sedan drygt tvåhundra år haft något av en *preferred position* i svensk rätt.[96] Historiskt kan denna tryckfrihetens särställning förklaras med de tryckta skrifternas helt dominerande betydelse för upplysning och opinionsbildning i samhällsfrågor och därmed för ett fritt samhällsskick, men i och med att andra massmedier – främst givetvis radio och TV – genom den tekniska utvecklingen fått minst lika stor betydelse för samhällsdebatten som böcker och tidningar har denna aspekt blivit allt mindre relevant. Införandet av YGL framstår därför som en mycket logisk åtgärd.

Vilka yttranden i tryckt skrift[97] omfattas då av detta starka grundlagsskydd? Som nämnts ovan kan yttrandefriheten efter införandet av YGL sägas omfatta tre kategorier av yttranden, nämligen de som skyddas av TF, de som skyddas av YGL samt de vilka »enbart» åtnjuter RF:s yttrandefrihetsskydd (främst yttranden i en trängre krets respektive yttranden som fällts vid teaterföreställningar, konstutställningar och opinionsmöten). En närmare analys av TF visar att avgränsningen mellan de yttranden som skyddas av TF och de som faller utanför delvis är ganska svår.

Som konstaterats ovan vid behandlingen av yttrandefrihetsskyddet i RF 2:1 p. 1 faller en viss typ av yttranden definitionsmässigt utanför både RF:s, TF:s och YGL:s skyddsområden, nämligen yttranden som är brottsliga i annat avseende än såsom ett överskridande av yttrandefrihetens gränser eller ingår som en del i utförandet av ett brott utan att kunna betecknas som ett missbruk av yttrandefriheten. I praxis har detta ansetts vara

94. Denna 1812 års TF gällde sedan ända till 1949 trots att den antagits i formellt felaktig ordning (genom ett beslut i stället för föreskrivna två). Denna kalamitet till trots ifrågasattes aldrig på allvar grundlagens giltighet.
95. Se för en lättillgänglig genomgång av den historiska utvecklingen på tryckfrihetsrättens område Strömberg, Tryckfrihetsrätt, 10 uppl, Lund 1992 (nedan **Tryckfrihetsrätt**) s. 9 f.
96. Att svenska jurister var medvetna om detta faktum och att förhållandet ofta betraktades som naturligt framgår bl.a. av ett yttrande från en av 1800-talets främsta statsrättsexperter, Herman Ludvig Rydin: »Tryckfrihet är det starkaste lås och bom, som samhället äger emot allt, som går ut på att störa dess frid; man säger ock med rätta; tag bort denna frihet, och varje annan frihet skall bortvissna, ja samhället ock; låt tryckfrihet finnas och, även om alla andra friheter sakna garanti, skola de pånyttfödas, en efter annan.» (Om yttrandefrihet och tryckfrihet, Stockholm 1859 s. 73.)
97. Se beträffande definitionen av detta begrepp TF 1:5-6.

fallet beträffande bl.a. bedrägeri och illojal konkurrens.[98] Vad gäller reklam är utgångspunkten att rent kommersiell reklam[99] inte skyddas av TF, medan reklam som också innehåller något opinionsbildande budskap faller innanför TF:s tillämpningsområde.[100] Denna uppdelning beror på den i TF 1:1 st. 2 gjorda definitionen av tryckfrihetens syfte som säkerställandet av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning; rent kommersiell reklam kan inte sägas ha detta syfte, vilket däremot all samhällsdebatt och -upplysning anses ha, liksom konstnärliga, religiösa och vetenskapliga yttranden samt yttranden av ren underhållningskaraktär.[101]

Den praktiskt viktigaste konsekvensen av denna distinktion är att bestämmelser som förbjuder eller möjliggör ingripande mot ovederhäftig eller vilseledande reklam i tryckt skrift kan införas genom vanlig lag. Sådana bestämmelser finns främst i Marknadsföringslagen (1975:1418), vilken kan ses som ett undantag från den s.k. exklusivitetsprincipen i TF 1:3, enligt vilken missbruk av tryckfriheten endast kan beivras på det sätt som anges i TF; inskränkningar av tryckfriheten genom vanlig lag är enligt 1:3 inte tillåtna inom det område som TF reglerar. Den nämnda lagstiftningens tillåtlighet har dock främst motiverats utifrån en restriktiv tolkning av TF 1:3, enligt vilken kommersiell reklam faller utanför det område där TF är exklusiv straff- och processlag.[102] Ända sedan den första marknadsföringslagen infördes 1970 har det dock rått allmän enighet i doktrin och praxis om att det sagda enbart gäller den **rent kommersiella** reklamen.

Gränsdragningen mellan rent kommersiell och annan reklam kan vara vansklig. Flertalet avgöranden på detta område har meddelats av MD. Bland de principiellt viktigare avgörandena, där rättsläget klargjorts, kan nämnas MDA 1972:4, där det framgår att avgränsningen av vad som är tryckfrihetsrättsligt skyddat inte är beroende av framställningens form utan av dess innehåll, så att en opinionsbildande annons är tryckfrihetsrättsligt skyddad men inte en artikel som i realiteten är ren reklam för en viss produkt. I detta fall krävde KO att utgivningen av en tidning betitlad Aktuellt om hund och katt skulle förbjudas, eftersom denna innehöll ett antal artiklar som i själva verket var ren reklam för olika produkter (utan att deras karaktär av reklam var angiven i tidningen). MD vägrade att gå med på detta, emedan tidningen också innehöll visst redaktionellt material, men däremot meddelades utgivarna ett förbud att använda vissa av artiklarna utan att klart ange att de utgjorde reklam.

98. Se närmare Tryckfrihetsrätt s. 46 m.h.t. praxis.
99. Se närmare om innebörden härav ovan s. 550 i not 24-25. Jfr även Massmedieutredningens definition av kommersiell annons i SOU 1975:49 s. 178 f: »...annons eller därmed jämställt meddelande i den mån meddelandet syftar till att främja avsättning eller anskaffande av vara och avser näringsidkares affärsverksamhet eller där tillhandahållen eller efterfrågad vara.» – Det uttryckliga förbudet mot kommersiell marknadsföring av alkohol och tobak i TF 1:9 p. 1 skulle i och för sig kunna tas till intäkt för uppfattningen att uttryckligt grundlagsstöd krävs även mot reklam för andra varor för att reklamen inte skall omfattas av TF:s skydd; jfr Petrén (då ledamot av lagrådet) i prop 1978/79:2 s. 78 ff. En annan, enligt min mening mer närliggande möjlighet är dock att lagrummet innebär att **även opinionsbildande tobaks- eller alkoholreklam** faller utanför TF, trots att opinionsbildande reklam i övrigt skyddas av grundlagen.
100. Vissa regler i TF – bl.a. censurförbudet i 1:2 – måste dock rimligen vara tillämpliga även på kommersiell reklam; jfr Strömberg, Tryckfrihet och marknadsföring, SvJT 1980 s. 25-39, främst s. 28 ff.
101. I sammanhanget kan nämnas att Marknadsföringslagen (1975:1418), med stöd av vilken MD kan meddela förbud mot otillbörlig reklam (även i tryckt skrift) enligt 2 § uttryckligen bara gäller vid **näringsidkares** marknadsföring av vara, tjänst eller annan nyttighet, vilket innebär att all traditionell opinionsbildning faller utanför lagens tillämpningsområde. Detsamma gäller enligt 2 § i den nya MFL (1995:450), som träder i kraft den 1 januari 1996.
102. Se främst prop 1970:57. Jfr även Grundlagarna s. 801.

Svårast är dock bedömningen av s.k. blandade meddelanden, dvs texter som innehåller både kommersiell reklam och information/åsiktsbildning. Här menar Strömberg att de olika momenten i sådan text bör behandlas var för sig i de fall då de kan särskiljas – dvs då den kommersiella delen kan skiljas från den opinionsbildande; den förra bedöms då enligt MFL och den senare enligt TF – men att texter som har en dubbel, *både* kommersiell och opinionsbildande funktion bör skyddas av TF.[103] Uppfattningen torde vara riktig och stöds i någon mån, åtminstone indirekt, av det centrala avgörandet MDA 1977:1. Bakgrunden var här att Konsum i direkt anslutning till en vanlig matvaruannons placerat en text som på vissa punkter angrep konkurrenten Vivo-Favörbutikerna. Den mot Vivo-Favör kritiska texten var inte typografiskt avskild från själva matvaruannonsen. Konsums annons var föranledd av en tidigare annons i dagspress från Vivo-Favör, vilken hade rubriken »Förlora inte pengar på sänkt återbäring, handla i privata butiker» och handlade om att Konsumbutikerna sänkt återbäringen. Texten i Konsums annons hade rubriken »Privathandlare ömmar för Konsums medlemmar» och innehöll i övrigt utförliga uppgifter om ägarförhållandena i Vivo och Favör, »två butikskedjor som i dag behärskas av redarkapitalet som nu söker sin bärgning på land.» Avslutningsvis konstaterades att konsumenterna saknade makt och insyn i de företag som ägde eller stod bakom Vivo och Favör och aldrig fått del av överskottet i dem, varför det hade varit »klädsamt om privathandeln lämnade diskussionen om Konsums återbäring till våra medlemmar.» Vivo-Favör anmälde först annonsen till KO, som dock avskrev ärendet med motiveringen att annonstexten var ett opinionsbildande inlägg av tryckfrihetsrättsligt skyddad sort. Vivo-Favör förde då talan mot Konsum i MD och yrkade att Konsum skulle förbjudas att använda den i deras tycke vilseledande annonsen. MD:s utgångspunkt vid prövningen av om annonsen skyddades av TF var att endast meddelanden som har både kommersiellt syfte och kommersiella förhållanden till föremål faller utanför TF[104], varvid blandade meddelanden delvis är skyddade av TF och delvis oskyddade. MD fann att denna annons hade dels ett kommersiellt syfte, dels också kommersiella förhållanden till föremål (vilket motiverades med att den nämnda redogörelsen för ägarförhållandena enbart gick ut på att visa att återbäring inte kunde påräknas vid inköp i Vivo-Favör, till skillnad från hos Konsum). MD fann dessutom annonsen otillbörlig. Tre ledamöter var skiljaktiga. Konsum ansökte om resning, på den grunden att MD:s rättstillämpning uppenbart stred mot lag (RB 58:1 st. 1 p. 4); man menade att texten hade en i huvudsak opinionsbildande karaktär och därför i sin helhet skyddades av TF. HD fann (NJA 1977 s. 751) att annonstexten bildade en innehållsmässig enhet, varför meddelandets karaktär fick bedömas med utgångspunkt från texten i dess helhet. Bedömd så menade HD att texten kunde tolkas både som ett ideologiskt färgat inslag i debatten, skyddat av TF, och som en redogörelse för vissa bindningar mellan Vivo-Favör och vissa namngivna bolag, i syfte att visa att den som handlar i Vivo-Favör inte kan påräkna någon prisförmån motsvarande den som Konsum erbjuder sina medlemmar i form av återbäring (i vilket fall texten dels hade ett avsättningsfrämjande syfte, dels kunde sägas röra näringsidkares verksamhet och således föll utanför TF). Eftersom frågan om meddelandet föll inom eller utom ramen för TF således kunde vara föremål för delade meningar, fann HD – som sannolikt inte delade MD:s mening i sakfrågan[105] – att MD:s avgörande inte var **uppenbart** lagstridigt. HD menade uppenbarligen att texten bedömd i sin helhet måste ha antingen den ena **eller** den andra innebörden; det tycks inte ha föresvävat HD att innebörden kan ha varit dubbel, både kommersiell och opinionsbildande.

1949 års TF har ett för en grundlag något särpräglat innehåll. En stor del av texten består av straff- och processrättsliga regler beträffande ansvaret för brott begånget genom tryckt skrift samt om formerna för tryckfrihetsrättegången. Det är därför naturligt att

103. A.a.s. 33.
104. Detta är alltjämt gällande rätt. Se t.ex. MDA 1995:2, där även tidningsföretagens ansvar för införda annonser presenterades.
105. Jfr Hans-Gunnar Axberger, Tryckfrihetens gränser, Stockholm 1984 s. 59 ff och Ulf Bernitz, Svensk marknadsrätt, 3 uppl., Stockholm 1991 s. 106. – Bernitz menar också, med utgångspunkt från detta fall, att MD:s beslut i grundlagsfrågor borde kunna överklagas till HD, eftersom rättsfrågor inte kan prövas allsidigt inom ramen för ett resningsärende. Tanken har onekligen visst fog för sig.

flertalet framställningar om den svenska tryckfrihetsrätten lägger tyngdpunkten på dessa aspekter snarare än på tryckfrihetens karaktär av medborgerlig rättighet[106], vilken senare aspekt dock är av störst intresse här.

Om uppmärksamheten särskilt riktas mot de bestämmelser i TF vilka framhäver och skyddar tryckfriheten som en medborgerlig rättighet hamnar vissa bestämmelser i förgrunden. Det gäller framförallt några centrala principer i 1 kap., regler om etableringsfrihet och spridningsrätt i 4 och 6 kap., rätten till anonymitetsskydd för författare, meddelare och utgivare av icke-periodisk skrift i 3 kap. samt skyddet för meddelare och anskaffare (s.k. meddelar- respektive anskaffarfrihet). Däremot har offentlighetsprincipen i 2 kap. TF **inget direkt samband** med tryckfriheten; även denna kan och bör givetvis ses som en medborgerlig rättighet, eftersom den ger alla svenskar en vidsträckt rätt att ta del av allmänna handlingar, men dess direkta betydelse för själva utövandet av yttrandefrihet i tryckt skrift är begränsad.

De grundläggande definitionerna av tryckfriheten ges i TF 1 kap., särskilt 1:1-3. Tryckfrihet definieras inledningsvis i 1:1 st. 1 som »varje svensk medborgares rätt att, utan några av myndighet eller annat allmänt organ i förväg lagda hinder, utgiva skrifter, att sedermera endast inför laglig domstol kunna tilltalas för deras innehåll, och att icke i annat fall kunna straffas därför, än om detta innehåll strider mot tydlig lag, given att bevara allmänt lugn, utan att återhålla allmän upplysning.» I 1:1 st. 2 anges vidare att det »till säkerställande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning», skall stå varje svensk medborgare fritt att i tryckt skrift yttra sina tankar och åsikter, offentliggöra allmänna handlingar samt meddela uppgifter och underrättelser i vilket ämne som helst.

Flera av dessa utgångspunkter preciseras närmare i andra bestämmelser i TF, särskilt i 1 kap. Vad som direkt kan utläsas ur denna inledande bestämmelse är dock en rätt för varje svensk medborgare att utge och yttra sig i tryckta skrifter; utlänningar är enligt 14:5 st. 2 i princip likställda med svenska medborgare, såvida inte annat följer av TF eller vanlig lag.[107] Vidare underlättar definitionen av tryckfrihetens syfte (säkerställandet av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning) avgränsningen mot de yttranden i tryckt skrift som inte omfattas av TF.

Vilka inskränkningar av tryckfriheten medger TF i övrigt, utöver de rent ämnesmässiga avgränsningar som följer av preciseringen av tryckfrihetens syfte? Enligt 1:1 st. 2 skall tryckfriheten utövas »med iakttagande av de bestämmelser som äro i denna förordning meddelade till skydd för enskild rätt och allmän säkerhet». Begränsningarna av tryckfriheten består, som antyds här, till övervägande delen av straffbestämmelser (i 7 kap.) som kriminaliserar missbruk av denna frihet. TF innehåller emellertid också regler

106. Här kan, förutom till Tryckfrihetsrätt, bl.a. hänvisas till Axbergers Tryckfrihetens gränser.
107. Enligt TF 5:1-2 skall ägare eller utgivare av periodisk skrift vara svensk, om inte annat föreskrivs i lag. Av 2 kap. 1 § lagen (1991:1559) med föreskrifter på TF:s och YGL:s områden framgår att utlänning med hemvist i Sverige får vara ägare till periodisk skrift. Beträffande distinktioner mellan svenskar och utlänningar i vanlig lag kan hänvisas till Tryckfrihetsrätt s. 13. – Principiellt bör tryckfriheten även gälla för juridiska personer (jfr 5:1, där detta möjliggörs). Detta torde i allmänhet sakna praktisk betydelse, enär hela TF:s ansvarssystem är inriktat på att fysiska personer skall kunna ställas till svars för missbruk av tryckfriheten. Censurförbudet i TF 1:2 kan dock av naturliga skäl ha betydelse även för juridiska personer. Beträffande etableringsfriheten framgår direkt av TF 4:1 respektive 6:1 att rätten att trycka och sprida skrifter tillkommer svenska medborgare **och** svenska juridiska personer.

som begränsar möjligheterna att inskränka tryckfriheten. Viktigast av dessa är censurförbudet i 1:2 och exklusivitetsprincipen i 1:3.

Vad gäller censurförbudet framgår redan av 1:1 st. 1 att tryckfriheten är en rätt att utge och yttra sig i skrift »utan några av myndighet eller annat allmänt organ i förväg lagda hinder». Detta stadgande kompletteras med ett undantagslöst censurförbud i TF 1:2 st. 1 och ett mindre kategoriskt förbud i 1:2 st. 2 mot andra åtgärder som hindrar tryckning, utgivning eller spridning av skrift.[108] Detta senare förbud riktar sig mot myndighet eller annat allmänt organ – således även mot riksdagen – men däremot inte mot enskilda; företag och organisationer har därför rätt att vägra medverka till en skrifts tryckning, utgivning eller spridning. Även myndigheter och andra allmänna organ kan dock ha rätt att hindra tryckning, utgivning eller spridning av skrifter, men sådana hindrande åtgärder får aldrig (såvida inte åtgärden har stöd i TF[109]) motiveras **av skriftens innehåll.** Hindrande åtgärder som beror på hänsyn till allmän ordning är tillåtna, så länge inte reglerna härom tar hänsyn till skrifternas innehåll.[110]

Exklusivitetsprincipen i 1:3 fastslår att ingen kan åtalas eller dömas (till ansvar eller skadestånd) för missbruk av tryckfriheten eller medverkan däri i annan ordning eller i annat fall än TF bestämmer. Inte heller konfiskation eller beslag kan beslutas i andra fall eller på annat sätt än de som regleras i TF. TF är således exklusiv straff- och processlag på tryckfrihetens område. Den konkreta innebörden härav är dels att straff endast får utdömas om gärningen är straffbar enligt reglerna i TF 7 kap.[111] och endast ådömas personer som är ansvariga enligt 8 kap., dels att åtal endast kan väckas och straff endast ådömas i den särskilda processuella ordning som stadgas i TF (9-12 kap., se även lagen (1991:1559) med bestämmelser på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden).[112] Som konstaterats tidigare faller emellertid vissa uttalanden i tryckta skrifter helt utanför det av TF skyddade området; för dessa yttranden gäller givetvis inte heller 1:3.

108. Enligt Petrén/Ragnemalm (a.a.s. 380) omfattar förbudet även hinder i form av försvårande eller ekonomiskt förlustbringande åtgärder, t.ex. en skatt på utgivandet av vissa publikationer som motiveras av dessas innehåll. Ståndpunkten förefaller motiverad, men kan inte sägas följa direkt av lagtexten.
109. Här åsyftas bestämmelserna om tvångsmedel (konfiskation, utgivningsförbud, förvarstagande och beslag) i 10 kap.
110. Från rättspraxis kan nämnas avgörandet RH 18:84, där ett förbud i en lokal ordningsstadga mot affischering på allmän plats utan polisens tillstånd inte ansågs strida mot 1:2, eftersom bestämmelsen inte gjorde någon skillnad mellan affischer beroende på deras innehåll. – Strömberg berör i Grundlag och medborgarrätt (s. 52) frågan hur långt myndigheterna, förutsatt att de agerar endast utifrån ordningshänsyn, kan gå i sin strävan att hindra spridningen av tryckta skrifter. Han menar att ett totalförbud mot spridning av tryckta skrifter på allmän plats med säkerhet skulle strida mot den i TF 6:1 garanterade spridningsrätten. Ståndpunkten förefaller mycket rimlig.
111. Som Strömberg konstaterar innebär detta att legalitetsprincipen skall iakttas strikt beträffande tryckfrihetsmissbruk. Se Tryckfrihetsrätt s. 44.
112. Det bör dock påpekas att exklusiviteten endast gäller i den mån TF:s straff- och processbestämmelser avviker från eljest gällande regler. I alla andra avseenden gäller nämligen jämlikt TF 14:5 st. 1 allmänna straff- och processrättsliga regler. – Till belysning av exklusivitetsprincipens verkningar kan här hänvisas till några JO-utlåtanden. I JO 1944 s. 26 blev en polischef, som varnat en konstapel för att denne skrivit en tidningsartikel, åtalad av JO och sedan dömd till böter för oförstånd i tjänsten. I JO 1964 s. 387 förklarade JO att ingen skolelev kunde få sänkt uppförandebetyg p.g.a. innehållet i en skoltidning där vederbörande medverkat. I JO 1987/88 s. 193 kritiserade JO två cheftjänstemän vid länsstyrelsen i Göteborgs och Bohus län,

Etableringsfriheten på tryckfrihetens område – dvs för företag och individer som ägnar sig åt produktion och spridning av tryckta skrifter – anses principiellt vara oinskränkt, men regleras endast till viss del i TF; bokförläggarverksamhet nämns överhuvudtaget inte där, medan rätten att ge ut tidningar och tidskrifter endast erkänns indirekt genom att utgivningsbevis inte kan vägras på andra grunder än de som nämns i TF 5:4-7. De delar av själva etableringsfriheten som direkt skyddas av TF är därför enbart rätten att framställa skrifter (»tryckalster») genom tryckpress, TF 4:1 samt rätten att sprida sådana skrifter, 6:1, vilka bägge rättigheter tillkommer varje svensk medborgare och juridisk person. Vad som kan utläsas härur är en etableringsfrihet inom boktryckerinäring samt bok- och tidningshandel.[113] (Beträffande utlänningar hänvisas till 14:5 st.2.)

Reglerna om anonymitet i TF 3 kap. har sin största praktiska betydelse som komplement till ansvarsreglerna i 8 kap. Det anonymitetsskydd som 3:1 garanterar författare, meddelare samt utgivare av icke-periodisk skrift innebär att dessa inte är skyldiga att sätta ut sitt namn på skriften om de inte vill. De kan således välja om de skall framträda öppet eller förbli okända. Om de väljer anonymiteten skyddas deras identitet genom bestämmelser i 3:2-4, enligt vilka identiteten dels inte kan röjas i mål om tryckfrihetsbrott (2 §), dels omfattas av tystnadsplikt för vissa personer, med några undantag (3 §) dels, som huvudregel, inte får efterforskas av myndigheter (4 §). Detta anonymitetsskydd torde såväl praktiskt som principiellt ha stor betydelse för yttrandefrihetens utövande i tryckta skrifter.

Skyddet för meddelare och anskaffare i TF 1:1 st. 3-4 är utformat på ett för bägge kategorierna likartat sätt. I st. 3 förklaras att det skall stå envar fritt att, **i de fall då inget annat följer av TF,** »meddela uppgifter och underrättelser i vad ämne som helst för offentliggörande i tryckt skrift till författare eller annan som är att anse som upphovsman till framställning i skriften, till skriftens utgivare eller, om för skriften finnes särskild redaktion, till denna eller till företag för yrkesmässig förmedling av nyheter eller andra meddelanden till periodiska skrifter.» I st. 4 fastslås en motsvarande rätt för envar att under samma förutsättningar anskaffa uppgifter och underrättelser för att offentliggöra dem i tryckt skrift eller för att lämna meddelande.

Meddelarfriheten omfattar inte vissa i 7:3 omnämnda brottsliga gärningar (spioneri, landsförräderi, uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt m.fl.); någon frihet att genom meddelande till författare, tidningsredaktioner eller andra göra sig skyldig till dessa brott finns således inte. I övrigt – dvs med undantag av de gärningar som nämns i 7:3 – är emellertid meddelaren fri från ansvar för sina uppgifter, under förutsättning att de lämnats **för offentliggörande,** dvs i syfte att offentliggöras. Huruvida någon publicering verkligen kommer till stånd saknar däremot betydelse. Meddelandet måste dock ha en bestämd adressat; det skall lämnas till författare eller annan upphovsman, till utgivare eller särskild redaktion eller till företag för yrkesmässig förmedling av nyheter (eller

vilka meddelat en tjänsteman som i en tidningsinsändare kritiserat byggnadsnämnden i Strömstad att denna typ av debattinlägg var olämplig. Som JO konstaterade får ingen myndighet ingripa mot tjänstemän som utnyttjar sin grundlagsskyddade yttrandefrihet.

113. Se närmare Petrén/Ragnemalm s. 429 f med redogörelse för den historiska utvecklingen och Tryckfrihetsrätt s. 37 f.

andra meddelanden) till periodiska skrifter.[114] Som framgått ovan åtnjuter dessutom meddelare anonymitetsskydd enligt 3 kap.

Även för anskaffare är syftet med anskaffandet avgörande; för att denne skall åtnjuta ansvarsfrihet krävs ett direkt uppsåt att offentliggöra eller att lämna meddelande på det sätt och under de förutsättningar som anges i st. 3. Det undantag som det hänvisas till i st. 4 (»om ej annat följer av denna förordning»), syftar på en bestämmelse i TF 1:9 p. 3 om att regler i lag om ansvar och ersättningsskyldighet som avser **det sätt** på vilket uppgift eller underrättelse anskaffats gäller oberoende av TF:s regler. Innebörden härav är att den som vid anskaffandet av uppgifter gör sig skyldig till inbrott, olovlig avlyssning eller någon annan straffbar handling naturligtvis kan straffas för detta brott, oavsett vilket syfte han haft med anskaffandet.

Anskaffaren torde i och för sig ofta vara identisk med meddelaren, varför frågan kan ställas vilken självständig betydelse anskaffarskyddet har. Poängen är dock att anskaffande som sker i publiceringssyfte efter införandet 1976 av den särskilda »anskaffarfriheten» inte kan angripas som en särskild, från TF:s regelsystem avskiljbar handling (samtidigt som stadgandet i 1:9 p. 3 utesluter att anskaffare har någon allmän rätt att tillgripa brottsliga metoder och sedan gömma sig bakom TF:s regelsystem).[115]

Vad slutligen gäller bestämmelserna om allmänna handlingars offentlighet i TF 2 kap. kan här bara konstateras att 2:1 slår fast en huvudregel, nämligen en rätt för varje svensk medborgare att ta del av allmänna handlingar, varefter de tillåtna ändamålen för begränsningar av denna rätt räknas upp i 2:2. Dessa ändamål regleras närmare i sekretessbestämmelserna i SekrL. I övrigt innehåller 2 kap. definitioner av olika handlingars rättsliga status samt förfaranderegler om möjligheten att utfå handlingar hos myndighet. Som antytts ovan i 14.1.2 ligger det nära till hands att betrakta huvudregeln om allmänna handlingars offentlighet som en form av informationsfrihet, ehuru av principiellt annat slag än den informationsfrihet som avses i RF 2:1 p. 2. Detta framgår, förutom i ovan anförda motivuttalanden, indirekt också därigenom att RF 2:1 st. 3 hänvisar till TF beträffande rätten att ta del av allmänna handlingar. Den praktiska konsekvensen av den gällande regleringen är att begränsningsreglerna i RF 2:12-14 inte är tillämpliga på lagstiftning som begränsar rätten att ta del av allmänna handlingar.[116] Å andra sidan kräver sådan lagstiftning grundlagsändring, om den på något sätt går längre i fråga om att begränsa denna rätt än vad TF 2:2 medger.

114. Denna formulering måste uppfattas som ett krav på att det är fråga om ett etablerat företag, som har till huvudsaklig uppgift att yrkesmässigt förmedla nyheter till periodiska skrifter; meddelanden till en nyhetsbyrå som huvudsakligen arbetar för radio/TV kan då inte åtnjuta skydd. På samma sätt måste ett meddelande till en nyhetsredaktion på TV falla utanför. Jfr Petrén/Ragnemalm s. 378. Den praktiska betydelsen av dessa distinktioner har dock minskat avsevärt efter införandet av YGL, där en motsvarande regel om meddelarfrihet finns i 1:2 (jfr nedan i 14.3).
115. Före införandet av nuvarande 1:1 st. 4 var det däremot möjligt att väcka åtal i vanlig ordning för anskaffandet, trots att uppenbart publiceringssyfte förelegat. De problem som var förenade härmed blev särskilt tydliga under den s.k. IB-affären; se närmare om denna historiska bakgrund Axberger, a.a.s. 299 ff.
116. Jfr Vår författning 8 uppl. Stockholm 1992 s. 70.

14.3 Yttrandefrihetsgrundlagen

Som understrukits ovan kan det förefalla något anmärkningsvärt att yttrandefriheten i tryckt skrift med vissa avbrott åtnjutit grundlagsstöd sedan 1766, medan yttrandefriheten i andra media helt saknade uttryckligt grundlagsstöd tills 1974 års RF antogs (och även därefter hade ett svagare skydd än det som följer av TF). De lagstiftande myndigheternas medvetenhet om det något anmärkningsvärda i dessa förhållanden tycks ha ökat i takt med att etermediernas stora betydelse för samhällsdebatten blivit allt mer uppenbar. Frågan om förstärkt grundlagsskydd för yttrandefriheten i andra media än de tryckta skrifterna blev redan under 1960-talet föremål för utredning. De första mer genomarbetade förslagen i frågan lades dock fram av den 1970 tillsatta Massmedieutredningen, som i sitt huvudbetänkande 1975 föreslog att en ny massmediegrundlag skulle ersätta TF och reglera yttrandefriheten både i tryckta skrifter, radio och TV samt film.[117] Förslaget ledde dock bara till vissa begränsade ändringar i TF, däribland det tidigare nämnda förstärkta skyddet för anskaffare. En senare utredning, yttrandefrihetsutredningen, föreslog i sitt huvudbetänkande 1983 att en ny yttrandefrihetsgrundlag efter mönster av TF skulle skydda yttrandefriheten i bl.a. radio, TV och filmer.[118] Av olika skäl ledde inte heller detta förslag, som dock liknade den grundlag vilken 1991 antogs, till lagstiftning annat än på vissa speciella områden. I stället utreddes de förslag yttrandefrihetsutredningen framlagt på nytt, nu av en särskild beredningsgrupp i justitiedepartementet. En proposition med förslag till ny yttrandefrihetsgrundlag (prop 1990/91:64) avgavs 1990. Förslaget antogs i riksdagen före och efter riksdagsvalet 1991, varefter den nya grundlagen, YGL, trädde i kraft den 1 januari 1992.[119]

Den reglering av yttrandefriheten som införts i YGL påminner starkt om och har uppenbart influerats av TF. Vissa skillnader finns dock, vilket naturligtvis förklaras av de praktiska skillnaderna mellan de olika medierna.

YGL inleds med ett portalstadgande i 1:1 st. 1, enligt vilket varje svensk medborgare gentemot det allmänna är tillförsäkrad rätt att i enlighet med YGL:s regler i ljudradio, television och liknande överföringar, videogram och andra upptagningar av rörliga bilder samt ljudupptagningar »offentligen uttrycka tankar, åsikter och känslor och i övrigt lämna uppgifter i vilket ämne som helst». I 1:1 st. 2 definieras så syftet med denna yttrandefrihet, nämligen att säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande. Det klargörs också att yttrandefriheten inte kan begränsas på annat sätt än YGL medger. Här finns således både ett principstadgande om yttrandefrihet, en precisering av vilka media YGL är tillämplig på samt en definition av rättighetens syfte, vilken precis som motsvarande definition i TF lär kunna användas vid avgränsningar mot yttranden som inte bör omfattas av YGL:s skydd.

Om utgångspunkterna för YGL:s tillämpningsområde studeras närmare märks att grundlagstexten genomgående talar om *radioprogram*, *filmer* och *ljudupptagningar*. Terminologin har därigenom väsentligen förenklats, eftersom det vore något otympligt om

117. SOU 1975:49.
118. Värna yttrandefriheten, SOU 1983:70.
119. En utförlig genomgång av den historiska utveckling som ledde fram till antagandet av YGL ges av Göran Regner i En utdragen grundlagshistoria, SvJT 1991 s. 428-444.

YGL hela tiden använde de många uttryck som nämns i 1:1 st. 1 (ljudradio, TV och liknande överföringar, filmer, video och andra upptagningar, ljudupptagningar). En särskild terminologisk fråga, som bör uppmärksammas, nämns i 1:1 st. 3, där det förklaras att det som sägs i YGL om radioprogram också gäller TV-program. Termen »radioprogram» omfattar i YGL således även TV-program, vilket är något av en semantisk innovation. Det förklaras också i lagrummet att begreppet filmer även innefattar videogram och andra upptagningar av rörliga bilder. Termen ljudupptagningar definieras inte i YGL, men får anses omfatta varje teknisk form för upptagning av ljud (grammofonskivor, kassettband osv).[120] Enligt 1:10 omfattar dock YGL endast yttranden avsedda för offentligheten eller »filmer och ljudupptagningar som sprids till allmänheten genom att spelas upp, säljas eller tillhandahållas på annat sätt»

Bortsett från de rent tekniska definitionerna av olika media påminner utformningen av de inledande bestämmelserna i YGL mycket om TF.[121] Yttrandefrihetens syfte har i YGL 1:1 st. 2 definierats på ett sätt som är så gott som identiskt med TF 1:1 st. 2, med det lilla undantaget att också »ett fritt konstnärligt skapande» nämns bland de ändamål som YGL syftar till att säkra. Någon saklig skillnad mot TF är knappast avsedd, men tillägget kan motiveras med det obestridliga faktum att sådana media som filmer och ljudupptagningar normalt har en begränsad betydelse för opinionsbildning.[122]

En viss skillnad mot TF kan möjligen finnas i den skyddade personkretsen. Vad gäller TF är det uppenbart att tryckfriheten, förutom meddelare och anskaffare, främst omfattar dem som **yttrar sig** i en tryckt skrift. Den yttrandefrihet som anges i 1:1 st. 1 i YGL måste däremot, om den skall fylla sin funktion, av praktiska skäl tillkomma både upphovsmannen till en framställning i något av de skyddade medierna (kompositören till en sång, författaren till en radiopjäs, en films regissör) och den som framträder (sångerskan, skådespelarna, den som intervjuas i ett nyhetsprogram).[123] Yttrandefriheten gäller därför alla som på ett eller annat sätt yttrar sig, eller vars yttranden återges, i något av de media som YGL omfattar. Meddelare och anskaffare skyddas på motsvarande sätt som i TF av en bestämmelse i 1:2. Såväl upphovsmän som framträdande och meddelare åtnjuter anonymitetsskydd enligt 2:1-4[124]; även här gäller således i förhållande till TF den nämnda skillnaden beträffande den skyddade personkretsen.

I YGL klargörs ännu tydligare än i TF att rättigheterna i grundlagen inte kan begränsas i annan ordning än den som anges i YGL (se främst 1:1 st. 2 p. 2 och 1:2 p. 3). Samtidigt bör det konstateras att YGL tillåter begränsningar av yttrandefriheten i mycket stor utsträckning. Lagrådet ansåg i sitt yttrande över YGL att det, mot bakgrund av att syftet med den nya grundlagen var att främja yttrandefriheten, var en svaghet att lagtexten i

120. Upptagning av ljud som åtföljer en film (inklusive ett videogram) måste däremot betraktas som tillhörigt det mediet; jfr Tryckfrihetsrätt s. 100-01.
121. Se närmare om vissa rent tekniska frågeställningar rörande vilka sändningar som omfattas av YGL:s tillämpningsområde Tryckfrihetsrätt s. 103 ff.
122. Se Tryckfrihetsrätt s. 101.
123. Ibid.
124. Se närmare om dessa anonymitetsregler Strömberg, Några lagtekniska synpunkter på Yttrandefrihetsgrundlagen och dess följdförfattningar, FT 1992 s. 376 f.

så stor utsträckning tillåter närmare reglering i vanlig lag.[125]

De nämnda bestämmelserna kompletteras av ett censurförbud i 1:3 st. 1[126] och en exklusivitetsprincip i 1:4, vilka i stort sett påminner om motsvarande principer i TF. I 1:3 st. 2 medges dock att filmcensur i form av förhandsgranskning av filmer som skall visas **offentligt** (således inte videofilmer som endast distribueras för privat bruk[127]) kan tillåtas genom lag. Den kvarvarande möjligheten till filmcensur innebär samtidigt en begränsning av rätten att sprida filmer, vilken garanteras i 3:8; även i detta lagrum erinras därför om denna kvarvarande censurmöjlighet. Dessutom innebär möjligheten att förhandsgranska filmer som skall visas offentligt en begränsning av mötesfriheten, vilken knappast kan ses som ett godtagbart begränsningsändamål jämlikt 2:14. Härom erinras i p. 4 i 1976 års övergångsbestämmelser till RF, som medger att lagar om film- och videocensur kan införas trots att de egentligen strider mot 2:1 p. 3 och 2:14 RF.[128]

Även det förstärkta skydd för informationsfriheten (1:3 st. 3) som består i att inga myndigheter på grund av innehållet i program, filmer eller ljudupptagningar kan förbjuda innehav av de tekniska hjälpmedel som behövs för att kunna ta emot programmen (filmerna, ljudupptagningarna) kan nämnas här.[129] Stadgandet torde få större principiell än praktisk betydelse.

Vad gäller etableringsfriheten på radioområdet görs en principiell skillnad mellan tråd- och etersändningar. Medan de förra enligt 3:1 i princip är helt fria, framgår av 3:2 att sändningsrätten i etern får regleras genom lag som innehåller föreskrifter om tillstånd och villkor för att sända.[130] Bakgrunden till att det varit omöjligt att införa etablerings-

125. Se prop 1990/91:64 s. 206: »På en rad punkter innebär förslaget att det först lägger fast en grundläggande princip i anslutning till tryckfrihetsförordningens regelsystem och därefter föreskriver att i lag får göras undantag, meddelas närmare bestämmelser etc. Även om det torde vara ofrånkomligt att denna lagstiftningsteknik kommer till användning i viss utsträckning, måste det betonas att det med den nya grundlagens allmänna ambition är otillfredsställande.» Enligt lagrådet borde vidare den valda lagstiftningstekniken leda till att begränsningsreglerna i RF 2:12-13 skulle få ökad praktisk betydelse, ett påpekande som är något märkligt eftersom RF:s begränsningsregler enligt 2:1 st. 2 i princip inte är tillämpliga på de områden som TF och YGL reglerar. Lagrådet syftar troligen, ehuru detta inte anges, på att RF 2:12 st. 2-5 samt 2:13 enligt YGL 3:3 respektive 7:6 skall gälla på vissa av YGL:s områden. Detta borde dock – om det nu är dessa bestämmelser som åsyftas – ha tydliggjorts. Jfr Strömberg, Några synpunkter...s. 369.
126. Jfr även 3:4: »Den som sänder radioprogram avgör självständigt vad som skall förekomma i programmen.»
127. Jfr dock 7:5 beträffande spridning av filmer som innehåller våldsskildringar till ungdomar under femton år.
128. Se lagen (1990:886) om granskning och kontroll av filmer och videogram.
129. Jfr ovan s. 550 i not 27.
130. Enligt 5 § i radiolagen (1966:755) krävs tillstånd av regeringen för sändningsrätt i Sverige. Tillstånd ges för viss tid och kan enligt Strömberg (Några synpunkter... s. 372) inte återkallas. Se närmare beträffande dessa samt vissa mer tekniska frågor av intresse i sammanhanget Jan Rosén, Etableringsfrihet eller villkorade tillstånd – radiorättens balansnummer, SvJT 1995 s. 7-31, särskilt s. 15 ff. Möjligheterna att i lag reglera sändningsrätten har framförallt diskuterats i anlutning till lokalradiolagen (1993:120), där bestämda villkor för sändningstillstånd ställs upp; ingen får t.ex. inneha mer än ett sådant tillstånd. Lagrådet godtog vid lagens antagande dessa och andra villkor eftersom utrymmet att sända lokalradio måste utnyttjas så att dominans över nyhetsförmedling och opinionsbildning motverkas och möjligheterna till mångfald tas till vara (prop 1992/93:70 s. 164 ff, yttrande 12 oktober 1992). Ståndpunkten upprepades i yttrande den 16 november 1994 över KU:s förslag om ett temporärt upphörande med utdelningen av sändningstillstånd (se KU 1994/95:25 bil. 3 samt nedan i kap. 17.1.1).

frihet i etern är helt enkelt bristen på tillgängliga radiofrekvenser.[131] Spridningsrätten har av naturliga skäl störst betydelse beträffande filmer och ljudupptagningar. Som redan nämnts garanteras spridningsrätten i 3:8, ehuru möjligheten till förhandsgranskning av filmer är ett – i lagtexten beaktat – memento.

Den mest omdiskuterade aspekten på etableringsfriheten är dock möjligheten att i lag förbjuda reklam i radio och TV, YGL 1:12 st. 2. Vad som sägs i 1:12 st. 2 är dock i verkligheten något mer subtilt än att reklam kan förbjudas i lag. Enligt lagrummet hindrar inte YGL att det i lag »*meddelas föreskrifter om förbud*» (min kursivering) mot kommersiell reklam i radioprogram eller om villkor för sådan reklam. I 7 § radiolagen (1966:755) framgår dock att frågan om förbud eller villkor för reklam i radio/TV regleras i ett avtal mellan regeringen och sändningsföretaget, ett avtal som enligt lagtexten är ett villkor för sändningstillstånd.[132] Lagrådet var i ett yttrande 1991 över vissa föreslagna ändringar i radiolagen mycket kritiskt till denna avtalskonstruktion och framhöll att »(Y)ttrandefrihetsbegränsningar genom avtal, vare sig de medges i lag eller ej, saknar stöd i RF.»[133] Kravet att yttrandefriheten endast kan begränsas genom lag återfinns i RF 2:12 st. 1. I YGL 3:3 krävs att RF:s regler om begränsning av yttrandefriheten skall tillämpas vid de begränsningar av sändningsrätten som är möjliga enligt 3:1-2.[134] RF 3:3 hänvisar dock bara till RF 2:12 st. 2-5 respektive 2:13, inte till kravet på lagform för begränsning i 2:12 st. 1. Något krav på lagform gäller därför inte, varför YGL 1:12 st. 2 inte strider mot 3:3 i samma grundlag.[135] En annan fråga är däremot om den nuvarande regleringen kan sägas vara förenlig med RF:s regler.[136]

De av lagrådet anförda synpunkterna får antas vara vägledande även vid annan lagstiftning av detta slag, särskilt som det allmänna enligt 3:2 st. 2 YGL skall eftersträva att frekvenserna tas i anspråk på ett sätt som leder till vidaste möjliga yttrande- och informationsfrihet. Denna bestämmelse sägs f.ö. i SOU 1994:105 vara av målsättningskaraktär, men det nämnda KU-förslaget och lagrådets utlåtande får nog sägas visa att stadgandet kan vara utgångspunkt för konkreta rättsliga bedömningar.

131. Jfr KU 1990/91:21 s. 11 och SOU 1994:105 s. 245, liksom lagrådet i prop 1990/91:64 s. 209. – En speciell begränsning av etableringsfriheten, som i sak förefaller svårmotiverad även om syftet att främja mediepluralismen är godtagbart, återfinns i 7 § lokalradiolagen, vari stadgas att den som ger ut en dagstidning eller har ett bestämmande inflytande i ett dagstidningsföretag inte kan få tillstånd att sända lokalradio.
132. Se 7 §: »Övriga villkor för programföretagets sändningsrätt skall tas in i ett avtal mellan regeringen och företaget. I detta avtal får det bestämmas...» Jfr prop 1990/91:149 s. 48: »Avtalen mellan staten och programföretagen är i strikt juridisk mening »villkor för att sända» snarare än egentliga avtal.» samt KU 1990/91:21 s. 12: »Utskottet vill först erinra om att dessa avtal inte är överenskommelser i vanlig civilrättslig mening utan att de mera kan betraktas som direktiv för verksamheten.»
133. Se prop 1990/91:149 s. 325.
134. En regel med motsvarande innehåll som avser vissa tillsynsregler finns i YGL 7:6.
135. Jfr Strömberg, Några synpunkter... s. 372-73.
136. Jfr Vår författning (10 uppl) s. 59: »(S)tåndpunkten (dvs att kravet på lagform är uppfyllt när lagen bemyndigar regeringen att utforma begränsningarna genom avtal, min anm.) synes svår att försvara.» I SOU 1994:105 (Ny lagstiftning om radio och TV) föreslås vissa smärre ändringar av den nuvarande regleringen; se kap. 13 (s. 271-287). Av störst principiell betydelse är förslaget att alla **direkta rättighetsbegränsningar** måste följa av lag, se s. 263 o. 271-73.

15 Möjligheterna att begränsa rättigheterna i 2 kap. regeringsformen genom lag

15.1 Översikt över regelsystemet

15.1.1 Allmänt

Möjligheterna att genom lag begränsa de relativa rättigheterna behandlas i 2:12-14 RF. I 2:12 st. 1 p. 1 sägs visserligen att dessa rättigheter får begränsas genom lag »i den utsträckning som 13-16 §§ medgiver». Denna hänvisning är dock något svårbegriplig, eftersom den inte hänvisar till 2:12 st. 2 som också är av betydelse i sammanhanget och som dessutom gäller för samtliga relativa rättigheter, medan 13-14 §§ bara avser de där särskilt omnämnda rättigheterna. Diskrimineringsförbuden i 15-16 §§ gäller förvisso vid all rättighetsbegränsande lagstiftning, men de gäller också all annan lagstiftning och är därför av mindre intresse här.

Schematiskt återfinns de materiella begränsningskraven förutom i 2:15-16 i 2:12 st. 2, som omfattar alla relativa rättigheter, och i 2:13-14, vilka avser yttrande- och informationsfriheten (13 §) respektive mötes- och demonstrationsfriheten samt föreningsfriheten (14 §).[1] De formella begränsningskraven återfinns i 2:12 st. 1 respektive st. 3-5.

Huvudregeln är att begränsningar av de rättigheter som överhuvudtaget går att begränsa endast kan göras genom lag.[2] Detta framhävs också genom den inledande bestämmelsen (8:1) i RF 8 kap., som behandlar lagstiftnings- och normgivningsproceduren.[3] Från denna huvudregel anger emellertid 2:12 st. 1 tre undantag, tre fall då rättigheterna även kan begränsas genom förordning. Det gäller bestämmelser om tystnadsplikt – vilka ju definitionsmässigt är att se som begränsningar av yttrandefriheten – som regeringen jämlikt RF 2:12 st. 1 jfr med 8:7 **efter bemyndigande i lag** kan meddela i förordning, vidare en allmän möjlighet för regeringen att efter bemyndigande i lag genom förordning meddela att en föreskrift i vissa typer av lagar skall börja eller upphöra att tillämpas (se närmare 8:10) samt begränsningar av mötes- och demonstrationsfriheten av hänsyn till rikets säkerhet eller befarade farsoter.

1. Denna metod att skydda rättigheterna benämns i förarbetena till lagen stundom en »materiell metod i förening med ett judiciellt skydd»; se särskilt SOU 1975:75 s. 101 ff. Med judiciellt skydd avsågs den av utredningen föreslagna lagprövningsrätten, som dock inte infördes förrän 1979.
2. Jfr RÅ 1981 2:15, där en bestämmelse i arbetsordningen för kommunfullmäktige i Kiruna om att fullmäktiges ordförande under vissa förhållanden, bl.a. om talaren uppträdde på ett sätt som stred mot god ordning, hade rätt att frånta talaren ordet, ansågs vara en begränsning av yttrandefriheten som jämlikt 2:12 RF endast kunnat beslutas genom lag.
3. Innebörden härav är således att en del av normgivningsmakten regleras i 2 kap. i stället för i 8 kap; se närmare nedan kap. 15.2.

15.1.2 De materiella begränsningskraven

Enligt 2:12 st. 2 får rättighetsbegränsningar endast göras för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. En begränsning får vidare aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den (den s.k. *proportionalitetsprincipen*)[4] och inte heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Den får aldrig göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan »sådan» åskådning.[5]

Olika aspekter på dessa kriterier för tillåtna rättighetsbegränsningar, vilka således gäller samtliga tänkbara begränsningar av de rättigheter som enligt 2:12 st. 1 p. 1 går att begränsa, kommer att analyseras närmare i kap. 19. Det kan dock redan här konstateras att förbudet mot rättighetsbegränsningar som går längre än vad syftet med dem kräver har tydliga tecken av *Verhältnismässigkeit*, rentav med drag av *Übermassverbot*.[6] Vidare anges att begränsningar aldrig får hota den fria åsiktsbildningen, som är en av folkstyrelsens grundvalar (jfr 1:1 st. 2: »Den svenska folkstyrelsen *bygger på* (min kursivering) fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt».) Att redan härav utläsa en form av *preferred position*[7] för de positiva opinionsfriheterna är kanske förhastat, men däremot framtonar den fria åsiktsbildningen här som något av dessa rättigheters okränkbara kärna, deras *Wesensgehalt*[8] om man så vill.

Om de positiva opininionsfriheterna åtnjuter någon preferred position i den svenska konstitutionen – vilket jag menar är fallet[9] – kommer detta till uttryck, snarare än i 2:12 st. 2, förutom i existensen av TF och YGL, genom de särskilda preciseringarna av tillåtna begränsningsändamål i 2:13-14. Yttrande- och informationsfriheten får enligt 2:13 st. 1 begränsas med hänsyn till rikets säkerhet, »folkförsörjningen», allmän ordning och säkerhet, enskilds anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott. Vidare får friheten att yttra sig i näringsverksamhet generellt begränsas; härav kan utläsas att reklam i princip omfattas av RF:s regler till skydd för yttrandefriheten, men kan begränsas genom lag **även när inga särskilt viktiga intressen står på spel.**[10] Det är

4. Jfr Karl-Göran Algotsson, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, Stockholm 1993 s. 156.
5. Med ordet »enbart» torde här avses, förutom ett självklart förbud för lagstiftaren att begränsa någons eller några rättigheter enbart p.g.a. personernas åskådning (jfr Petrén/Ragnemalm s. 120: »Presumtiva terrorister får sålunda icke utsättas för diskriminerande behandling enbart på grund av sin samhällsuppfattning, utan ytterligare moment måste tillkomma för att motivera särbehandling, t ex risken för ett brukande av våldsamma och lagstridiga medel.») även ett direktiv till myndigheter om att ingrepp i någons medborgerliga rättigheter aldrig kan baseras enbart på vederbörandes åskådning. Jfr Grundlagarna s. 120.
6. Jfr om dessa begrepps centrala betydelse i tysk rätt ovan kap. 7.4.2.2.
7. Se framför allt kap. 10.9.3.
8. Se främst kap. 7.2.2 o. 7.4.2.1 om detta begrepp. Jfr Petrén/Ragnemalm s. 71: »Rättighetsreglerna är i mångt och mycket inriktade på att skydda den fria åsiktsbildning som enligt 1:1 utgör en grundpelare för den svenska folkstyrelsen.» Detta är f.ö. också det synsätt som kommer till uttryck i KU:s resonemang 1994 om möjligheterna att överföra beslutanderätt till EU; se KU 1993/94:21 s. 27 samt ovan i kap. 14.1.1, not 2. Huruvida något väsensinnehåll någonsin erkänts i svensk rätt är dock oklart; jfr nedan i 19.7.
9. Se närmare kap. 19.8.1.
10. Jfr ovan kap. 14.1.2. – Det sagda skall enligt ett uttalande av justitieministern i prop 1975/76:209 s. 109 inte gälla för reklammeddelanden av opinionsbildningskaraktär. Att någon distinktion skulle råda mellan sådan reklam och rent kommersiell reklam framgår dock inte av lagtexten. Jfr Grundlagarna s. 127.

dock inte nog med detta: Begränsningar av yttrande- och informationsfriheten kan nämligen enligt st. 1 p. 3 alltid ske när »särskilt viktiga skäl föranleder det».

Stadgandet om rikets säkerhet syftar enligt motivuttalanden främst på vissa brott som nämns i BrB 18, 19 och 22 kap. (om högmålsbrott, brott mot rikets säkerhet, landsförräderi m.m.).[11] Troligen täcks också hänsynen till folkförsörjningen av de nämnda brottsbalksbestämmelserna.[12] Allmän ordning och säkerhet syftar enligt motiven främst på bestämmelserna i BrB 16 kap, däribland hets mot folkgrupp och uppvigling.[13] Även förargelseväckande beteende borde kunna räknas hit.[14] Enskilds anseende syftar närmast på bestämmelserna i BrB 5 kap. om ärekränkning och förtal, medan både privatlivets helgd och förebyggandet och beivrandet av brott bl.a. avser bestämmelser om tystnadsplikt; även regler om t.ex. beslag i brottmål kan ha relevans i det senare fallet, liksom förbud mot olovlig avlyssning och brytande av post- och telehemlighet i det förra.[15]

Dessa motivuttalanden kritiseras av Algotsson för att de hänvisar till lagbestämmelser som innehåller alltför oklara brottsbeskrivningar (t.ex. uppvigling och förargelseväckande beteende) och inte formulerar principer för de framtida lagar som kan komma att begränsa yttrande- och informationsfriheterna. Problemet är enligt Algotsson således att utredningen nöjde sig med att räkna upp ett antal existerande, ofta vagt formulerade straffbud som innebar godtagbara rättighetsbegränsningar, i stället för att försöka ange vilka principiella aspekter som borde avgöra om en rättighetsbegränsning var godtagbar eller ej (utöver de allmänt hållna formuleringarna i själva grundlagstexten).[16]

Tveklöst är det, som Algotsson framhäver, en svaghet i rättighetsskyddet att frågan om vilka rättighetsbegränsningar som bör vara principiellt godtagbara respektive vilka som bör vara förbjudna inte diskuterats mer ingående i förarbetena. Däremot är jag inte säker på att hänvisningen till i och för sig oklara straffbud behöver innebära någon försvagning av rättighetsskyddet. Det är här inte fråga om att ge sanktion åt ett antal bestämmelser utan snarare om att finna åskådningsexempel; nya försök från lagstiftarens sida att begränsa yttrande- och informationsfriheten måste bedömas för sig och kan rimligen inte godtas av domstolar och lagråd enbart av det skälet att kriminaliseringen av t.ex. förargelseväckande beteende ansetts vara en godtagbar begränsning. Avsaknaden av principdiskussion beträffande framtida rättighetsbegränsningar framstår därför som det vida större problemet.

Det mest omdiskuterade begränsningsändamålet under remissbehandlingen av det förslag till ändringar i regeringsformen där begränsningsändamålen lades fast var den generella formuleringen i 2:13 st. 1 p. 3 om att yttrande- och informationsfriheten »i övrigt», dvs förutom för att tillgodose de nu nämnda någorlunda preciserade ändamålen, »endast» får begränsas om särskilt viktiga skäl föranleder det.[17] Att formuleringen orsakade debatt är naturligt, eftersom denna ganska vida begränsningsmöjlighet för lag-

11. Se SOU 1975:75 s. 203.
12. Se Petrén/Ragnemalm, a.a.s. 76.
13. Ibid och SOU 1975:75 s. 286. Se även s. 204: »Det är främst konkreta, fysiska oroligheter som man vill skydda mot – *inte* en aldrig så från eller oinitierad debatt eller ett polariserat, av hög temperatur präglat politiskt klimat.»
14. Så i vart fall enligt Petrén/Ragenemalm s. 76.
15. Se SOU 1975:75 s. 204.
16. Se Medborgarrätten och regeringsformen s. 152.
17. Se prop 1975/76:209 s. 226 f.

stiftaren givetvis kan uppfattas som något av en urholkning av yttrandefriheten.[18] Att lösningen med denna svepande formulering som komplement till de preciserade ändamålen slutligen valdes är kanske något förvånande, eftersom justitieministern i prop 1975/76:209 slog fast att »(Y)ttrandefriheten kan med fog betecknas som den viktigaste av de medborgerliga fri- och rättigheterna.»[19] Lagstiftaren har emellertid inte givits någon motsvarande möjlighet att begränsa mötes-, demonstrations- och föreningsfriheten. Trots yttrandefrihetens enligt justitieministern större betydelse och trots att det enligt denne mot bakgrund av just yttrandefrihetens centrala betydelse i det demokratiska samhällsskicket vore »önskvärt att låta grundlagen ange den centrala kärna av yttrandefriheten, som är av grundläggande betydelse för den fria opinionsbildningen och som därför inte får angripas, genom att uttömmande ange de ändamål för vilka begränsningar får ske»[20], menade han, stödd på FRU, att det var »praktiskt taget ogörligt att få en tillfredsställande överblick över behovet av legitima yttrandefrihetsbegränsningar nu och i framtiden.»[21] Mer preciserade uppräkningar kunde därför inte bli något alternativ till allmänt angivna begränsningsändamål som rikets säkerhet och allmän ordning och säkerhet.[22]

Även om detta resonemang som sådant förefaller rimligt, förklarar det inte varför de allmänt angivna begränsningsändamålen för just yttrande- och informationsfrihetens del, trots dessa rättigheters stora betydelse, behövde kompletteras med en generell möjlighet till begränsningar för särskilt viktiga skäl. Justitieministern klargjorde inte heller detta, utan nöjde sig med att hänvisa till den nämnda utredningen:

> Mot bakgrund av de överväganden som jag nu har redogjort för anser jag att utredningens förslag att ställa upp ett generellt krav på särskilt viktiga skäl för begränsningar kompletterat med en exemplifierande uppräkning av tillåtna begränsningsändamål och en beskrivning av de särskilt centrala delarna av yttrandefriheten är en lämplig skyddsmetod.[23]

Faktum är dock att inte heller FRU i någon egentlig mening klargjorde **varför just yttrandefriheten** måste kunna begränsas så fort särskilt viktiga skäl föranleder detta[24], varför slutsatsen måste bli att justitieministerns knapphändiga motivering i viss mån hänger i

18. Jfr Petrén, Vägen till en svensk rättighetskatalog, i Skrifter till minnet av Halvar G.F. Sundberg, Stockholm 1978 s. 31: »De absoluta rättigheterna, dvs de som ej kan ändras utan grundlagsändring, gäller i stort sett sådant som ej berör den vanlige medborgarens vardag...Å andra sidan är de grundlagsregler, som begränsar lagstiftarens möjligheter att göra intrång i de viktiga rättigheterna som gäller det alldagliga, i stort sett så vaga, att det är att befara att i praktiken deras skyddseffekt blir ringa. Särskilt betänklig är regeln att yttrande- och informationsfriheten får begränsas om särskilt viktiga skäl föranleder det. Här hänger hela skyddet på vad en riksdagsmajoritet anser vara viktiga skäl.»
19. Anf. prop s. 108.
20. Ibid.
21. Jfr SOU 1975:75 s. 24: »Det är emellertid inte genomförbart att i en uttömmande uppräkning ange när yttrandefriheten får inskränkas utan att man riskerar låsningar för framtiden i den reguljära lagstiftningen, låsningar som alltså inte är påkallade till skydd för opinionsfriheten.»
22. Prop 1975/76:209 s. 108.
23. Ibid s. 109.
24. Jfr SOU 1975:75 särskilt s. 123 ff o. 204.

luften.[25] Intressant är dock att justitieministern uppenbarligen uppfattar kravet på särskilt viktiga skäl som en huvudregel och de uppräknade tillåtna begränsningsändamålen som rena exempel på situationer där särskilt viktiga skäl föreligger. En med utgångspunkt från lagtexten mer näraliggande tolkning är att begränsningar av yttrande- och informationsfriheten i första hand alltid är tillåtna för de syften som anges i st. 1 p. 1 och dessutom kan tillåtas i vissa undantagsfall, då andra särskilt viktiga skäl föranleder det (ehuru begränsningarna enligt 2:12 st. 2 måste hålla sig inom vissa ramar).

Remisskritiken mot denna vida tillåtlighet av rättighetsbegränsningar gällde inte minst det faktum att det tillkom riksdagen själv, i dess egenskap av lagstiftare, att avgöra om särskilt viktiga skäl var för handen. De kritiska remissinstanserna tycks ha utgått från att det var självklart att riksdagens bedömning därvidlag inte kunde överprövas, vilket i så fall ökade vikten av att yttrandefriheten enbart begränsades i undantagsfall.[26] I samma anda menade lagrådet i prop 1984/85:199 med förslag till lag om lokala kabelsändningar, om vissa där föreslagna begränsningar i yttrandefriheten, att »(D)elade meningar torde kunna råda i frågan, om dessa ingrepp när det gäller kabelsändningar i alla hänseenden är påkallade av sådana särskilt viktiga skäl som avses i 2 kap. 13 § första stycket RF. Vad som skall anses utgöra skäl av angivet slag är en fråga av företrädesvis politisk natur och det ankommer inte på lagrådet att göra politiska bedömningar.»[27] Denna ståndpunkt, att frågan vad som är särskilt viktiga skäl ankommer uteslutande på riksdagen att avgöra, synes dock ha uppluckrats under senare år. I prop 1990/91:149 med förslag till lag om TV-reklam ingick nämligen lagrådet i en saklig prövning av de åberopade särskilt viktiga skälen och fann att ett föreslaget förbud mot åsiktsannonsering i TV ingav betänkligheter med hänsyn till 2 kap. 13 § RF:

> Den uppbyggnad, som skyddet för grundläggande fri- och rättigheter har getts i RF, gör det angeläget att vad som i dessa sammanhang betecknas som »särskilt viktiga skäl» granskas från rättsliga synpunkter.[28]

Lagrådet fick stöd för sin rätt att bedöma vad som var särskilt viktiga skäl av KU[29], medan utbildningsministern menade att det inte gick att avgöra vad som utgör särskilt

25. Algotsson redovisar (Medborgarrätten och regeringsformen s. 149) en tänkbar förklaring härtill av politisk karaktär: »Kvarlämnade skisser till grundlagstexter visar hur man inom FRU arbetade med frågan om de materiella begränsningsreglerna för yttrande- och informationsfriheten. Man försökte först »sluta» ändamålslistan, dvs göra en uttömmande uppräkning av tillåtna inskränkningssyften. Dessa strävanden synes ha stoppats på grund av ingripande från justitiedepartementet. Enligt Berghs (utredningens sekreterare, min anm) bestämda minnesbild hävdade Lidbom (statsråd, min anm) att man absolut måste ha en säkerhetsventil av den typ som till slut skapades genom formuleringen »särskilt viktiga skäl». Man visste aldrig vad som kunde hända i framtiden.»
26. Se särskilt prop 1975/76:209 s. 227.
27. Anf. prop s. 77.
28. Anf. prop s. 329. Beträffande frågan när särskilt viktiga skäl kan anses föreligga fortsatte lagrådet: »Allt som i och för sig kan anses förnuftigt och välmotiverat kan inte utan vidare tillåtas passera, ens om det skulle i sak lämnas obestritt av det stora flertalet. Det måste vara fråga om skäl med en speciell tyngd. Vad det ytterst gäller är att inte skapa olyckliga prejudikat som kan åberopas i andra, oförutsedda sammanhang.»
29. Se KU 1990/91:39 s. 35: »Vad som i ett enskilt lagstiftningsärende åberopas som särskilt viktiga skäl bör som lagrådet anför underkastas en rättslig granskning.»

viktiga skäl *uteslutande* från rent rättsliga synpunkter (min kursivering).[30] Utbildningsministern måste dock härigenom anses ha godtagit att denna bedömning åtminstone delvis är av rättslig karaktär och därför delvis bör ske från rättsliga synpunkter.[31]

2:13 st. 2 har i doktrinen ofta beskrivits som något av en yttrande- och informationsfrihetens *kärnbeskrivning*, varmed väl menas en beskrivning av rättigheternas kärna eller av särskilt viktiga områden, där lagstiftaren bör iakktta största försiktighet vid begränsningar.[32] FRU, som först myntade detta uttryck, klargjorde dock att något väsensinnehåll av tysk typ inte avsågs.[33] Närmare till hands ligger kanske att se st. 2, där det anges att vikten av vidaste möjliga yttrande- och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter alltid skall beaktas vid begränsningar av dessa rättigheter, som en markering av yttrandefrihetens – åtminstone vissa former av yttrandefrihets – preferred position i svensk rätt; härpå tyder också det faktum att just de områden där yttrandefrihetens betydelse för opinionsbildningen är särskilt tydlig lyfts fram. FRU beskrev i sitt förslag – vilket sedan fastställdes – stycket som en viktig begränsning av lagstiftarens handlingsfrihet. Om det verkligen haft någon sådan effekt är diskutabelt, men troligen har den samlade effekten av de många markeringarna av yttrandefrihetens betydelse i RF, TF och YGL haft en viss preventiv inverkan på lagstiftarens benägenhet att inskränka just yttrandefriheten.[34]

Vad gäller stadgandet i 2:13 st. 3 om att rena ordningsföreskrifter, som utan avseende på yttrandes innehåll reglerar hur yttranden sprids och mottas, inte innebär begränsningar av yttrande- och informationsfriheten tycks det faktum att yttrandenas innehåll inte påverkar bestämmelsernas utformning vara det avgörande.[35]

De ändamål som kan föranleda begränsningar av mötes-, demonstrations- och före-

30. Prop 1990/91:149 s. 96. Hans motivering härtill var dock något märklig, nämligen att RF »riktar sig ju i en fråga av detta slag till riksdagen såsom lagstiftare». Härigenom utesluts i en enda mening dels att domstolarna skulle kunna tillämpa stadgandet i en lagprövningssituation, dels att riksdagen som lagstiftare skulle kunna göra en bedömning enbart från rättsliga utgångspunkter av om särskilt viktiga skäl föreligger. Frågan är om utbildningsministern här verkligen insåg de långtgående, för att inte säga orimliga konsekvenserna av sitt resonemang.
31. Holmberg/Stjernquist drar av detta ärende slutsatsen att lagstiftaren godtagit »att lagrådet och – vid lagprövning enligt RF 11:14 – domstolar och andra rättstillämpande organ har att pröva frågan om inskränkningsgrunderna enligt RF 2:12-14.» Se Vår författning (10 uppl.; om ej annat anges nedan avses denna upplaga) s. 60. Uttalandet är något märkligt; om inte lagrådet och domstolarna prövade dessa krav kan man ju fråga sig både vad de annars skulle ha för funktion och vem som annars skulle pröva om inskränkningsgrunderna iakttogs. Att lagstiftaren i princip godtagit att domstolar bör pröva dessa krav – men förordat restriktivitet därvidlag – måste väl dessutom närmast förutsättas i och med införandet av lagprövningsrätten i RF 11:14. Däremot är det fortfarande en öppen fråga – och det var också denna som berördes i samband med propositionen om TV-reklam – om lagrådet och kanske framför allt domstolarna kan pröva innebörden av ett åtminstone delvis politiskt präglat rekvisit som »särskilt viktiga skäl.» Se vidare nedan kap. 17.1.2.3, 17.2 o. 18.4.
32. Se Grundlagarna s. 127 och Petrén/Ragnemalm s. 77 (som i stället talar om kärnområde). Justitieministern talade f.ö. i prop 1975/76:209 s. 109 om förslaget som »en beskrivning av de särskilt centrala delarna av yttrandefriheten».
33. Se SOU 1975:75 s. 127.
34. Jfr nedan kap. 19.8.
35. I RÅ 1981 2:1 ansågs en liknande bestämmelse i en kommunal arbetsordning (här för Motala kommun) som i RÅ 1981 2:15 (jfr ovan s. 574 i not 2) ansetts utgöra en yttrandefrihetsbegränsning vara en ren ordningsföreskrift, vilket berodde på att besvär här bara anförts mot den del av arbetsordningen som sade att ordföranden fick frånta den som avlägsnade sig från ämnet ordet. I RH 18:84 ansågs en bestämmelse i den lokala ordningsstadgan för Göteborgs kommun

ningsfriheten anges i 2:14. Dessa ändamål har angivits på ett uttömmande och betydligt mer preciserat sätt än motsvarande ändamål i 2:13. Vad först gäller mötes- och demonstrationsfriheterna så sammanfaller begränsningsändamålen[36]; bägge rättigheterna får begränsas av hänsyn till ordning och säkerhet vid sammankomsten eller demonstrationen eller till trafiken, av hänsyn till rikets säkerhet eller för att motverka farsot. Som konstaterats ovan i 14.1.2 ges de närmare villkoren för mötes- och demonstrationsfriheternas utövande i huvudsak i Ordningslagen. Utformningen av 2:14 måste emellertid ges den tolkningen, att dessa rättigheter inte får begränsas av hänsyn till **allmän** ordning och säkerhet, utan endast för att trygga ordningen och säkerheten **vid själva sammankomsten.**[37]

Det bör här understrykas att mötes- och demonstrationsfriheternas reella omfång i praktiken är avhängigt regleringen av yttrandefriheten, eftersom en del av den yttrandefrihet RF skyddar är just yttranden vid möten och sammankomster.[38]

Föreningsfriheten får enligt 2:14 st. 2 begränsas endast såvitt gäller sammanslutningar vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur eller innebär förföljelse av folkgrupp av viss ras, med viss hudfärg eller av visst etniskt ursprung. Det förra begränsningsändamålet syftar på straffbestämmelsen i BrB 18:4 om olovlig kårverksamhet[39], medan det senare infördes i RF för att Sverige skall ha möjlighet att uppfylla ett åtagande enligt 1966 års FN-konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering. Någon lag med förbud mot den åsyftade typen av organisationer har dock ännu inte införts.[40]

om att affischer inte utan tillstånd från polismyndigheten fick sättas upp på allmän plats eller på husvägg, staket eller dylikt som vette mot sådan plats utgöra en ordningsföreskrift. Se till det sagda också Grundlagarna s. 128 och Petrén/Ragnemalm s. 77.

36. Detta var enligt justitieministern en nödvändig följd av den nära släktskapen dem emellan; se prop 1975/76:209 s. 112. Som ovan konstaterats (se avsn. 14.1.2 i n. 28) är likheten mellan mötes- och demonstrationsfrihet i praktiken mycket stor.
37. Jfr Petrén/Ragnemalm s. 79 och SOU 1975:75 s. 129: »Såsom begränsningar i mötesfriheten betraktar utredningen bara regler som just avser själva mötessituationen.» – Wennergren ifrågasätter om HD i avgörandet NJA 1989 s. 308 iakttagit detta krav. Målet gällde en demonstration mot ett motorvägsbygge i Bohuslän. Några deltagare dömdes för ohörsamhet mot ordningsmakten för att de genom att samlas vid vägbygget gjort det omöjligt för Vägverket att utföra arbete på detsamma och vägrat efterkomma polisens uppmaning att lämna arbetsplatsen. HD fann utrett att de stört den allmänna ordningen, vilket krävs för straffbarhet (jfr BrB 16:3). Samtidigt var det ostridigt att demonstranternas syfte var att protestera mot motorvägsbygget och den miljöförstöring som de ansåg detta innebära. Som Wennergren konstaterar (a.a.s. 129) borde de därför inte fällts till ansvar på den grunden att de stört **allmän** ordning; en lagbestämmelse som begränsar frihet av hänsyn till allmän ordning kan inte tillämpas när demonstrationsfrihet gäller. Betänkligt är under alla omständigheter att RF 2:14 i målet inte berördes i någon instans.
38. Jfr Grundlagarna s. 129. Se närmare beträffande filmcensur ovan kap 14.3; filmcensur är ju en begränsning av yttrandefriheten som behandlas i YGL, men innebär också en begränsning av mötesfriheten som är godtagbar enligt vissa övergångsbestämmelser till RF; jfr avsn. 14.1.2 i n. 32.
39. Men däremot inte på förbudet mot politiska uniformer, se lag 1947:164 (under BrB 16 kap.). Detta förbud betraktades under lagstiftningsarbetet (se SOU 1975:75 s. 203) som en begränsning av yttrandefriheten. Som Holmberg/Stjernquist konstaterar i Grundlagarna (s. 131) torde detta med den utformning 2:13-14 slutligen fick ha varit en förutsättning för att uniformsförbudet skall anses grundlagsenligt, eftersom en politisk organisation som bär uniformer givetvis inte utan vidare kan anses vara en sammanslutning »av militär eller liknande natur».
40. Frågan har dock varit livligt omdiskuterad under senare år. Se främst SOU 1991:75 med förslag till åtgärder mot organiserad rasism (vilka inte genomförts).

Det bör också påpekas att de materiella skyddsreglerna i 2:12 st. 2 samt 2:13-14 är bindande på samma sätt som de absoluta rättighetsreglerna.[41] De kan sålunda inte begränsas genom lag eller avskaffas på annat sätt än genom grundlagsändring.

15.1.3 De formella begränsningskraven

I 2:12 st. 3-5, som infördes 1979, regleras de formella kraven, eller själva »gången», vid antagande av rättighetsbegränsande lagar. De fall då dessa regler tillämpats genomgås, liksom lagrådets verksamhet, i kap. 17. Här skall något sägas om reglernas innehåll.

Schematiskt innebär dessa regler att ett förslag till rättighetsbegränsande lag, eller till ändring eller upphävande av en sådan lag, som läggs fram för omröstning i riksdagen och inte får stöd av 5/6 av ledamöterna eller omedelbart röstas ner, på yrkande av lägst tio ledamöter skall vila i minst tolv månader från det att det första utskottsyttrandet över förslaget anmäldes i kammaren.[42] Vissa typer av lagförslag är dock enligt st. 4 undantagna från det kvalificerade förfarandet. Detta gäller först och främst förslag till lag om fortsatt giltighet i högst två år av en lag (eftersom det vid grundlagändringen 1979 ansågs att det räckte att en sådan lag blev grundligt behandlad första gången den infördes[43]). Vidare undantas lagförslag som **enbart** angår tystnadsplikt, husrannsakan eller liknande intrång eller frihetsstraff som påföljd för visst brott.[44]

Vad gäller tillämpningsområdet för st. 3 märks till att börja med att det enbart gäller förslag till begränsningar av rättigheterna i 2:1 p. 1-5, 2:6, 2:8 och 2:11 st. 2. Ett förslag till begränsning av egendomsskyddet omfattas t.ex. inte av det kvalificerade förfarandet. Vidare märks att detta är tillämpligt inte bara på lagar som innebär reella rättighetsbegränsningar, utan också på lagar som minskar eller avskaffar gällande begränsningar samt på lagar som på annat sätt »angår»[45] en rättighet eller, med Holmberg/Stjernquists ord, innebär »neutrala» ändringar.[46] Om ett lagförslag innehåller både rättighetsbegränsande bestämmelser och regler av helt annan karaktär gäller det kvalificerade förfarandet i princip bara förslagets rättighetsbegränsande regler, ehuru förändringarna i förslaget

41. Se bl.a. Sveriges författning s. 80.
42. Yrkande av nu angivet slag om att lagförslaget skall vila får enligt RO 5:1 st. 2 f.ö. framställas just när utskottets betänkande anmälts i kammaren.
43. Se SOU 1978:34 s. 75.
44. Motivet härtill var det s.k. »bihangsproblemet», dvs att flertalet rättighetsbegränsningar återfanns i enstaka paragrafer i större lagkomplex. Enligt en s.k. frekvensundersökning gjord av RSU (SOU 1978:34 s. 323 ff) gällde de vanligaste begränsningarna just de ämnen som nämns i 2:12 st. 4 p. 1-3. Justitieministern ansåg därför (prop 1978/79:195 s. 37) att det fanns goda praktiska skäl för att exkludera lagar som enbart avsåg de nämnda ämnena från det kvalificerade förfarandet. Dylika argument för att undanta vissa lagar från det kvalificerade tillämpningsområdet är dock egentligen mycket dubiösa, eftersom de endast bygger på rena effektivitets- och nyttohänsyn. Som RegR påpekade i sitt remissyttrande (anf prop bil. 2 s. 30-31) talar inga principiella skäl för att just dessa lagförslag bör uteslutas från det kvalificerade förfarandet av den enda orsaken att de är vanligt förekommande.
45. Justitieministern i prop 1978/79:195 s. 36.
46. Grundlagarna s. 117, se även SOU 1978:34 s. 83. – Om en regel, som antagits genom särskilt förfarande, sedan ändras till sin innebörd så att den inte längre kommer att omfattas härav, skall det kvalificerade förfarandet på yrkande av minst tio ledamöter tillämpas för själva ändringen, men därefter faller naturligtvis regeln utanför (så att den kan ändras i vanlig ordning nästa gång). Se SOU 1978:34 s. 84 och Grundlagarna s. 121.

kan stå i sådant samband med varandra att alla förslagets stadganden omfattas av det kvalificerade förfarandet.[47]

RF 2:12 st. 3 är således tillämplig på rättighetsbegränsande lagar, men inte i andra fall.[48] Frågan är därför när en rättighetsbegränsning verkligen kan sägas föreligga. Formellt sett löses denna fråga genom bestämmelsen i st. 5 att KU för riksdagens vidkommande prövar om st. 3 är tillämpligt på ett lagförslag. Frågan om vad som egentligen är en rättighetsbegränsning enligt svensk rätt har emellertid också varit föremål för diskussion i doktrin och förarbeten.[49]

Frågan togs i lagstiftningssammanhang upp i samband med ändringarna i RF 1976. FRU försökte där beskriva närmare vad en rättighetsbegränsning egentligen var, vilket var naturligt eftersom utredningen föreslog att de positiva opinionsfriheterna endast borde få begränsas för vissa ändamål. Utredningen yttrade bl.a. följande:

> Förbuden mot rättighetsbegränsningar omfattar inte 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. 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.[50]

Så långt finns inte mycket att invända mot utredningens betänkande. I samma anda menar f.ö. Petrén/Ragnemalm att »...det är på den direkta verkan av en begränsning som paragrafen (2:12, min anm.) tar sikte. Den omständigheten att en viss föreskrift indirekt leder till att en person känner sig förhindrad att göra bruk av sin yttrandefrihet, innebär ej, att föreskriften blir en rättighetsbegränsande regel.»[51] FRU fortsatte emellertid med ett något märkligare påstående, nämligen att »(G)rundlagsskyddet är i första hand riktat mot sådana åtgärder från det allmännas sida som innebär faktiskt fysiskt tvång eller kriminalisering av vissa handlingar.»[52] Med en sådan tolkning av RF:s begränsningsregler omfattas exempelvis inte regler som godtyckligt ger polisen rätt att vägra tillstånd till demonstrationer eller regler som gör det möjligt för myndigheterna att låt säga på kulturella grunder upplösa misshagliga föreningar. Ytterligare exempel kan tänkas; det är ett uppenbart faktum att utredningens ståndpunkt knappast, om den lände till efterrättelse, vore ägnad att stärka rättighetsskyddet.

Justitieministern gjorde sedan, i prop 1975/76:209, vissa reflexioner i ämnet. Han gjorde här några inledande konstateranden om att vissa föreskrifter, t.ex. förmögenhetsrättsliga regler, överhuvudtaget inte avsåg det område som RF skyddade eftersom rättighetsskyddet i RF endast gäller gentemot det allmänna samt att inte heller alla föreskrifter

47. Se närmare härom SOU 1978:34 s. 84 f och Grundlagarna s. 121. Ett exempel på att bestämmelserna behandlades olika är f.ö. antagandet av Utlänningslagen (1989:529), i vilken vissa bestämmelser vilade i drygt ett år, medan övriga delar trädde i kraft den 1 juli 1989. Se närmare härom avsn. 17.1.1.
48. I TF 7:3 st. 1, 3 och st. 3 respektive YGL 3:3 o. 7:6 förklaras f.ö. att RF 2:12 st. 3 skall tillämpas i vissa fall (vid bestämmelser om ansvar för tystnadsplikt respektive begränsningar av sändningsrätten, radionämndens tillsyn samt film- och videocensur).
49. Se beträffande den internationella doktrinen på området ovan, främst kap. 1.6 samt beträffande tysk rätt kap. 7.2.2.
50. SOU 1975:75 s. 104.
51. A.a.s. 69.
52. SOU 1975:75 s. 104.

angående förhållandet mellan den enskilde och det allmänna vilka kan upplevas som en inskränkning i den enskildes möjligheter att utöva en rättighet kunde ses som rättighetsbegränsningar. Härefter hade det varit logiskt om justitieministern försökt definiera en rättighetsbegränsning, men någon sådan ansats gjordes inte. I stället svarade han för en mycket märklig kommentar:

> 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.[53]

Det vänligaste som kan sägas om detta uttalande är att det ådagalägger en stark tilltro till lagstiftarens förmåga att förutse de exakta följderna av sina förslag. Självfallet är det så, om vi utgår från att även personer verksamma i lagstiftningsarbete är människor med fel och brister, att en lag kan få en rättighetsbegränsande effekt trots att lagstiftaren inte förutsett eller avsett detta.[54] Av samma skäl kan kritik riktas mot Petréns/Ragnemalms analys, enligt vilken stadgandets **syfte** är avgörande för om en rättighetsbegränsning föreligger eller ej.[55]

En mer genomtänkt analys av vad som konstituerar en rättighetsbegränsning framlades 1974 av Strömberg.[56] Strömberg konstaterade att alla rättigheter måste kunna begränsas; rörelsefriheten kan inte medföra någon rätt att bryta mot trafikregler, lika lite som yttrandefriheten medför någon rätt att ofreda andra människor för att tvinga på dem sina åsikter. Begränsningar av detta slag är så att säga självklara och underförstådda i själva rättighetsreglerna. Något annat är dock de begränsningar som utgör *verkliga inskränkningar* i de medborgerliga rättigheterna. Frågan blir då, om denna distinktion godtas, hur man skall skilja mellan självklara begränsningar och egentliga rättighetsinskränkningar. Strömberg menar att detta bör ske genom en distinktion mellan begränsningar som bara reglerar de yttre formerna för en rättighets utövning och begränsningar som utgör verkliga hinder för denna utövning. Som exempel tar han att rörelsefriheten inte på allvar hotas av trafikregler, medan hänsynen till trafiken, om den ensam vore avgörande, allvarligt skulle kunna hindra utövandet av demonstrationsfriheten. Även om denna distinktion, som han själv påpekar, inte är knivskarp, så tror jag att Strömberg här har gjort den lämpligaste uppdelningen mellan »harmlösa» rättighetsbegränsningar, som domstolarna inte bör ägna någon uppmärksamhet i sin lagprövning, och de begränsningar som bör föranleda skärpt vaksamhet både i domstolarna och inom lagrådet.

Enligt 2:12 st. 3 ankommer det som sagt på KU att avgöra om en föreslagen lag verkligen innebär en rättighetsbegränsning. KU:s ord blir därför utslagsgivande, vilket möjligen är ägnat att förvåna eftersom utskottet inte kan antas besitta någon stor juridisk kompetens. Enligt RO 4:10 st. 3 får emellertid KU inte besluta att 2:12 st. 3 **inte** är till-

53. Prop 1975/76:209 s. 153 f.
54. Vad justitieministern här pläderar för är en allmän tilltro, av utomordentligt stora mått, till lagstiftaren. Den regel i den tyska grundlagen, art. 19 st. 1, som stadgar att rättigheterna i GG endast kan begränsas genom en lag som tydligt anger att en begränsning av en viss, namngiven rättighet är lagens avsikt – eller åtminstone dess konsekvens – har en annan innebörd, eftersom effekten härav är att en lag som begränsar en rättighet utan att klart ange detta är ogiltig.
55. A.a.s. 69.
56. I Grundlag och medborgarrätt s. 51 f. Jfr ovan till det sagda kap. 1.6.

lämpligt utan att lagrådet yttrat sig i saken. KU behöver emellertid inte följa lagrådets bedömning i frågan.[57]

Proceduren efter det att KU yttrat sig är beroende av om utskottet funnit att 2:12 st. 3 är tillämpligt eller inte. Om KU funnit att så inte är fallet behandlas förslaget på samma sätt som andra lagförslag, vilket innebär att enkel majoritet i omröstningen om det är tillräcklig för att det skall bifallas (RF 4:5). Om KU menar att det rör sig om en rättighetsbegränsning blir emellertid förslaget ändå föremål för en ny omröstning, då det antingen kan förkastas eller antas med fem sjättedels majoritet. Om inget av dessa alternativ uppnås skall förslaget återförvisas till det beredande utskottet för att vila (RO 5:3 tb. 1). Efter uppskovstidens utgång skall så detta utskott anmäla ärendet i kammaren med ett nytt betänkande, RO 4:8 st. 4. Detta betänkande kan innehålla vissa ändringar, men inte större än att de ligger »inom ärendets ram», ett uttryck som enligt förarbetena inte bör tolkas alltför vidsträckt.[58] Frågan huruvida en ändring i ett vilande förslag verkligen ligger inom ärendets ram prövas i första hand av talmannen jämlikt RO 2:9 st. 1.[59]

15.2 Närmare om lagstiftningsproceduren

Det är lämpligt att i detta sammanhang också behandla själva lagstiftningsproceduren.[60] Det ligger dock i sakens natur att detta inte är något huvudämne i denna studie, varför framställningen är av översiktlig karaktär.

Att det ankommer på riksdagen att stifta lag följer redan av RF 1:4. Lagar antas enligt RF 4:5 normalt med enkel majoritet, ehuru kvalificerad majoritet krävs i vissa fall (t.ex., som vi såg i förra avsnittet, vid omedelbart antagande av rättighetsbegränsande lagar). Förslag till lag kan jämlikt 4:3 framläggas av regeringen samt av varje riksdagsledamot. Regeringens förslag kallas som bekant propositioner och skall i allmänhet – med undantag för budgetpropositioner och propositioner i därmed besläktade angelägenheter – avlämnas till riksdagen senast den 31 mars, om de skall behandlas under pågående riksmöte (RO 3:3). Propositioner kan dock givetvis avges senare och även när inget riksmöte pågår, se RO 3:5. Riksdagsledamöternas förslag kallas motioner. En allmän motionstid, då riksdagsledamöterna kan motionera om vad helst de har på hjärtat, infaller under de femton dagarna efter det att budgetpropositionen anmälts i kammaren, RO 3:10, och därjämte kan motioner *med anledning av en proposition* alltid avlämnas inom femton dagar från den dag propositionen anmäldes i kammaren.

Det kan också nämnas att riksdagens utskott alltid får väcka förslag i ämne som hör till dess handläggning, RO 3:7. Initiativrätten finns hos utskottsmajoriteten; en minoritet i ett utskott kan

57. Se beträffande den inverkan ärendets handläggning i nu nämnda avseenden kan ha på domstolarnas lagprövningsrätt nedan kap. 18.2.2.
58. Se närmare SOU 1978:34 s. 81 f, prop 1978/79:195 s. 39 och Grundlagarna s. 120-21.
59. Jfr prop 1978/79:195 s. 62.
60. Eller kanske snarare normgivningsmakten; jfr Strömberg, Normgivningsmakten s. 19 om förhållandet mellan uttrycken lag, lagstiftning och normgivning.

inte på egen hand föra ett förslag till kammaren.[61]

Såväl propositioner som motioner och vissa andra skrivelser skall enligt RO 4:1 beredas i utskott. De respektive utskotten och deras huvudsakliga arbetsuppgifter regleras i RO 4 kap. och behöver knappast genomgås här. Viktigare är utskottsbehandlingens tilltänkta resultat, nämligen ett betänkande till riksdagen med en hemställan om att visst beslut bör fattas. Kammaren kan sedan komma att återförvisa betänkandet till utskottet, RO 4:9, men om så inte sker blir betänkandet efter normalt två bordläggningar föremål för omröstning enligt regler i RO 5 kap.

Alla gällande rättsregler i Sverige är dock inte lagar. I vilka fall lagform är nödvändig regleras i RF 8 kap., som anger uppdelningen av normgivningsmakten mellan riksdag och regering. Strukturen i kapitlet är den att de ämnen som **kräver** lagform anges först, i 8:1-5, medan regeringens rätt att utfärda förordningar i skilda frågor regleras i de därefter följande paragraferna, 8:7-13. Inom lagområdet görs en uppdelning mellan det obligatoriska området, där lagform är ovillkorligen nödvändig och det fakultativa området, inom vilket riksdagen enligt främst 8:7-10 har möjlighet att delegera normgivningsmakt till regeringen.[62] Behörighet för regeringen att besluta föreskrifter i visst ämne utgör enligt 8:14 **aldrig** något hinder för riksdagen att stifta lag i samma ämne. Några ämnesmässiga eller materiella gränser för riksdagens lagstiftningskompetens finns således egentligen inte, medan däremot en lag enligt 8:17 endast kan upphävas eller ändras genom en ny lag – den s.k. formella lagkraftens princip – varför regeringen helt saknar möjlighet att genom en förordning ändra regler i en lag.

Som Strömberg konstaterat innebär denna uppdelning att avgörande för omfattningen av riksdagens och regeringens reella normgivningskompetens är i vilken utsträckning riksdagen utnyttjar sina möjligheter att delegera normgivningsmakt till regeringen respektive att lagstifta inom området för regeringens normgivnings- eller förordningsmakt.[63]

Vad innefattar då det primära lagområdet, riksdagens s.k. *primärområde*?[64] 8 kap. inleds med en hänvisning till kravet i 2 kap., främst 2:12, att rättighetsbegränsningar, med tre undantag, endast får beslutas genom lag. Denna bestämmelse i 8:1 säger dock egentligen ingenting som inte framgår av 2:12.[65] Vidare hör civilrättslig (8:2), straff- och offentligrättslig (8:3) samt kommunalrättslig lagstiftning (8:5) till det primära lagområdet, liksom statsrättslig (8:15-16, jfr 8:4) och processrättslig (11:4) lagstiftning. I vilken utsträckning delegation av riksdagens normgivningsmakt till regeringen är möjlig (se särskilt 8:7-9) behöver inte genomgås närmare här.

Grundlag stiftas eller ändras enligt 8:15 genom två likalydande beslut med riksdagsval mellan de bägge besluten. Någon distinktion görs därvidlag inte mellan ordinarie riksdagsval och extra val.[66] Kravet på att de bägge besluten skall vara likalydande ges ökad vikt genom regeln i st. 2 att riksdagen inte som vilande kan anta ett förslag till ändring av grundlag som är oförenligt med annat vilande grundlagsförslag utan att samtidigt förkasta det först antagna förslaget. Folkomröstning om ett vilande grundlagsförslag

61. Se Vår författning s. 86. Förutsättningarna för utskottets rätt att ta initiativ till lagstiftning diskuterades av minoriteten i KU 1994/95:25 (s. 7 f). Enligt denna minoritet borde detta endast ske när utskottet var enigt (jfr kap. 17.1.1 in fine). Stöd för denna uppfattning finns i viss mån i KU 1970:27, s. 7, där det sägs att »politisk enighet bör eftersträvas i de fall där initiativ kommer i fråga». Detta tycks dock inte vara Holmberg/Stjernquists uppfattning (jfr Grundlagarna s. 649-51). Regeln i RO 3:7 torde hursomhelst svårligen kunna uppfattas som innefattande något krav på enighet.
62. Se t.ex. Sveriges författning s. 92. – RF 8:6 har upphört att gälla per den 1 januari 1995.
63. Se Sveriges författning s. 92-93.
64. Ibid.
65. Den reella innebörden av 8:1 framgår dock vid en jämförelse med 8:7, där en mängd ämnesområden räknas upp inom vilka delegation är möjlig. Vad 8:1 säger är att en föreskrift inom ett i sig delegeringsbart område som t.ex. skydd för liv, personlig säkerhet eller hälsa kräver lagform om den möjliggör begränsningar av rörelsefriheten eller någon annan relativ rättighet. (Exemplet är hämtat från Strömberg, Normgivningsmakten s. 82).
66. Se SOU 1978:34 s. 150.

skall enligt st. 3 ordnas om minst 1/3 av riksdagens ledamöter kräver detta. Denna folkomröstning äger i så fall rum samtidigt med det riksdagsval som enligt st. 1 måste föregå det andra riksdagsbeslutet. Folkomröstningen är enligt st. 4 beslutande såtillvida att förslaget till grundlagsändring är förkastat om majoriteten av de röstande säger nej till förslaget och dessa till antalet är fler än hälften av dem som deltagit i riksdagsvalet.[67]

Enligt RF 8:15 st. 1 p. 3 krävs för grundlagsändring vidare att ärendet anmäls första gången i riksdagen minst nio månader före valet. KU kan dock med fem sjättedels-majoritet medge undantag från denna niomånadersfrist. Denna möjlighet har traditionellt uppfattats som avsedd för rena kris- eller krigssituationer, men åberopades av KU för första gången våren 1994 i ett mycket uppmärksammat ärende om skärpning av lagstiftningen mot barnpornografi. Bakgrunden härtill var följande: Under den allmänna motionstiden 1992 och 1993 hade en mängd motioner väckts med krav på hårdare bestämmelser mot barnpornografi.[68] En skärpning av lagstiftningen innebärande t.ex. att innehav av barnpornografi skulle bli straffbar var emellertid inte möjlig att genomföra utan en grundlagsändring, eftersom barnpornografi nämns i TF 7:4 p. 12 (jfr även YGL 5:1) med en definition som anknyter till BrB 16:10 a § och som inte innefattar innehav; KU avvisade f.ö. uttryckligen möjligheten att utmönstra barnpornografibrottet ur TF, eftersom brottskatalogen i TF 7:4 enligt utskottet alltjämt bör innefatta alla straffbara missbruk av tryckfriheten (till vilka barnpornografin givetvis hör).[69] KU avslog den 12 oktober 1993 de nämnda motionerna i avvaktan på resultatet av en översyn av lagstiftningen mot barnpornografi, som pågick inom jusitiedepartementet.[70] Detta ställningstagande innebar att möjligheten till grundlagsändringar efter valet 1994 normalt sett gått förlorad (eftersom niomånadersstrecket inträdde i december 1993), vilket KU rimligen måste ha insett. Justitiedepartementet föreslog senare under hösten 1993 vissa tämligen små lagändringar. Något förbud mot innehav av barnpornografi föreslogs inte.[71] Samtidigt avslöjades en stor brottshärva med tillverkning och spridning av barnpornografi, centrerad till Norrköping. Frågan om en skärpning av lagstiftningen mot barnpornografi, innefattande bland annat en kriminalisering av innehav, blev i början av 1994, då tiden för grundlagsändring gått ut, plötsligt viktig i den politiska debatten. I det läget framkastade KU:s dåvarande ordförande Thage G. Pettersson med viss iver tanken att undantagsbestämmelsen i 8:15 skulle tillämpas för att en kriminalisering av innehav skulle kunna ske så snabbt som möjligt. Justitiedepartementet utarbetade två förslag till lagändringar, av vilka det ena innebar kriminalisering av innehav.[72] Lagrådet avstyrkte bestämt från att

67. Sedan möjligheten att ordna folkomröstning i grundlagsfrågor 1978 införts i grundlagen erbjuder den svenska konstitutionen, som Algotsson konstaterar, två av de tre tänkbara och internationellt beprövade framkomstvägarna för grundlagsändringar, nämligen dubbla beslut och folkomröstning. Däremot förekommer i Sverige inget krav på kvalificerad majoritet vid grundlagsändringar. Jfr Algotsson, a.a.s. 284. Möjligheten att anordna folkomröstning i en grundlagsfråga har diskuterats seriöst vid ett tillfälle, nämligen efter riksdagsvalet 1982, när socialdemokraterna förklarade sig ha för avsikt att i samband med nästa riksdagsval ge i Sverige bosatta utländska medborgare rösträtt i riksdagsval. De borgerliga partierna ämnade då, om förslaget lades fram, kräva en folkomröstning därom. Förslaget drogs dock tillbaka på ett tidigt stadium.
68. Se KU 1993/94:1 s. 1-2.
69. KU 1993/94:28 s. 24 f.
70. KU 1993/94:1 s. 12.
71. Ds 1993:80. Senare riktade både KU och JuU kritik mot departementet för att dess långvariga behandling av frågan blott resulterade i dessa blygsamma förslag; se KU 1993/94:28 s. 21 resp. bil.3, s. 99 (JuU 1993/94:6y).
72. Se KU 1993/94:28 bil. 1.

tillämpa undantagsregeln.[73] Samtidigt visade det sig att den erforderliga majoriteten i KU för att med tillämpning av undantagsregeln kriminalisera innehav saknades, då moderaternas och folkpartiets ledamöter motsatte sig detta. Några grundlagsändringar genomfördes dock, varvid denna undantagsbestämmelse för första gången tillämpades. Detta gäller ökade möjligheter till konfiskation och beslag av barnpornografiska skrifter (TF 7:7, 9:5, 10:1 o. 12:14) respektive filmer (YGL 5:6, 7:2 och 7:3).[74]

73. Yttrande den 25 mars 1994, i KU 1993/94:28 bil. 2, s. 84 f: »Det är inte tillfredsställande att frågor om ändring av grundlag drivs under en sådan tidspress. Avsikten med ett särskilt förfarande för ändring av grundlag är att garantera en omsorgsfull beredning. Detta är särskilt angeläget på det tryckfrihetsrättsliga området där regleringen är erkänt komplicerad...Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om lagstiftningsärendet fått den allsidiga belysning som bör föreligga innan en grundlagsändring genomförs.»
74. Majoriteten i KU ville således kriminalisera innehav av både barnpornografiska bilder och filmer, men majoriteten var inte tillräcklig för grundlagsändring i detta sena skede. I stället vidgades möjligheterna till konfiskation och beslag. Några kommentarer kan göras till debatten och lagändringarna. Som KU konstaterade (1993/94:28 s. 25) saknas anledning att göra skillnad i regleringen mellan rörliga bilder och andra, varför en lagändring krävde att både TF och YGL måste ändras. Mot ändringen anfördes i debatten två olika slags argument, nämligen dels att grundlagen inte bör ändras med sådan brådska som här föreslogs om inte en verklig krissituation är för handen, dels att en kriminalisering av innehav av barnporr i sak är olycklig, eftersom ett förbud inte kan efterlevas eller i vart fall inte fyller någon praktisk funktion om inte polisen ges vidgade möjligheter att t.ex. genom husrannsakan göra hembesök hos folk enbart för att leta efter barnpornografi. Även risken för att ett sådant förbud skulle kunna få en »smittoeffekt» och en annan gång komma att tillämpas mot andra skrifter eller filmer som väckte stort misshag, t.ex. rasistiska eller kvinnofientliga alster, anfördes. Det första argumentet, som ju inte alls innehåller någon värdering av de föreslagna grundlagsändringarna, framfördes således förutom i den allmänna debatten bl.a. av lagrådet, men denna invändning var KU berett att sätta sig över. Även den mer omfattande grundlagsändring som hade krävts för att kriminalisera innehav hade genomförts med stöd av undantagsregeln om erforderlig majoritet härför hade funnits i KU. Risken för integritetskränkningar om polisen fick vidgade möjligheter till husundersökningar berördes inte närmare av KU, medan risken för en smittoeffekt av antytt slag sades vara liten p.g.a. att barn »är särskilt skyddsvärda eftersom de är beroende av vuxna och löper större risk än vuxna att utsättas för övergrepp» (1993/94:28 s. 23). Detta argument är inte särskilt utförligt. I övrigt motiverade KU den extraordinära grundlagsändringen (och förslagen till längre gående ändringar) bl.a. med att intresset att hindra »den fortlöpande integritetskränkning» mot det skildrade barnet som varje befattning med barnpornografi utgör väger mycket tungt och med att vad som bär upp det konstitutionella skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna framför allt är ett levande engagemang hos medborgarna för de värden som rättigheterna är uttryck för, ett engagemang som näppeligen omfattar barnpornografi (anf betänkande s. 22 f). Som antytts ovan kan det hävdas att KU inte analyserade argumenten mot grundlagsändring med tillräckligt stort allvar. Mot bakgrund av att KU så sent som den 12 oktober 1993 avstyrkte grundlagsändring går det inte heller att utesluta att majoriteten i KU främst sökte vinna politiska poänger. Å andra sidan framkom under ärendets gång, bl.a. i justitiedepartementets nämnda promemoria, vissa i sak goda argument för kriminalisering av innehav, vilka sedan aldrig belystes med någon klarhet; detta gäller främst svårigheterna att väcka åtal och styrka ansvar för **spridning** av barnpornografiska filmer, eftersom varje enskild film ofta bara finns i ett exemplar, varefter ett stort antal snarlika filmer med marginella skillnader sinsemellan sprids på »marknaden» (se Ds 1993:80 s. 31 f). Dessutom bör, de eventuella partipolitiska syftemålen till trots, KU:s erinran om vikten av ett levande engagemang hos medborgarna för de värden fri- och rättigheterna uttrycker tas på allvar. Vad debatten i frågan under våren 1994 framför allt visade var att allmänhetens förståelse för måhända »formalistiska» juridiska argument om vikten av att grundlagen inte ändras på annat sätt än det sedvanliga var mycket begränsad. Detta kan uppfattas som allmän likgiltighet inför konstitutionella värden, men har sannolikt också något att göra med det för svensk rätt mycket ovanliga förhållandet att straff- och processrättsliga frågor inom ramen för TF och YGL givits en grundlagsreglering. Medborgarnas engagemang är förhoppningsvis större för mer centrala konstitutionella principer.

RF innehåller i likhet med äldre grundlagar inget krav på att en lag måste ha generell giltighet. Bestämmelsen i 11:8 om att rättskipnings- eller förvaltningsuppgift inte får fullgöras av riksdagen i vidare mån än som följer av grundlag eller RO måste dock enligt entydiga uttalanden i förarbeten och doktrin tolkas som ett förbud mot lagar som uttryckligen avser enskilda fall eller individer. Även om det någon gång kan vara nödvändigt att stifta lagar som i praktiken bara blir tillämpliga i något enstaka fall så måste alla lagar vara **generellt utformade.**[75]

Äldre författningar, dvs sådana som antagits före den 1 januari 1975, behåller enligt 1974 års öb p. 6 sin giltighet även om de inte tillkommit i den ordning som stadgas i RF. Däremot sägs i övergångsbestämmelserna inget uttryckligt om äldre bestämmelser som möjligen är materiellt oförenliga med RF (t.ex. med rättighetsreglerna). Enligt Strömberg[76] framgår det emellertid indirekt av det faktum att särskilda övergångsbestämmelser ansetts erforderliga för att säkerställa giltigheten av äldre, »tveksamma» bestämmelser att RF:s innehåll är bindande beträffande äldre författningar. De övergångsbestämmelser det här är fråga om gäller könsdiskriminering, regler om medlemskap i svenska kyrkan, filmcensur (öb 1976 p. 2-4) samt retroaktiva skatte- och avgiftsföreskrifter (öb 1979 p. 2).[77]

75. Se bl.a. prop 1973:90 s. 203 f, Vår författning s. 123 f och Strömberg i Normgivningsmakten s. 34 samt i Sveriges författning s. 85 f. Jfr även RÅ 1980 1:92, anfört nedan i kap. 18.3. Ett gränsfall beträffande det tillåtna synes vara lagen (1992:72) om koncessionsavgift på televisionens område, som har en generell utformning men bara kan avse ett rättssubjekt åt gången, nämligen det företag (f.n. TV 4) som har ensamrätt att sända TV-program med reklam i hela landet. Lagrådet fann i ett yttrande den 9 oktober 1995 att regeringens förslag till beskattning av vissa bestämda stiftelser (sju till antalet) vilka bilagts med egendom från AP-fonden inte uppfyllde kravet på generell utformning.
76. Normgivningsmakten s. 52-53.
77. För en närmare genomgång av rättsläget avseende äldre författningar hänvisas främst till kap. 3.5 i Normgivningsmakten, där frågan penetreras tämligen ingående.

16. Historisk tillbakablick

16.1 Den konstitutionella utvecklingen fram till 1809

Som redan nämnts i avsnitt 14.1.1 är vissa formuleringar i konungabalken i Magnus Erikssons landslag från mitten av 1300-talet det första uttrycket i svensk lag för att medborgarna åtnjuter någon form av rättighetsskydd gentemot staten. Denna konungabalk, som tillkom i samband med rikets enande och kungamaktens stärkande och bl.a. innehöll bestämmelser om kungaval samt om det s.k. rådets uppgifter, betraktas också som Sveriges första skrivna grundlag.[1] Det saknas därför anledning att utsträcka den rättshistoriska tillbakablicken längre än till utfärdandet av detta viktiga dokument, vars rättighetsprinciper i stort sett oförändrade anses ha influtit i § 16 i 1809 års RF.[2]

De formuleringar som kan sägas ge uttryck för principen att varje medborgare åtnjuter vissa rättigheter vilka staten inte utan vidare kan inskränka återfanns i den konungaed som varje tillträdande kung hade att avlägga. Den tillträdande kungen förband sig bl.a. att »styrka rättvisa och sanning och nedtrycka vrångvisa, osanning och orätt» samt att »vara allmogen trygg och trogen, ingen fattig eller rik fördärva till liv eller lem, utan att han blivit förvunnen efter rikets lag, och ej av någon taga hans gods utan efter laga dom.» Att avgöra exakt vilket rättighetsskydd för medborgarna som följde av dessa ålderdomliga formuleringar är vanskligt och faller utanför denna framställning; någon närmare, mer ingående studie härav tycks för övrigt inte ha gjorts i modern tid. Den viktigaste effekten av konungaedens »rättighetsförklaring» var kanske att likalydande formuleringar kom att inflyta i senare grundlagar och konungaförsäkringar. Konungaeden i Magnus Erikssons landslag kom därför att utgöra något av en miniminivå för rättighetsskyddet i Sverige, som sedan dess aldrig underskridits – med reservation för de inskränkningar som kan ha förekommit under politiskt oroliga tider – men å andra sidan, förutom på tryckfrihetens område, åtminstone inte före 1809 överskreds.

Konungabalken kom så småningom att ändras och kompletteras av nya bestämmelser, bland vilka främst märks de s.k. kungaförsäkringar som tillträdande kungar från och med 1594 hade att avge. Den viktigaste av dessa kungaförsäkringar anses ha varit den som Gustaf II Adolf blott 17 år gammal avgav vid sitt trontillträde 1611. Denna försäkran, som var utformad av Axel Oxenstierna,

1. Se t.ex. Vår författning s. 22.
2. Se ovan kap. 14.1. – Magnus Eriksson, som var kung i Sverige 1319-1364, utfärdade vid 1300-talets mitt dels en allmän landslag, som gällde på landsbygden, dels en allmän stadslag, som gällde i alla Sveriges städer. Landslagen, där konungabalken ingick, stadfästes i en ny edition utan större sakliga ändringar år 1442 av kung Kristoffer (Kristoffers landslag).

innebar något av en kapitulation från kungamaktens sida gentemot adeln och rådet (vilket enklast beskrivs som en form av regering) och ett uppgivande av det faktiska envälde som de äldre vasakungarna gjort anspråk på.[3] Ständernas maktställning garanterades genom att kungen varken fick stifta lag, börja krig eller sluta fred utan rådets och ständernas samtycke. Formerna för riksdagsarbetet fastställdes sedan genom en 1617 utfärdad riksdagsordning.

1634, två år efter Gustaf II Adolfs död, tillkom Sveriges första regeringsform (som dock inte upphävde konungabalken). Också denna hade utarbetats av Axel Oxenstierna. Den gällde dock enbart under drottning Kristinas förmyndarregering; när Kristina tillträdde regeringen avlade hon i vanlig ordning en kungaförsäkran. 1660, när en ny förmyndarperiod efter Karl X Gustafs död stod för dörren, bestämdes emellertid att Sverige skulle styras efter 1634 års regeringsform med ett viktigt tillägg (additament), nämligen att ständerna skulle sammanträda vart tredje år. Härigenom blev riksdagen för första gången ett ordinarie statsorgan, med regelbundet pågående verksamhet.[4]

När Karl XI, som var född 1655, blivit myndig och övertagit regeringsansvaret rådde en allmän osäkerhet om huruvida 1634 års regeringsform var en av omständigheterna överspelad förmyndarstadga eller alltjämt gällande grundlag. Bland annat av det skälet utverkade Karl XI 1680 av riksdagen en förklaring om att han ej var bunden av regeringsformen utan kunde ändra denna efter eget godtycke. 1682 tillerkändes kungen även lagstiftningsmakten, varigenom det s.k. karolinska enväldet anses ha inletts.

Denna period avslutades med Carl XII:s död 1718. Kungens syster, Ulrika Eleonora, valdes till drottning sedan hon lovat godkänna en regeringsform utformad i enlighet med ständernas krav. En sådan antogs 1719, varvid principen att en myndig regent skulle vara bunden av en regeringsform för första gången accepterades i Sverige. När Ulrika Eleonora ett år senare lyckades få sin make Fredrik av Hessen vald till kung (Fredrik I) antogs så 1720 års regeringsform, som tillsammans med 1723 års riksdagsordning kom att bli grundläggande för statsskicket under hela den period fram till 1772 som brukar kallas frihetstiden, då ett partisystem (med »hattar» och »mössor») och en form av parlamentarism sakta kom att utvecklas. En rättighetsregel av liknande innehåll som i konungaeden infördes i denna regeringsforms 2 §.[5]

I Magnus Erikssons landslag hade inte gjorts någon åtskillnad mellan konungabalken och övriga balkar, men under frihetstiden blev det allt vanligare att rubricera vissa lagar som *fundamentallagar* eller grundlagar. Till denna kategori hänfördes främst regeringsformerna av 1719 och 1720 samt 1723 års RO.[6] 1766 bestämde så ständerna att grundlagar inte skulle ändras på samma sätt som andra lagar, utan att de regler i grundlagen som ständerna vid ett riksmöte ansåg nödvändiga att »förklara, tillägga, lämpa och förbättra» skulle komma »under slutligt beprövande» vid nästa riksmöte.[7] Detta innebar i

3. Jfr Göran Inger, Svensk rättshistoria, Lund 1980 s. 80.
4. Se Vår författning s. 24.
5. Denna bestämmelse hade följande lydelse: »Kongl. Maj:t tillhörer lag, rätt och sanning att styrkia, älska och gömma, men vrångvisa och orätt förbjuda, afskaffa och nedertryckia, ingen förderfva till lif och ära, lem och välfärd, utan han vare lagligen förvunnen och dömder, ej heller något gods, löst eller fast, någon afhända eller afhända låta utan efter lag och föregången laga dom, försvara, freda och frälsa den, som med späkt och med lagom vill lefva, men näpsa, aga och straffa den ostyrige och vrångvise.»
6. Möjligen räknades också kungaförsäkringarna till denna kategori; så åtminstone enligt Lagerroth, Moderna författningar...s. 146 och Herlitz, Grunddragen av det svenska statsskickets historia, 6 uppl., Stockholm 1964 s. 147-48.
7. Ända tills 1866 års representationsreform trätt i kraft föregicks f.ö. varje riksmöte av riksdagsval, varför ändringsbestämmelserna påminde starkt om de nu gällande.

praktiken att grundlag enbart kunde ändras om förslag härom väcktes vid ett riksmöte och slutgiltigt antogs vid nästa riksmöte. Till kategorin grundlagar hänfördes också den samtidigt antagna TF.[8]

Frihetstidens parlamentariska styrelseform kom så småningom att undergrävas, bl.a. genom partistrider, ståndsmotsättningar och korruption. Dessa faktorer underlättade den statskupp som Gustaf III genomförde i augusti 1772, vilken snabbt gjorde slut på det frihetstida riksdagsväldet. En ny regeringsform antogs och alla grundlagsbestämmelser som tillkommit från och med 1680 förklarades upphävda (medan däremot äldre bestämmelser, som 1617 års RO, åter förklarades tillämpliga). Syftet med statsvälvningen kan därför knappast ha varit att återgå till det karolinska enväldet, utan snarare att efterlikna statsskicket från Gustaf II Adolfs tid.[9] Enligt 1772 års RF ägde kungen ensam den styrande makten, medan kungen och riksdagen delade lagstiftningsmakten.[10] En viss form av maktdelning präglade således konstitutionen, men det var fråga om en maktdelning som snarast innebar en inskränkning av riksdagens makt och inte präglades av den skarpa åtskillnad mellan statsmakternas funktioner som Montesquieu något tidigare förordat.[11]

Främst på grund av motsättningar med adeln blev Gustaf III inte i stånd att utöva samma starka, personliga ledning av landet som Gustaf II Adolf gjort. Stödd på de tre lägre stånden – vilka i gengäld fick kungens stöd för en privilegieutjämning – genomdrev Gustaf III därför vid 1789 års riksdag något av en andra revolution, varvid ett nytt grundlagsdokument, förenings- och säkerhetsakten, antogs. Enligt detta blev kungen i praktiken enväldig. Rådet avskaffades och kungen fick helt fria händer att organisera riksstyrelsen. Ständerna behöll en rätt att säga nej till kungliga lagförslag, men berövades sin rätt att ta initiativ till ny lagstiftning. Samtidigt inrättades HD, där kungen inledningsvis hade två röster.[12] Detta faktiska envälde upprätthölls under Gustaf IV Adolfs regeringstid. Ett utbrett missnöje med den rådande ordningen ledde 1809, efter upprepade krigsförluster, fram till kungens avsättning och utarbetandet av den nya grundlagen. Genom antagandet av 1809 års RF upphävdes uttryckligen såväl 1772 års RF och förenings- och säkerhetsakten som 1617 års RO och »alla andra sådana äldre och nyare lagar, akter, ordningar, stadganden och beslut, vilka under namn av grundlagar inbegripna varit». Det var också då landslagens konungabalk definitivt upphörde att gälla.[13]

8. Se Vår författning, 8 uppl. s. 26.
9. Se t.ex. Inger, a.a.s. 138 och Herlitz, a.a.s. 186.
10. De befogenheter som tilldelades ständerna var dock tämligen begränsade; se Herlitz, a.a.s. 186 ff för en närmare genomgång av innehållet i 1772 års RF.
11. Ibid.
12. Se närmare om bakgrunden till inrättandet av HD, vilken tycks ha varit Gustav III:s politiska planer snarare än något faktiskt juridiskt behov, Michael F. Metcalf, Det politiska spelet kring Högsta domstolens tillkomst, i Rättshistoriska studier – sextonde bandet, Högsta domsmakten i Sverige under 200 år, Lund 1990 s. 5-15. Jfr även Eivind Smith, Høyesterett og folkestyret s. 58.
13. Se Vår författning s. 27.

16.2 1809 års regeringsform

Som redan nämnts återfanns rättighetsskyddet i 1809 års RF i § 16, en bestämmelse som bör ses som en vidareutveckling av den gamla landslagens konungaed.[14] Detta stadgande kom dock aldrig att få någon större praktisk betydelse för enskildas rättighetsvärn, ehuru en praxis under 1900-talet kom att utvecklas enligt vilken domstolarna hade rätt att pröva lagars förenlighet med grundlagen.[15]

Diskussionen i den rättsvetenskapliga, främst statsrättsliga och rättshistoriska doktrinen om innebörden och bakgrunden av § 16 i 1809 års RF har dock mest gällt två andra aspekter än det konkreta rättighetsskydd som följde av bestämmelsen, nämligen dels den idéhistoriska frågan om grundlagen som sådan inspirerats av samtida utländska tänkare eller helt bygger på äldre inhemska traditioner (vilken har en indirekt betydelse för frågan om rättighetsskyddets utformning och styrka), dels den rättsliga frågan vem § 16 egentligen riktade sig till och huruvida stadgandet var bindande för lagstiftaren.

Vad först gäller den idéhistoriska debatten om grundlagens egentliga karaktär kan de stundtals animerade diskussionerna lättast förklaras med skiftande politiska konjunkturer. Under perioder av förändring, som vid demokratiseringen under 1900-talets första decennier, eller av yttre politiskt tryck, som under andra världskriget, har intresset ökat för att framhäva grundlagens karaktär antingen av modernt, progressivt dokument, inspirerat av brittiska och franska tänkare och förebådande 1900-talets parlamentarism, eller av nationell symbol, helt präglad av uråldriga svenska traditioner. Som senare tiders forskning visat är dock inte dessa politiska förändringar och därav följande meningsskiljaktigheter hela förklaringen till oenigheten, utan omständigheterna vid tillkomsten av 1809 års RF bidrog till att skapa en kvardröjande osäkerhet om huruvida och i vilken utsträckning grundlagsfäderna, »1809 års män», egentligen inspirerades av utländska tänkare och förebilder, av Montesquieu, brittisk parlamentarism och utvecklingen i USA.

Denna diskussion har av förklarliga skäl främst gällt grundlagens regler om maktdelning. Att § 16 inte var inspirerad av de avsevärt mer omfångsrika franska och amerikanska rättighetsförklaringarna är ju uppenbart.[16]

Den grundläggande tanken bakom 1809 års RF var att i högre grad än tidigare skapa en verklig jämvikt mellan kung och ständer. Utgångspunkten var att det alltjämt var kungens sak att styra riket.[17] I sin utövning av riksstyrelsen skulle han emellertid biträdas av ett *statsråd*, vars synpunkter alltid skulle inhämtas innan kungen fattade beslut. (Härigenom återupplivades således det gamla rådet.) Kungen utnämnde och entledigade leda-

14. Jfr ovan kap. 14.1.1. – Därutöver garanterade § 86 tryckfriheten och rätten att ta del av allmänna handlingar medan § 85 erinrade om att TF var en grundlag.
15. Se nedan kap. 18.1.1.
16. Jfr SOU 1941:20 s. 12: »Utländska förhållanden torde inte alls, eller endast i mycket ringa omfattning, ha påverkat den svenska rättsutvecklingen på detta område.»
17. Jfr lydelsen av § 4 GRF: »Konungen äger att allena styra riket på det sätt, denna regeringsform föreskriver...»

möterna i statsrådet.[18] Ett nytt riksdagsutskott, konstitutionsutskottet, skulle granska statsrådsprotokollen och kunde när felaktigheter eller oegentligheter uppdagades uppmana ständerna att hos kungen hemställa om ett statsråds entledigande (eller ställa statsråden till ansvar vid den s.k. riksrätten). En av ständerna utsedd *justitieombudsman* skulle i egenskap av deras ombud utöva tillsyn över lagarnas efterlevnad och ha rätt att åtala domare och ämbetsmän som handlat i strid med lagen.[19] Lagstiftningsmakten delades mellan kung och ständer på samma sätt som under frihetstiden och ständernas initiativrätt återställdes. Det var alltjämt kungen ensam som beslöt »lagar och författningar, som rikets allmänna hushållning röra» (dvs i princip förordningar, med vår tids terminologi), medan »allmän civil-, kriminal- och kyrkolag» skulle beslutas av kung och riksdag samfällt. HD tilldelades en roll som kungens rådgivare i lagfrågor[20] – en uppgift som 1909 övertogs av det då nyinstiftade lagrådet[21] – medan JO fick en motsvarande uppgift i ständernas lagstiftningsarbete. För grundlagsändring – kort efter antagandet av 1809 års RF antogs som nämnts också 1810 års Successionsordning och RO samt en ny TF, som sedan reviderades 1812 – krävdes enighet mellan kungen och alla de fyra ständerna (för ändring av vanlig lag krävdes blott tre ständers bifall), vartill kom att beslut om ändring fick fattas först vid riksdagen efter den där ändringsförslaget ursprungligen väckts.[22] Ständerna tillerkändes beskattningsmakten.

Maktdelningen mellan kung och ständer kan således sägas ha varit ambitiöst och konsekvent genomförd. Däremot tillerkändes domstolarna överhuvudtaget ingen politisk makt. Någon maktdelning i enlighet med Montesquieus tankar eller påminnande om det amerikanska statsskicket kan 1809 års RF därför aldrig sägas ha givit uttryck för.[23] Däremot vidtogs vissa åtgärder för att främja domstolarnas självständighet; bland annat slogs fast att ledamöterna i HD, som nu fick titeln justiteråd, var oavsättliga.

Detta var alltså grundvalarna för statsskickets organisation enligt 1809 års RF, som var gällande grundlag i Sverige ända till den 1/1 1975. Som bekant förändrades dock det svenska samhället kraftigt mellan 1809 och 1975, varför 1809 års RF så småningom inte alls återspeglade de reella maktförhållandena i samhället. När blev detta förhållande uppenbart och hur utövades egentligen det politiska styret under en förlegad konstitution?

En viktig förändring inträffade givetvis 1866, då ståndsriksdagen avskaffades och ersattes av en

18. Detta saknade en egen ledare, ehuru tre av ledamöterna hade speciella uppgifter, nämligen justitiestatsministern, som även var ledamot av HD, utrikesstatsministern samt den s.k. hovkanslern, som fungerade som något av en biträdande utrikesminister. Först 1878 inrättades det nuvarande statsministerämbetet.
19. Det kan f.ö. nämnas att JK-ämbetet inrättades redan 1719. JK var redan från början underställd kungen och kom senare som bekant att bli regeringens »ombudsman».
20. Se närmare om denna HD:s laggranskningsuppgift Kjell Åke Modéer, Granskning eller prövning? – Högsta domstolen som normbildare, i R. Lavin (utg.), Om lagrådsgranskning, Lund 1987 s. 18 ff.
21. Se närmare nedan i 17.1.2.1 under a.
22. Efter ståndsriksdagens avskaffande 1866 kvarstod av förklarliga skäl blott detta sistnämnda krav.
23. Jfr Petrén, Vägen till en svensk rättighetskatalog s. 19: »För 1809 års män, som framför allt företrädde konservativa ämbetsmannatraditioner, låg det icke särskilt nära till hands att lägga om det ursprungliga schemat för en svensk regeringsform.» Modéer talar om en femdelning, i stället för som hos Montesquieu en tredelning av den offentliga makten; se Historiska rättskällor, Stockholm 1993 s. 131.

tvåkammarriksdag.[24] Samtidigt antogs dock en ny RO, varför denna genomgripande förändring inte omedelbart gjorde RF överspelad. Större betydelse hade däremot demokratiseringen i början av 1900-talet, då successivt allmän och lika rösträtt för män och 1921 även för kvinnor samt ett proportionellt valsystem infördes och ett parlamentariskt styrelseskick utvecklades.[25] Redan dessförinnan hade dock kungens auktoritet gentemot statsrådet försvagats; en allmän bedömning är att denna utveckling inleddes under Karl XV:s regeringstid (1859-1972). Dennes efterträdare Oscar II (kung 1872-1907) tog visserligen avstånd från parlamentarismen, men blev ändå snart tvungen att utse ministrar som hade stöd i riksdagen. Under hans regenttid utvecklades också en praxis enligt vilken regeringen avgick när den led nederlag i riksdagen i någon viktig fråga. Betydelsefullt i utvecklingen mot parlamentarism var också händelseförloppet i samband med unionskrisen 1905, då flera av riksdagens ledande politiker sedan den tidigare regeringen avgått efter att inte ha förmått lösa krisen, bildade en parlamentariskt förankrad samlingsregering som reglerade mellanhavandena med Norge.

I takt med denna utveckling var det givet att kungens rätt att själv styra riket och faktiskt avgöra olika ärenden minskade, för att så småningom helt tyna bort. På detta sätt etablerades, utan att GRF ändrades, en konstitutionell sedvana där makten över besluten i allt högre grad överfördes till riksdagen. Samtidigt medförde samhällsutvecklingen en ständig utvidgning av området för riksdagens lagstiftningsmakt, inte minst genom att ekonomisk lagstiftning av det slag som kungen enligt GRF själv ägde besluta om småningom ansågs kräva beslut också av riksdagen, åtminstone i den mån bestämmelser innebar ingrepp i enskildas äganderätt.[26] I slutet av 1800-talet upphörde så kungen att använda sin vetorätt mot av riksdagen antagna lagbeslut. Därefter kvarstod kungens lagstiftningsrätt mest som en formalitet, bestående i att kungen vid de regelbundna *konseljerna* med regeringen skrev under regeringens propositioner till riksdagen. Vad gäller rätten att styra riket uppstod dock vid ett tillfälle slitningar mellan kungen och riksdag/regering, nämligen under den s.k. borggårdskrisen 1914 då Gustaf V i ett tal till 30.000 bönder tog avstånd från den liberala regeringen Staafs försvarspolitik, med påföljd att regeringen avgick. 1917 tvingades emellertid kungen acceptera tillkomsten av en ny liberal-socialdemokratisk regering (ministären Edén-Branting), vilket allmänt betraktas som parlamentarismens definitiva genombrott i Sverige.[27] Åtminstone från 1917 till 1975 styrdes därför Sverige uppenbarligen i strid med flera av grundlagens centrala bestämmelser. GRF kan därför, precis som den brittiska författningen, beskrivas som en flexibel eller elastisk konstitution, med de för- och nackdelar detta kan medföra.[28]

De omständigheter vid tillkomsten av 1809 års RF som bidragit till att skapa osäkerhet om graden av utländska influenser i den slutgiltiga grundlagstexten är främst att GRF utarbetades under stor tidsnöd och att det konstitutionsutskott som fick i uppdrag att slutföra arbetet beslöt att inga protokoll skulle föras vid dess sammanträden. Senare tiders forskning har därför varit hänvisad till utskottssekreterarens Hans Järta memorial[29], varjämte stor möda nedlagts på att utröna de i skeendet inblandade huvud-

24. Beträffande regeringen märks att statsrådet organiserades i departement 1840.
25. Se närmare om den successiva utvidgningen av rösträtten Inger, a.a.s. 187 ff och Herlitz, a.a.s. 240 ff o. 279 f.
26. Se närmare Vår författning, 8 uppl., s. 141 f.
27. Se t.ex. Vår författning s. 27, Herlitz, a.a.s. 281 f och Inger, a.a.s. 191.
28. Jfr om Storbritannien ovan kap. 9.2.2. KU framhävde 1938 detta faktum som en av GRF:s verkliga fördelar: »Ett för våra svenska grundlagar – och särskilt regeringsformen – karakteristiskt drag är elasticiteten...Inom författningens ram har det varit möjligt att anpassa lagstiftningen efter förändrade tids- och samhällsförhållanden. Utskottet håller före att denna elasticitet också bör för framtiden bevaras.» (KU 1938:16 s. 1).
29. KU 1809/10:1 s. 6-7: »Utskottet har sökt bilda en styrande makt, verksam inom bestämda former, med enhet i beslut och full kraft i medlen att dem utföra; en lagstiftande makt, visligt trög till verkning, men fast och stark till motstånd; en domare makt, självständig under lagarna men ej självhärskande över dem. Det har vidare sökt att rikta dessa makter till inbördes bevakning, till inbördes återhåll, utan att dem sammanblanda, utan att lämna den återhållande något av

personernas ideologiska sympatier och inspirationskällor.

Grovt uttryckt har striden i doktrinen stått mellan en konservativt inriktad skola, som velat betona den historiska kontinuiteten och anknytningen till äldre svenska traditioner, och mer liberalt sinnade forskare, vilka menat att 1809 års män var mer präglade av utländsk liberal upplysningsdoktrin än av inhemska sedvanor. Med tanke på att striden mellan de olika uttolkarna av 1809 års RF förts med särskild intensitet under historiska brytningsskeden är det enligt min mening logiskt att räkna med att de ledande debattörernas ställningstaganden i stor utsträckning dikterats av dessa personers politiska sympatier. Detta faktum förringar dock inte värdet av de analyser som utförts.

Schematiskt kan tre huvudlinjer i doktrinen urskiljas. Den första, konservativt präglade uttolkningen, som dominerade inom historievetenskapen och rättsfilosofin under större delen av GRF:s första sekel, betonade den historiska traditionen och såg 1809 års grundlag som en produkt av många århundradens svensk historia. I reaktion häremot framträdde kring 1910, då striden mellan liberalism och konservatism – som främst var en strid mellan å ena sidan parlamentarism och å den andra maktdelning mellan kung och riksdag – intensifierades, en liberal riktning, som med framgång sökte visa att 1809 års män var betydligt mer influerade av utländska tänkare än vad som tidigare antagits inom forskningen. Den politiska betydelsen i denna ståndpunkt låg naturligtvis däri att statsskicket vid denna tidpunkt stod inför stora omdaningar, vilka konservativa grupper i Sverige motsatte sig (med visst stöd i GRF:s ordalydelse). Om det gick att visa att 1809 års RF utarbetats av i grunden radikala personer, som var kraftigt påverkade av utländsk doktrin, blev det svårare att åberopa formuleringar i GRF mot en ny tids radikala krav. Om å andra sidan den konservativa skolan hade rätt och 1809 års män aldrig tagit särskilt starka intryck av utländska idéer, framstod olägenheterna med en genomgripande omgestaltning av statsskicket, i strid med RF:s bokstav, som betydligt allvarligare.

Som bekant infördes parlamentarism och allmän rösträtt, och den liberala uttolkningen av GRF kom också att dominera forskningen kraftigt under några decennier. Reaktionen mot denna uttolkning bröt ut på allvar omedelbart före andra världskriget, då flera författare på nytt, i direkt polemik mot de liberala debattörerna, betonade den historiska kontinuiteten och ville nedtona utländska tankars inflytande på 1809 års män. Denna nykonservativa uttolkning förklaras med intresset av att inför det annalkande kriget vårda det historiska, nationella arvet.

Karlbom kallar de tre huvudriktningarna i debatten den konstitutionalistiska, den

den återhållnas verkningsförmåga. På dessa huvudgrunder av statskrafternas särskilda bestämmelser och ömsesidiga motvikt skall den statsförfattning vila, som utskottet föreslagit.» Detta material anses i allmänhet inte ge tillräckligt säkra hållpunkter i frågan om den utländska doktrinens roll vid utformningen av 1809 års RF. Jfr Carl Arvid Hessler, Regeringsformen och den utländska doktrinen, StvT 1959 s. 225: »Vi vet i själva verket ingenting ens om de motiveringar som utskottets medlemmar förde fram under arbetets gång, inför den serie avgöranden de hade att träffa. I regeringsformen har man resultatet av överläggningarna.» – Det ursprungliga förslaget, som utarbetats av landshövdingen i Blekinge Anders af Håkanson, godtogs inte av riksdagen. En vanlig uppfattning i doktrinen är dock att den slutgiltiga grundlagstexten inte skiljer sig mycket från det ursprungliga, Håkanssonska förslaget, utan snarast utgör en överarbetning av detta; se härvidlag förutom Hessler bl.a. Nils Stjernquist, Regeringsformens tillkomst, i Kring 1809 – Om regeringsformens tillkomst, Stockholm 1965 s. 30 ff och Rolf Karlbom, Bakgrunden till 1809 års regeringsform, Göteborg 1964 s. 21.

parlamentariska och den nykonstitutionalistiska.[30] Ledande företrädare för den första var äldre konservativa tänkare som Rudolf Kjellén och Pontus Fahlbeck. Dessa uttolkare menade att samtida politiska idéer i t.ex. USA och Frankrike skjutits åt sidan vid GRF:s tillkomst och att grundlagen helt utgjorde en produkt av inhemska erfarenheter eller, med Kjelléns ord, »en modern dräkt kastad över urgamla nationella tankar.»[31]

Företrädarna för vad Karlbom kallar den parlamentariska uppfattningen såg snarare 1809 års RF som resultatet av ett samspel mellan nationella erfarenheter och utländska idéer eller, om man så vill, »som en kompromiss mellan ett nationellt, konservativt och ett internationellt, radikalt program.»[32]

De grundläggande verken inom denna riktning är Axel Brusewitz' böcker Representationsfrågan vid 1809-10 års riksdag från 1913 och Studier över 1809 års författningskris från 1917, vilka kom att få mycket stort inflytande på de följande decenniernas debatt. Brusewitz, som gick till frontalangrepp mot den tidigare rådande uppfattningen, medgav visserligen att grundlagsfäderna utgick från tidigare vunna erfarenheter och sökte undvika gjorda misstag, varför grundlagen väsentligen byggdes upp »på inhemsk grund». Genom redovisning av tidigare delvis okänt material lyckades han emellertid visa att 1809 års män varit kraftigt influerade av främst Montesquieus tankar och att denne rentav haft ett avgörande inflytande på deras tankevärld. Han medgav dock samtidigt att de vid utarbetandet av grundlagen haft svårt **att förverkliga** dessa idéer (vilka däremot i högre grad kom att besjäla 1810 års RO). Med Hesslers ord menade Brusewitz att GRF var en kompromiss och att 1809 års män hade fått offra sina konstitutionella ideal för att uppnå vad som var praktiskt genomförbart.[33] Däremot underkände han helt den äldre doktrinens uppfattning att det i GRF gjorts så många avsteg från Montesquieus idéer att det inte längre gick att tala om något reellt inflytande från denne.

Den uppfattning Brusewitz förde fram blev sedan under lång tid den i doktrinen förhärskande.[34] Brusewitz' och den liberala eller parlamentariska skolans teser kom att ifrågasättas först i slutet av 1930-talet. Som den ledande kritikern av Brusewitz framträdde då Fredrik Lagerroth, som menade att GRF anslöt till ett äldre, »specifikt svenskt balanssystem», där det var mindre viktigt att varje statsorgan fick bestämda funktioner än att verklig balans uppstod. Med hårda angrepp mot Brusewitz drev Lagerroth – som ursprungligen varit starkt positiv till Brusewitz' verk och tankar[35] – sin tes att GRF helt byggde på gamla svenska traditioner och var »blott den gamla ordinära svenska författningstypen, normaliserad och standardiserad.»[36]

Karlbom har också analyserat sambandet mellan förskjutningarna i de vetenskapliga uppfattning-

30. A.a.s. 23.
31. Ibid samt Hessler, a.a.s. 209 ff m.h.t. Kjelléns verk. Dessa tänkare gynnades f.ö. av bristen på material från GRF:s tillkomst; till stöd för sin uppfattning kunde de nämligen åberopa uttalanden från den äldre, konservative Hans Järta och hävda att grundlagsfäderna haft samma konservativa inställning 1809. Se närmare bl.a. Hessler s. 210. Senare forskning har visat att denna uppfattning sannolikt var helt felaktig, men bristen på kunskap om hur 1809 års män egentligen resonerade underlättade givetvis dylika påståenden.
32. Karlbom s. 25.
33. Se Hessler, a.a.s. 220.
34. Se närmare om Brusewitz' uppfattning bl.a. Hessler s. 218 ff.
35. Se närmare Hessler s. 221 f om Lagerroths översvallande positiva omdömen om Brusewitz' bägge huvudverk.
36. En kritisk genomgång och analys av Lagerroths ställningstaganden från 1938 och framåt finns hos Hessler s. 222 ff. Hessler är bl.a. mycket kritisk mot Lagerroths vetenskapliga metod.

arna om bakgrunden till GRF och förändringarna i den politiska situationen. Han har därvidlag bl.a. framhävt att Fahlbeck deltog i förberedelserna inför Gustaf V:s borggårdstal och liksom Kjellén ofta gjorde sig till tolk för kungamaktens synpunkter i den allmänna debatten, medan Brusewitz tillhörde Karl Staafs närmaste vänner. Att det finns ett samband mellan dessa debattörers bedömningar av GRF och deras politiska sympatier är givet, men Karlbom framhäver också betydelsen av förändringar i själva kulturatmosfären; de äldre, konservativa tänkarna verkade i en tid då nationalromatiken stod högt i kurs, medan den liberala skolan framträdde just som parlamentarismen fick sitt genombrott. Det var knappast heller någon tillfällighet att den nynationella eller nykonstitutionalistiska meningsriktningen bröt fram just vid ett skede då krigshotet drev fram en nationell samling som, med Karlboms ord, »i sig förenade element från äldre patriotiska strömningar och värden, frambragta av den demokratiska samhällsomdaningen.»[37]

Efter antagandet av 1974 års RF verkar intresset för debatten om GRF:s rätta karaktär ha avstannat. Det bör dock nämnas att något av en förmedlande tes, som bl.a. lanserats av Gunnar Heckscher, efterhand kommit att bli om inte allmänt accepterad så dock dominerande. Heckscher kritiserar samtliga de äldre teorierna för att ha förenklat bilden av GRF och alltför ensidigt betonat sina egna huvudståndpunkter. Det faktum att »den historiserande uppfattningens företrädare» lyckats visa att GRF på ett antal viktiga punkter avvek från Montesquieus maktdelningslära innebär endast att utländska förebilder inte varit uteslutande avgörande för grundlagens utformning, medan den motsatta skolan egentligen inte lyckats visa mer än att utländska förebilder inte varit uteslutna.[38] Heckscher gick emellertid ett steg längre och menade att **hela frågeställningen** om nationellt eller utländskt inflytande är felaktig, eftersom den äldre grundlagsdiskussionen i Sverige sedan länge anknutit till internationell debatt och varje rimlig tolkning av 1809 års idéer måste bygga på medvetenheten om att GRF är en kombination av svenska rättstraditioner och utländska idéer.[39]

Sammanfattningsvis kan därför viss konsensus sägas råda i doktrinen om att 1809 års män var starkt ideologiskt influerade av Montesquieu och annan utländsk doktrin, men att dessa inspirationskällor endast i begränsad utsträckning påverkat slutresultatet, som i hög grad anknyter till äldre svenska traditioner[40] (något som är särskilt tydligt beträffande § 16).

Den mer juridiska frågan **vem § 16 riktade sig till** fick egentligen aldrig sin lösning i doktrinen, där meningsskiljaktigheterna bestod långt in på 1950-talet (ehuru uppfattningen att stadgandet var bindande också för lagstiftaren så småningom tycks ha fått

37. A.a.s. 28. – Som belysande exempel hänvisar Karlbom till några ord av Lagerroth i förordet till ett av dennes huvudverk, 1809 års regeringsform (1942): »Vår konstitutionella frihet är ju ett av de dyrbaraste värden, det för oss i nuvarande farofyllda situation gäller att slå vakt omkring. Att den är vår egen skapelse och icke ett utländskt lån bör göra den i särskild grad kär för oss.» Även om just detta yttrande är begripligt mot bakgrund av världsläget när det skrevs, måste frågan ställas om inte Lagerroth kunnat uppnå sitt syfte med något mindre svulstig nationell retorik.
38. Se Nationell och internationell författningsdebatt 1809 och tidigare, i Kring 1809 s. 124 ff.
39. Ibid s. 130.
40. Som exempel kan hänvisas till Ingers anförda lärobok i rättshistoria s. 182: »...det slutligen antagna förslaget...var resultatet av en kompromiss mellan olika meningsriktningar och mellan gamla traditioner och moderna författningsidéer...Man hade helt naturligt byggt på det nationella författningsarvet, men man hade också låtit sig påverkas av utländsk författningsdoktrin.» Se även Modéer, Historiska rättskällor s. 131. Jfr dock Karlboms anförda verk, som närmast innebär en skärpning av Brusewitz' tankar.

överhanden). Däremot kan frågan sägas ha lösts i praxis, genom att domstolarna så småningom tillerkände sig rätten att pröva lagars förenlighet med grundlagen.[41]

Frågan var således om § 16 i GRF var bindande för alla statliga myndigheter, inklusive de lagstiftande, eller om stadgandet endast riktade sig mot de styrande myndigheterna (och därför inte innebar någon begränsning av lagstiftarens handlingsfrihet). I det förra fallet betraktades lagrummet som en begränsning av all statlig makt gentemot medborgarna, medan det senare alternativet innebar att varje rättighetsbegränsning som grundade sig på en lag skulle vara grundlagsenlig. Rent konkret kan diskussionen sägas ha handlat om tolkningen av begreppet *Konungen* i § 16: Avsåg detta enbart den verkställande makten eller jämväl kungen (senare regeringen) i egenskap av lagstiftare?

Skiljelinjerna i debatten har här inte på samma sätt som beträffande tolkningen av GRF:s ideologiska rötter gått mellan uttalat konservativa och liberala grupper av debattörer, utan olika statsrättsexperter har helt enkelt gjort olika bedömningar i denna centrala fråga.[42] Till dem som menat att § 16 inte skyddade medborgarna mot lagstiftningen hör sålunda Reuterskiöld, som hävdade att bestämmelsen blott var att se som en maning till kungen att »i den ordning grundlag medger hålla sträng och vaksam hand däröfver, att ej blott rättskipningen, utan öfver hufvud hela den offentliga förvaltningen med full oväld handhafves».[43] I samma riktning uttalade sig bl.a. Robert Malmgren och Nils Stjernberg.[44] Lagerroth bytte uppfattning i frågan flera gånger men menade slutligen 1955 att »(D)e individuella rättigheter, som stipuleras i RF § 16 med upprepande av konungabalkens ord, avse den styrande makten och icke lagstiftaren.»[45] Undantag från denna huvudprincip ville han blott göra för tryckfrihetens del. Den motsatta uppfattningen, att § 16 även avser den lagstiftande makten, har framförts av flera äldre statsrättstänkare och statsvetenskapsmän som Naumann, Rydin och Kjellén, liksom av ledande debattörer vid seklets början som Staaff och Lundstedt[46] samt från 1940-talet och framåt av Sundberg, Jägerskiöld med flera (vilka så småningom tycks ha tillskansat sig en viss hegemoni i diskussionen).[47] Herlitz skiftade i likhet med Lagerroth åsikt, men menade 1947 att »(D)et till Konungen riktade förbudet gäller, detta är regeringsformens mening,

41. Denna lagprövningsrätt utövades dock med stor försiktighet; se kap. 18.1.
42. Allmänna översikter över debatten har givits av Sundberg i Medborgarrätt s. 137 ff och Jägerskiöld, Mot vem riktar sig RF § 16? s. 130 ff. Se även bilaga till KU 1938:16.
43. Vår Regeringsforms Magna Charta s. 283. Han fortsatte: »Däremot kan man ej säga att 16:de paragrafen själf stadgat några bestämda principer för lagstiftningen eller utstakat några vissa gränser, öfver hvilka denna icke får gå vid reglerandet af individens rättsställning i förhållande till andra individer eller till samhället...Härmed vill jag ingalunda förneka, att i den 16:de paragrafen och dess tillvaro ligger...äfven de lege ferenda en indirekt maning, men intet bud till statens lagstiftande organ att i lagstiftningspolitiken tillämpa och genomföra samma principer. Detta är dock något helt annat än ett stadfästande *apriori* af vissa rättigheter, hvilka aldrig skulle kunna rubbas af lagstiftningen, men af hvilka denna med nödvändighet måste själv modifieras. Den 16:de paragrafens grundsatser äro alltså rättssatser blott för lagskipningen och öfverhufvud för styrelsen under och enligt de gällande lagarna.»
44. Se t.ex. Stjernberg, Om de nutida rättsliga garantierna för medborgarfrihet och rättssäkerhet, StvT 1921 s. 7 o. 10: »1809 års regeringsform § 16...uppdrager icke några gränser för den av konung och riksdag samfällt utövade lagstiftningsmaktens befogenhet att göra intrång i en svensk medborgares rättssfär...Vari består nu det rättsskydd, som rättsordningen förlänar dessa medborgerliga friheter gent emot den moderna staten?...en allmän regel, att något intrång från statsmaktens sida icke får göras i vissa dylika, där särskilt uppräknade sidor av handlingsfriheten eller andra rättsligt skyddade intressen annat än med stöd av en särskilt stiftad lag...är ock, såsom ovan framhållits, den principiella innebörden av den svenska regeringsformens § 16.»
45. Moderna författningar mot historisk bakgrund, s. 185.
46. Se närmare Sundberg och Jägerskiöld, a.a.
47. Jfr t.ex. Bramstång, a.a.s. 36: »Visserligen ha C.A. Reuterskiöld och Stjernberg velat förfäkta den uppfattningen, att GRF § 16 icke skulle rikta sig till Konungen såsom lagstiftare. Den härskande meningen torde dock vara, att stadgandet band Konungen i alla hans funktioner.»

även om riksdagen förenar sig med honom.»[48] Sundberg och Jägerskiöld försökte med viss framgång visa att »Konungen» i § 16 inkluderade kungen i hans egenskap av lagstiftare; härför användes både idéhistoriska argument (Jägerskiöld) och skarpsinniga rättsliga resonemang (Sundberg), innebärande att stadgandet formellt riktade sig enbart till kungen av den anledningen att det var hans sak att utfärda lagar. Om därför den styrande makten bands av § 16 kunde den inte utfärda en mot bestämmelsens innehåll stridande regel, varför någon sådan inte grundlagsenligt kunde komma till stånd.[49] Herlitz betonade starkt att § 16 inte innebar något förbud mot vissa former av ingrepp i enskildas fri- och rättigheter, men väl ett krav på att sådana ingrepp eller begränsningar endast fick ske under förutsättning att vissa former iakttogs och att lagarna följdes.[50] Däremot ställde han inga materiella krav på de rättighetsbegränsande lagarna.[51] Det bör f.ö. påpekas att rättighetsbegränsningar som huvudregel även ansågs kunna ske genom de förordningar som kungen/regeringen utfärdade på egen hand, ehuru rättsläget här kom att ändras något beträffande ekonomisk lagstiftning.[52]

Det viktigaste skälet till att betydelsen av denna debatt inte bör överskattas är inte att en form av lagprövningsrätt omsider kom att utvecklas, varefter debatten om **dennas** karaktär kom att bli desto livligare[53], utan att frågan vem bestämmelsen riktade sig mot är betydligt mindre intressant än frågan hur effektivt den egentligen skyddade de medborgerliga rättigheterna. Denna fråga har berörts ovan i kap. 14.1.1; som nämndes där måste rättighetsskyddet i GRF beskrivas som tämligen svagt. Anmärkningsvärt är dock att frågorna om rättighetsskyddets styrka och omfattning samt om huruvida några materiella krav kunde ställas på de rättighetsbegränsande lagarna ägnats avsevärt mindre utrymme i doktrinen än frågan om § 16 överhuvudtaget var bindande för lagstiftaren. Det är därför lätt att instämma med Petrén:

> Det statsrättsliga läget i Sverige ledde till att vår även av andra skäl starkt isolerade konstitutionella debatt på rättighetsfältet aldrig kom att syssla med rättighetsfrågor som var gängse diskussionsämne på andra håll i världen. Man koncentrerade sig på tolkningen av de mångtydiga stadgandena i § 16 1809 RF. Mycket skarpsinne lades ned härpå med ganska ringa resultat för det praktiska rättslivet.[54]

Vad berodde då denna ensidighet i diskussionen på? En förklaring är troligen att en viss

48. Se Svenska statsrättens grunder s. 302.
49. Se Medborgarrätt s. 140. Jfr även Strömberg i Grundlag och medborgarrätt s. 35.
50. Han åsyftade särskilt formuleringarna att ingen fick berövas liv, ära, frihet osv utan att vara lagligen förvunnen eller dömd samt att ingen fick avhändas sin egendom »utan rannsakning och dom i den ordning, Sveriges lag och laga stadgar föreskriva.» Se närmare Svenska statsrättens grunder s. 302 ff. Även Strömberg menar att det enda som kunde utläsas ur § 16 var ett förbud mot godtyckliga ingripanden utan författningsstöd eller ett krav på att inskränkningar i medborgerliga fri- och rättigheter endast kunde ske med stöd av allmängiltiga författningsregler. Se Grundlag och medborgarrätt s. 35-36. FU uttalade i SOU 1963:17 s. 167, efter att ha konstaterat att innebörden av § 16 är omtvistad och att rättspraxis ger mycket liten vägledning, att »(K)ravet på normmässighet och på en rättvis och likformig behandling av medborgarna är en del av det svenska rättssamhällets grundläggande principer. Enligt författningsutredningens mening är det ett sådant krav, som RF § 16 främst uppställer.» Se även SOU 1972:15 s. 123 f.
51. Med undantag för att de måste ha generell verkan. Även en lag med generell utformning som i praktiken blott riktade sig till en enda person eller en »godtyckligt utvald grupp av människor» stred enligt Herlitz mot detta krav. Ibid s. 305. Herlitz hade således högre krav härvidlag än vår tids doktrin på området; jfr ovan i 15.2.
52. Se bl.a. Herlitz och Strömberg, a.a.
53. Se härom nedan kap. 18.1.
54. Vägen...s. 19.

allmän belåtenhet rådde med GRF, såväl i juristkretsar som bland politiker. Den gamla grundlagen från 1809 hade, som vi sett, gått att anpassa till en ny tids förhållanden utan att några genomgripande ändringar i den behövt göras. Någon utbredd känsla av att de medborgerliga rättigheterna inte respekterades av myndigheterna fanns inte; tryckfriheten, som ända sedan 1766 allmänt betraktats som den för det fria samhällsskicket viktigaste rättigheten, skyddades av TF, medan § 16 skyddade vissa andra rättigheter, åter andra garanterades i vanlig lag och myndigheterna i praktisk handling visade sig beredda att respektera »nya», tidigare ej grundlagsskyddade rättigheter. Därför betraktades inte det faktum att § 16 jämfört med utländska grundlagar och rättighetskataloger skyddade så pass få rättigheter[55] som någon direkt svaghet, utan snarare som ett uttryck för den flexibilitet eller elasticitet i konstitutionen som allt mer kommit att uppskattas. Belysande är ett KU-utlåtande från 1938, som avgavs sedan en utredning om förstärkt rättighetsskydd begärts av några riksdagsmotionärer[56]:

> Ett för våra svenska grundlagar – och särskilt regeringsformen – karakteristiskt drag är elasticiteten. Grundlagarna hava hittills icke varit inriktade på att trygga det vid någon viss tidpunkt levande svenska samhällets »fundamentala principer», även om stadganden finnas, som beröra dessa. Inom författningens ram har det varit möjligt att anpassa lagstiftningen efter förändrade tids- och samhällsförhållanden. Utskottet håller före, att denna elasticitet också bör för framtiden bevaras och att följaktligen, om i grundlag vissa »fundamentala principer» skulle inskrivas, detta varken kan eller får förhindra att en successivt skeende faktisk omdaning i det allmänna rättsmedvetandet av de begrepp, till vilka dessa principer hänföra sig, omsättes i lagstiftning.[57]

Här ges på en och samma gång uttryck för hög uppskattning av grundlagens elasticitet, skepsis inför ett utbyggt konstitutionellt rättighetsskydd (uttrycket fundamentala principer sätts t.o.m. inom citationstecken) och beredvillighet att genom vanlig lagstiftning anpassa rättighetsskyddet till en ny tids krav.[58] Som Petrén påpekat var denna senare aspekt av viss praktisk betydelse: Det materiella innehållet i rättigheterna saknade inte aktualitet i svensk lagstiftning under tiden från 1809 fram till andra världskriget[59] (då frågan om utbyggt rättighetsskydd, som vi skall se i nästa avsnitt, kom att utredas mer ingående och diskuteras något mer förbehållslöst). De tillfällen, ofta i samband med viktiga politiska spörsmål, då rättighetsskyddet aktualiserades – Petrén anför som exempel

55. Så var fallet inte blott vid en jämförelse med de amerikanska och franska rättighetsförklaringarna – den senare var vid 1900-talets början f.ö. inte erkänd som gällande rätt – utan även vid en jämförelse med övriga nordiska länder. Jfr härvidlag kap. 4.1 (Danmark), 5.1 (Norge) och 6.1 (Finland).
56. Se nedan avsn. 16.3.
57. KU 1938:16 s. 1. Jfr även prop 1973:90 s. 192: »Den politiska utvecklingen i Sverige visar att en demokrati kan växa fram och befästas utan att grundlagen innehåller några bindande regler om lagstiftningens innehåll i form av en fri- och rättighetskatalog av det slag som återfinnes i många utländska författningar. De fri- och rättigheter som i dag ter sig självklara för varje svensk medborgare, såsom yttrande- och informationsfrihet, religionsfrihet, föreningsfrihet och demonstrationsfrihet, har tagit form genom att statsmakterna har reglerat och garanterat dem i vanlig lag.»
58. Trots sin uttalade skepsis mot ett utbyggt rättighetsskydd (»(U)tskottet vill för sin del betona, att grundlagens helgd icke ökas utan tvärtom kan undergrävas, om däri införas bestämmelser, vilka avses såsom garantier men så avfattas att de blott bliva platoniska uttalanden, dem lagstiftaren kan frestas att i särskilda fall mer eller mindre direkt skjuta åt sidan.» (s. 2 i utlåtandet)) förordade dock KU att en utredning skulle tillsättas. Se nedan i 16.3.
59. Se Vägen... s. 19.

kvinnans likställighet med mannen i arvshänseende, rösträtt, förenings- och mötesfrihet – diskuterades emellertid aldrig rättighetsfrågorna från den utgångspunkten att grundlagsskyddet för de medborgerliga rättigheterna borde förstärkas, utan »i sitt traditionella rättssystematiska sammanhang såsom spörsmål om ändring av giftermåls- och ärvdabalkarna, av riksdagsordningen, av strafflagen, av ordningsstadgan etc.»[60] Detta förhållande ligger i linje med en allmän tendens till ointresse bland svenska jurister, såväl bland lagstiftare som inom doktrinen, för de grundläggande teoretiska frågorna om de medborgerliga rättigheternas ställning. Spår av detta ointresse kan förmärkas också i de följande decenniernas utredande inför antagandet av en ny grundlag.

16.3 Rättigheternas roll i det konstitutionella reformarbetet

Som påpekats ovan höjdes i slutet av 1930-talet några röster till stöd för ett utbyggt rättighetsskydd i den svenska grundlagen. Den riksdagsmotion, där kravet på ett förstärkt grundlagsskydd för medborgerliga rättigheter – och därmed på en idéanslutning till franska revolutionens radikala rättighetsarv – första gången fördes fram väcktes av högerpartiet, med partiets ledande krafter Fritiof Domö och Gösta Bagge som främsta namn.[61]

I motionen, som av Petrén betecknats som »en vändpunkt i den svenska medborgarrättens historia»[62], föreslogs att möjligheten att införa grundlagsskydd för förenings-, församlings-, yttrande- och religionsfriheten samt äganderätten borde utredas. »Det skulle uppenbarligen vara en stor vinning för rättssäkerheten i vårt land att få de i modernt svenskt rättsmedvetande levande grundsatserna på dessa ömtåliga områden inskrivna i svensk grundlag.» Motionärerna konstaterade att § 16 skyddade få rättigheter, vilka lätt kunde inskränkas eftersom stadgandet inte innehöll några materiella rättsregler som var bindande för lagstiftaren. Vidare konstaterades att medborgerliga rättigheter åsidosatts i flera europeiska länder, trots att de tidigare varit allmänt erkända rättsgrundsatser. Även om risken för att något liknande skulle ske i Sverige var liten fanns därför skäl »att skydda samhällets bärande principer mot dylika överrumplingar».[63]

Trots att KU som vi sett ställde sig skeptiskt till ett utvidgat rättighetsskydd i grundlagen tillstyrkte alltså utskottet 1938 tillsättandet av en utredning i frågan, ehuru med förbehållet att det inte fick komma i fråga att i RF införa någon mer omfattande

60. Ibid.
61. Mot. FK 1938:128 (Domö m.fl.) o. AK 1938:232 (likalydande av Bagge m.fl.). Det idéhistoriskt något märkliga i att det konservativa partiet var först med att föreslå en anslutning till franska revolutionens rättighetsarv har framhävts av Maciej Zaremba, Byalagets diskreta charm eller folkhemmets demokratiuppfattning, i den av Sekretariatet för framtidsstudier utgivna skriften Du sköna gamla värld, Stockholm 1987 s. 105. Zaremba misstänker att företeelsen är världsunik; jag kan inte avgöra detta, men händelsen säger nog något väsentligt om Sveriges idehistoriskt sett mycket särpräglade rättighetstradition.
62. A.a.s. 20-21.
63. Motionärerna drog alltså uppenbarligen en annan slutsats för rättighetsskyddets del av diktaturregimerna än Ross; jfr om denne ovan i kap. 3.2.4.1.

rättighetskatalog.[64] Den s.k. tingstenska utredningen tillsattes 1938 med Herbert Tingsten som ordförande och en representant för vardera av de fyra stora riksdagspartierna som ledamöter. I utredningens betänkande, SOU 1941:20, föreslogs att § 16 skulle byggas ut och omfatta fyra moment. Det första var identiskt med paragrafens gamla lydelse, t.o.m »ingens samvete tvinga eller tvinga låta», medan det andra slog fast att svenska medborgare var tillförsäkrade religions-, yttrande-, tryck-, församlings- och föreningsfrihet. Förslaget låg i denna del således nära högermotionen från 1938, ett intryck som förstärks av att det i tredje momentet fastslogs att »Svensk medborgares egendom är tryggad. Staten äger endast mot skälig ersättning förfoga över och expropriera egendom». I samma avsnitt skyddades också den personliga friheten, friheten »i utövande av näring eller yrke» och ett antal sociala rättigheter. Det fjärde momentet, slutligen, innehöll ett förbud mot retroaktiv strafflagstiftning och ett skydd för rätten att befordra meddelanden genom brev, telegraf, telefon eller annat allmänt kommunikationsmedel. Samtliga rättigheter utom förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning och skyldigheten för staten att vid expropriation betala skälig ersättning skulle enligt förslaget kunna begränsas genom lag.

Utredningens motiveringar till de föreslagna ändringarna var mycket tidstypiska. Precis som i högermotionen betonades behovet av ett förstärkt rättighetsskydd i politiska orostider; precis som i debatten om grundlagens ursprung betonades starkt de nationella värdena:

> De fri- och rättigheter, varom här är fråga, höra till grundvalarna för det svenska statsskicket och det svenska rättssamhället överhuvud, och det synes då i och för sig påkallat, att de klart och tydligt inskrivas i vår främsta grundlag. Att så icke redan skett...sammanhänger med...att ett praktiskt behov av grundlagsfästande icke med någon styrka gjort sig gällande. I nuvarande utrikes- och inrikespolitiska situation synes emellertid ett auktoritativt fastställande av dessa principer angeläget...Det är av betydelse att här, såsom på andra områden, våra omistliga nationella värden klarläggas, förkunnas och, såvitt det är möjligt, säkerställas gentemot växlingar och påfrestningar...Det är här icke i första rummet fråga om att skydda de enskilda medborgarna, utan att stärka den svenska rättsordningen och därmed den svenska staten...[65]

Som Algotsson konstaterat[66] får den sistnämnda formuleringen grundlagsfästandet av rättigheterna närmast att framstå som ett led i den svenska beredskapen under andra världskriget.

Utredningen låg också nära KU i sin principiella syn på värdet av en flexibel eller elastisk konstitution:

> Då de sakkunniga åt de föreslagna grundlagsbestämmelserna givit denna utformning, ha de jämväl starkt påverkats av synpunkten, att författningens föreskrifter icke böra alltför starkt binda statsmakternas handlingsfrihet. Regleringen av medborgerliga fri- och rättigheter får icke givas en så absolut och ovillkorlig karaktär, att hinder uppstå för de ökade statsingripanden och de intrång i den enskildes frihet och självbestämningsrätt, som under särskilda förhållanden kunna vara erforderliga.[67]

64. KU 1938:16.
65. SOU 1941:20 s. 14.
66. A.a.s. 31.
67. SOU 1941:20 s. 15.

Enligt utredningens förslag skulle således alla rättigheter utom skyddet mot retroaktiv strafflagstiftning och rätten till ersättning vid expropriation kunna begränsas genom lag. Utredningen föreslog att sådana begränsningar endast skulle kunna ske genom av kungen och riksdagen samfällt stiftad lag (vilket hade inneburit ett klargörande av det dåvarande rättsläget). Däremot fördes inget resonemang om vilka materiella krav som borde kunna ställas på rättighetsbegränsande lagar och hur långt begränsningarna borde få sträcka sig.

Trots att utredningens förslag således verkar ha legat »väl i tiden» och inte kan betraktas som särskilt långtgående så ledde det aldrig till några åtgärder. Det sändes aldrig på remiss och föranledde än mindre någon proposition. Förslaget aktualiserades emellertid på nytt 1948 då Georg Andrén, en av utredningens ledamöter och en av högermotionärerna från 1938, motionerade om att riksdagen skulle anta det.[68] KU ställde sig positivt härtill, varefter riksdagen avlät en skrivelse till regeringen.[69] Denna ledde dock överhuvudtaget inte till någon åtgärd från regeringens sida. Anmärkningsvärt var också att frågan om grundlagsfästande av medborgerliga rättigheter inte nämndes när FU 1954 tillsattes med uppgift att göra en översyn av demokratins funktionsproblem och att på grundval därav genomföra en modernisering av grundlagen. Frågan blev dock aktuell på nytt 1958, då folkpartiet krävde grundlagsskydd för vissa grundläggande rättsprinciper, däribland äganderätten.[70] KU vidhöll sin tidigare uppfattning från 1948, men avstyrkte ändå motionerna med hänvisning till FU:s pågående arbete.[71] Riksdagen avslog också motionerna, men innan så hade skett beslöt regeringen att överlämna riksdagens skrivelser från 1938 och 1948 jämte den tingstenska utredningen till FU, för att de skulle vara tillgängliga vid fullgörandet av utredningens uppdrag. Denna åtgärd var givetvis inte särskilt betydelsefull i sig, men hade ett visst symbolvärde genom att regeringen för första gången sedan 1938, då den tingstenska utredningen tillsattes, visade något intresse för rättighetsfrågan.[72] Dessutom sattes kanske en viss press på FU att också undersöka möjligheterna att förstärka rättighetsskyddet och helst komma med förslag till hur detta skulle kunna ske.

Ett sådant förslag kom 1963, som en del av ett större förslag till en ny regeringsform.[73] Utredningen föreslog att bestämmelser om medborgerliga rättigheter skulle införas i det andra kapitlet i den nya regeringsformen, vilket föreslogs få rubriken »Grundläggande fri- och rättigheter».[74] Beträffande vilka rättigheter som skulle ingå låg förslaget nära

68. Mot. 1948:50.
69. KU 1948:17, rskr. 122.
70. Mot. 1958 B, I:155, II:218.
71. KU 1958 B:2; jfr Algotsson, a.a.s. 33.
72. Enligt Petrén (Vägen...s.24) berodde detta troligen på att utredningens socialdemokratiske ordförande Rikard Sandler låtit regeringen förstå att utredningen med sitt breda uppdrag inte kunde undgå att också komma in på frågan i vilken omfattning de medborgerliga rättigheterna borde åtnjuta grundlagsskydd.
73. SOU 1963:16-17.
74. Utredningen citerade ett långt avsnitt i den tingstenska utredningen och förklarade sig i allt väsentligt kunna ansluta sig till dennas motivering för att ge grundlagsskydd åt vissa grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter (SOU 1963:17 s. 36), men hade egentligen ingen motivering till varför rättigheterna borde ägnas ett särskilt kapitel i den nya grundlagen och anförde överhuvudtaget inga egna, nya motiv till varför grundlagsskyddet borde byggas ut (förutom att § 16 erbjöd ett otillräckligt skydd). Jfr Algotsson, a.a.s. 36.

den tingstenska utredningen: § 16 i GRF, som ansågs ha ett stort traditionsvärde, föreslogs överförd i oförändrad form till den nya grundlagens 1 kap. 2 §.[75] Eftersom stadgandet inte gav något skydd åt flera viktiga rättigheter, behövde det emellertid kompletteras med ett särskilt rättighetskapitel. I detta föreslogs skydd för yttrandefriheten och övriga positiva opinionsfriheter (1 §), den personliga friheten inklusive rörelsefriheten, hemfriden och vissa andra därmed sammanhängande rätttigheter (2 §), äganderätt innefattande ett visst skydd mot expropriation (3 §), ett absolut förbud mot retroaktiv strafflagstiftning (9 §), rätt till undervisning och utbildning, närings- och yrkesfrihet samt rätt till arbete (4-6 §§).[76] Vidare förekom stadganden om rätt domstol (8 §; »Ingen må dömas av annan domstol än den under vilken han hör enligt lag»), asylrätt och utlänningars rättsställning (10-11 §§).

Även beträffande rättighetsskyddet låg förslaget nära den tingstenska utredningen. Rättigheterna skulle endast kunna begränsas genom av riksdagen beslutad lag. Beträffande yttrandefriheten, som enligt utredningen var en självklar rättighet av fundamental betydelse för samhället och medborgarna, fick begränsningarna inte bli »så omfattande att yttrandefrihet icke längre kan anses råda.» Yttrandefriheten fick med andra ord inte inskränkas »så att dess väsentliga innebörd angripes»[77] Här kom en önskan om skydd för en rättighets väsensinnehåll för första gången till uttryck i svensk doktrin.[78]

Detta förslag gick, till skillnad från den tingstenska utredningen, på remiss.[79] Remissyttrandena rörande 2 kap har sammanställts i SOU 1965:2.[80] Flertalet av de juridiska instanser som yttrade sig över förslaget var kritiska.[81] Kritiken riktade sig främst mot att rättigheterna skulle kunna inskränkas genom vanlig lagstiftning. Svea HovR konstaterade t.ex. att denna metod visserligen hade den fördelen att lagtexten blev kort, men å andra sidan medförde att »möjligheterna till undantag blir så stora att risk föreligger för att av den högtidligt proklamerade principen i verkligheten återstår föga mer än en

75. Ehuru ordet »Konungen» föreslogs utbytt mot »rikets alla myndigheter»; se SOU 1963:17 s. 157 f.
76. Här blandades således sociala rättigheter med en traditionellt »liberal» negativ rättighet som näringsfriheten. Det klargjordes dock att rätten till arbete och socialt bistånd var ett rent målsättningsstadgande: »Ett dylikt grundlagsstadgande ger visserligen icke, lika litet som en principförklaring om rätten till arbete, den enskilde någon rättslig grund för krav på hjälp från det allmänna i visst fall, men det fastslår en skyldighet för regering och riksdag att genom lagstiftning i vanlig ordning tillgodose medborgarnas anspråk på socialt skydd. Omfattningen och den närmare innebörden av de rättskrav som den enskilde kan ställa mot det allmänna får bedömas efter gällande sociallagstiftning.» SOU 1963:17 s. 199 f.
77. Se SOU 1963:17 s. 171.
78. Se vidare kap. 19.7.
79. Som Petrén konstaterar (a.a.s. 24-25) innebar detta att svenska myndigheter och organisationer för första gången ställdes inför frågan hur en svensk rättighetskatalog borde se ut. »Först 1963 fördes sålunda denna sak ut till en vidare krets i vårt land, medan den flera sekler tidigare varit ett spörsmål som livligt engagerat breda befolkningslager t.ex. i Amerikas förenta stater. Det är icke ägnat att förvåna att opinionen kände sig litet överraskad.»
80. Se SOU 1965:2 s. 100 ff.
81. Positiva var bl.a. Göta Hovrätt, Hovrätten för Västra Sverige och Sveriges advokatsamfund, vilka fann den föreslagna utformningen av rättighetsskyddet lämplig och väl avvägd.

vacker fras.»[82] Kritik av liknande slag framfördes av RegR.[83] Förslag till förstärkningar av rättighetsskyddet framfördes, bl.a. att fler rättigheter borde göras absoluta (HD) och att de ändamål för vilka inskränkningar skulle få ske borde preciseras i grundlagen (HD, JO m.fl.).[84] I det fortsatta reformarbetet kom som bekant bägge dessa metoder att tillämpas.

Det bör dock påpekas att frågan om fri- och rättigheter inte var någon av de i den allmänna debatten mest omdiskuterade delarna av utredningens förslag. Frågorna om ändring av tvåkammar- och valsystemen väckte betydligt större intresse.[85] När regeringen 1966 tillsatte en ny utredning som skulle arbeta vidare med grundlagsfrågorna (GLB) ingick dock rättighetsfrågan i dennas arbetsuppgifter. Därmed kan förberedelserna för 1970-talets reformer på rättighetsområdet sägas ha inletts på allvar.

16.4 1974 års regeringsform och övriga förstärkningar av rättighetsskyddet under 1970-talet

GLB avlämnade inte sitt betänkande förrän 1972.[86] En av orsakerna till dröjsmålet var svårigheterna att nå enighet i rättighetsfrågan, som nu i högre grad än tidigare blev politiskt kontroversiell.[87] 1972 hade slutligen en kompromiss träffats, men utredningen försökte inte släta över de motsättningar som rått:

> I frågan, om grundlagarna skall reglera innehållet i samhällsorganens beslut, har olika meningar yppats inom beredningen. Vissa av ledamöterna har ansett det angeläget att den nya regeringsformen kommer att innehålla sådana bestämmelser om medborgarnas fri- och rättigheter som inte kan sättas åt sidan genom vanlig lag...Andra ledamöter har framhållit att den nya regeringsformen skulle ge en felaktig bild av samhällets strävanden, om den uppehölle sig enbart vid medborgarnas skydd mot övergrepp och inte dessutom finge innehålla en programförklaring angående välfärdsstatens strävanden för ekonomisk, social och kulturell utveckling och utjämning...Beredningens samtliga ledamöter har funnit det angeläget att kunna lägga fram ett så långt möjligt enhälligt förslag i de centrala frågorna om medborgarnas rättigheter gentemot samhället...Slutsatsen av det sagda blir att den nya grundlagen i fråga om de politiska fri- och rättigheterna och den personliga friheten å ena sidan bör innehålla klara beskrivningar, men å andra sidan bör medge att de angivna fri- och rättigheterna kan begränsas genom lag antagen med vanligt majoritetsbeslut. De ledamöter som har önskat att de politiska rättigheterna skulle slås fast i grundlagen på ett sådant sätt att de inte kan inskränkas genom vanlig lag har sålunda avstått från sina krav i denna del. De ledamöter som har yrkat att grundlagen skall innehålla

82. SOU 1965:2 s. 107.
83. Ibid s. 106 f. – RegR tycks dessutom, i motsats till flertalet övriga remissinstanser, ha varit skeptisk till själva tanken på grundlagsfästa rättigheter, som enligt domstolen »...icke går helt fri från invändningar. Den synes ytterst bottna i ett äldre, naturrättsligt betraktelsesätt, som går ut på att dylika fri- och rättigheter kan till sitt innehåll definieras oberoende av övriga gällande rättsregler och sålunda äger en av rättsordningen oberoende existens.»
84. Se SOU 1965:2 s. 110 ff.
85. Jfr Algotsson s. 35 och Petrén, a.a.s. 25. En partiell grundlagsreform, innefattande bl.a. enkammarriksdag och ett proportionellt valsystem, genomfördes f.ö. också 1968-71, före införandet av RF.
86. SOU 1972:15.
87. Jfr Petrén, a.a.s. 26.

en programförklaring om välfärdsstatens mål har å sin sida avstått från detta krav.[88]

I klartext innebar kompromissen således att utredningen föreslog grundlagsskydd för de politiska opinionsfriheterna och den personliga friheten men att dessa rättigheter skulle kunna begränsas genom vanlig lag. Vidare föreslogs införande av ett antal absoluta rättigheter av typen särskilda rättssäkerhetsgarantier.[89] De – sannolikt borgerliga – ledamöter som krävt att dessa rättigheter endast skulle kunna begränsas genom någon form av kvalificerad lagstiftning släppte såväl detta krav som kravet på ett grundlagsfästande av lagprövningsrätten, medan de av allt att döma socialdemokratiska och kommunistiska ledamöter som ville införa ett målsättningsstadgande avstod från detta krav.[90]

Förslaget hade följaktligen en karaktär av »kohandel». Det är svårt att säga om detta faktum påverkade remissinstansernas inställning, men oavsett orsaken var flertalet juridiska remissinstanser även denna gång negativa.[91] Några, som Svea Hovrätt och advokatsamfundet, var kritiska till att rättigheterna i förslaget inte fått ett eget kapitel i den föreslagna grundlagen, utan i huvudsak behandlats som en fråga om fördelning av normgivningsmakten. RegR menade att GLB:s metod att på detta sätt inte behandla frågan om medborgerliga rättigheter ur medborgarnas synvinkel ledde till att de principiella frågorna om rättighetsskyddet styrka sköts åt sidan. Den hårdaste kritiken gällde dock det svaga skyddet för rättigheterna. »Blott lagformen används finns i det närmaste ingen gräns för vad som är möjligt», menade t.ex. RegR. Även JK var kritisk och menade att om rättigheterna utan vidare kunde begränsas genom lag så fick deras intagande i grundlag »närmast karaktären av en högtidlig proklamation utan motsvarande realitet».

Kritiken till trots utarbetades på grundval av betänkandet en proposition med förslag till ny RF.[92] Regeringen återgick här, enligt Petrén mer av tekniska än av ideologiska skäl, till FU:s förslag att efter det inledande kapitlet placera ett kapitel om »Grundläggande fri- och rättigheter». Kapitlet omfattade dock blott fyra paragrafer, varav den första var ett målsättningsstadgande; här hade regeringen således spräckt enigheten från GLB.[93] Bland annat av den anledningen väckte moderaterna och mittenpartierna var sin motion med krav på två tredjedels majoritet vid antagande av rättighetsbegränsande lagar (alternativt att sådana lagar skulle antas i samma ordning som grundlagar).[94]

KU, som vid sitt utarbetande av det slutliga förslaget till RF fick ta ställning till de olika uppfattningarna, ändrade i propositionen genom att stryka målsättningsstadgandet. I övrigt gjordes blott språkliga och redaktionella ändringar, vilka dock var tillräckliga för att enighet skulle kunna uppnås. Som svar på de borgerliga motionerna krävdes att en ny

88. SOU 1972:15 s. 106 ff.
89. Jfr om terminologin ovan kap. 14.1.1. – Däremot föreslog utredningen inte att rättigheterna borde ägnas ett eget kapitel i den nya grundlagen.
90. I betänkandet nämndes inte vilka partiers representanter som företrädde de olika åsikterna, men med kännedom om den fortsatta diskussionen förefaller det uppenbart att moderaterna och folkpartiet företrädde den förra uppfattningen och socialdemokraterna och vpk den senare. Centerpartiet tycks här ha intagit något av en mellanställning; se närmare Algotsson s. 43 ff.
91. Remissyttrandena i denna del finns sammanställda i prop 1973:90 bil. 3 s. 122-132.
92. Prop 1973:90.
93. § 2 i förslaget gällde arbetstagares rättigheter och § 3 garanterade rätt till ersättning vid expropriation. Opinionsfriheterna, såväl de positiva som de negativa, hade samlats i en lång 4 §.
94. Mot. 1973:1874 (m) o. 1880 (fp o. c).

utredning skulle tillsättas för att studera frågan om grundlagsskyddet för rättigheterna »i hela dess vidd»; det betonades att den i utskottet uppnådda enigheten var beroende av att denna utredning verkligen tillsattes.[95]

Efter uppgörelsen i KU infördes så ett rättighetskapitel, 2 kap, i 1974 års RF. I sin ursprungliga form tillförsäkrade detta medborgarna samtliga ännu gällande positiva opinionsfriheter, negativ förenings- och religionsfrihet, rörelsefrihet och skydd för den personliga integriteten. Även rätten till fackliga stridsåtgärder fastslogs. Samtliga rättigheter kunde dock enligt 2:4 begränsas genom vanlig lag.[96]

Den av KU begärda utredningen tillsattes 1973 med landshövdingen Hjalmar Mehr som ordförande. För första gången sedan 1941 ägnades därmed frågan om rättighetsskyddet en **särskild** utredning, vilken avgav sitt betänkande 1975 (SOU 1975:75). Förslaget hade tre huvudpunkter. Dels föreslogs att det omdiskuterade målsättningsstadgandet nu skulle införas i RF, men inte i rättighetskapitlet utan i 1 kap. Dels diskuterades lagprövningsrätten, som utredningen ansåg borde grundlagsfästas (vilket dock inte kom att ske förrän 1979). Dels behandlade utredningen den något inflammerade frågan om möjligheterna att begränsa rättigheterna, där den till slut fann en för alla parter acceptabel, men senare hårt kritiserad kompromiss.[97]

Bakgrunden var att de borgerliga partierna som nämnts fört fram krav på att rättigheterna enbart skulle kunna begränsas genom kvalificerad majoritet. I utredningsarbetet höll folkpartiet och moderaterna fast vid detta krav, medan däremot socialdemokraterna och centern enades om vad man kallade »en materiell metod i förening med ett judiciellt skydd.»[98] Det judiciella skyddet avsåg lagprövningsrätten, vilken alltså dock inte kom att genomföras vid detta tillfälle. Den *materiella metoden* är däremot i stort sett detsamma som den reglering som i dag gäller i 2 kap. RF, med en distinktion mellan absoluta och relativa rättigheter och med särskilt angivande av de ändamål för vilka rättighetsbegränsningar får göras.

Utredningens utgångspunkt var att denna metod inte innebar något skydd mot att flertalet rättigheter kunde begränsas genom lag, men detta sågs snarast som en fördel. »För flertalet rättigheter måste öppnas möjlighet till sådana begränsningar som även i en demokrati allmänt accepteras som naturliga eller rentav oundvikliga.» Utredningens förslag innebar emellertid stora fördelar jämfört med tidigare grundlagsreglering, genom att det för nästan samtliga rättigheter **gick att ställa upp bestämda hinder** för riksdagens begränsningsmöjlighet.[99] Här syftades dels på de allmänna riklinjer som skulle gälla för begränsningar av de relativa rättigheterna (motsvarande 2:12 st. 2), dels på de särskilda kraven för begränsningar av opinionsfriheterna (2:13-14). Av de senare kom dock rätten för lagstiftaren att begränsa yttrande- och informationsfriheten när »särskilt viktiga

95. Se KU 1973:26.
96. Det fanns också regler av rättighetskaraktär på andra ställen i dåvarande RF, bl.a. ett förbud i normgivningskapitlet mot retroaktiv strafflagstiftning (8:1).
97. Dessutom föreslogs att flera nya rättigheter skulle föras in i 2 kap., däribland negativ mötesfrihet, skydd mot åsiktsregistrering, förbud mot dödsstraff, tortyr och medicinsk påverkan i syfte att tvinga fram eller hindra yttranden och diskrimineringsförbuden i 2:15-16.
98. SOU 1975:75 s. 101. Se närmare om diskussionen under utredningsarbetets gång Grundlagarna s. 115.
99. Ibid.

skäl» föranledde det att bli hårt kritiserad.[100]

Generellt var remissinstanserna nu mindre kritiska än till de två tidigare utredningarna. Regeringen följde i sin proposition nästan helt utredningens förslag, med undantag för att inget förslag lämnades om att lagprövningsrätten borde grundlagsfästas.[101] I riksdagen visade sig emellertid motståndet mot förslaget vara hårt; i KU:s betänkande fanns t.ex. inte mindre än trettioåtta reservationer mot det.[102] Moderaterna och folkpartiet vidhöll sitt krav på kvalificerad majoritet vid rättighetsbegränsande lagstiftning och var dessutom kritiska till att utredningens förslag om lagprövning bortfallit. Samtliga borgerliga partier ville dessutom utvidga området för lagrådsprövning och införa en möjlighet att ordna folkomröstning i grundlagsfrågor. KU föreslog därför att utredningens förslag skulle genomföras – med undantag för lagprövningsrätten – men att de många frågor där de borgerliga partierna hade längre gående krav skulle bli föremål för ännu en utredning, vilket också blev resultatet.[103]

Denna den tredje utredning att under 1970-talet arbeta med frågan om rättigheternas grundlagsskydd (RSU) tillsattes i början av 1977. Ordförande blev förre statskunskapsprofessorn och högerledaren Gunnar Heckscher. När utredningen avlämnade sitt betänkande 1978 (SOU 1978:34) var representanterna för de fyra stora partierna eniga, vilket var en betydelsefull skillnad jämfört med 1975.[104] Det är därför följdriktigt att utredningens förslag också kom att genomföras, utan allvarliga motsättningar i KU eller riksdagsdebatten och utan alltför hård kritik från remissinstanserna.[105] Regeringens proposition[106] avvek f.ö. knappast alls från utredningens ståndpunkter och resonemang.

Vad var det då socialdemokraterna och de tre borgerliga riksdagspartierna blivit så fullständigt eniga om? De grundlagsändringar som på utredningens förslag genomfördes 1979 gällde först och främst lagprövningsrätten, RF 11:14[107] och preciseringen av lagrådsgranskningens omfattning och inriktning, 8:18. Viktiga var också det särskilda förfarandet vid antagande av rättighetsbegränsande lagstiftning, med krav, vid yrkande av minst tio ledamöter, på fem sjättedels majoritet eller två beslut med ett års mellanrum[108], liksom möjligheten för en riksdagsminoritet att genomdriva en beslutande folkomröstning i en vilande grundlagsfråga (8:15). Samtidigt infördes det principiella förbudet mot retroaktiv skatte- och avgiftslag (2:10 st. 2) och förstärkningar av skyddet för svenskt medborgarskap (2:7), rätten till domstolsprövning av frihetsberövande (2:9) samt egendomsskyddet (2:18).[109]

100. Se ovan kap. 15.1.2.
101. Prop 1975/76:209. Remissvaren handlade till stor del om lagprövningsrätten och kommer att behandlas närmare nedan i kap. 18.1.
102. KU 1975/76:56.
103. Även regeringen förordade f.ö. ännu en utredning; se prop 1975/76:209 s. 95 ff.
104. Som Algotsson uttryckt det (a.a.s. 262) är det utmärkande för betänkandet »den pragmatiska attityden och försöken att tillgodose olika gruppers intresse».
105. Se närmare härom Algotsson, a.a.s. 294 ff. – Remissvaren finns samlade i prop 1978/79:195 bil. 2. Jfr även KU 1978/79:39.
106. Prop 1978/79:195.
107. Först nu grundlagsfästes således det s.k. uppenbarhetsrekvisitet. Se vidare kap. 18.1.2.
108. Jfr ovan kap. 15.1.3.
109. Förutom att ordföljden kastades om tillades här orden »för förlusten». Skillnaden i sak var minimal, vilket utredningen själv påpekat (se SOU 1978:34 s. 167 f). På denna punkt förekom därför viss remisskritik; se Algotsson s. 287 ff och prop 1978/79:195 bil. 2 s. 79 f.

Det säger sig självt att den enighet som uppnåddes var av stor betydelse, eftersom den gällde frågor som utretts i cirka fyrtio år, frågor som de tidigare utredningarna inte kunnat lösa.

16.5 1990-talets förstärkningar av rättighetsskyddet

Efter 1970-talets reformer kom rättighetsskyddet inte att utredas förrän 1992, då FRK tillsattes med hovrättspresidenten och förre justitieministern Carl-Axel Petri som ordförande. Kommittén fick bl.a. i uppdrag att utreda frågan om grundlagsskydd för äganderätten, närings- och yrkesfriheten samt lagprövningsrätten. På den senare punkten menade föredragande statsrådet i direktiven att RF 11:14 gav uttryck för en alltför restriktiv syn och inte var tillfredsställande utformad, varför kommittén borde undersöka om uppenbarhetskravet kunde tas bort.[110]

FRK föreslog i sitt betänkande[111] att 2:18 även skulle omfatta rådighetsinskräkningar avseende mark och byggnader samt också innehålla ett grundlagsskydd för allemansrätten, att ett principiellt skydd för närings- och yrkesfriheten (liksom för samernas renskötsel) skulle införas samt att rätten till grundläggande skolutbildning (dvs grundskoleutbildning) skulle grundlagsfästas. Vidare föreslogs att ECHR skulle införlivas i svensk rätt. Beträffande lagprövningsrätten föreslogs emellertid, trots de ovanligt tydliga direktivuttalandena, ingen annan förändring än att lagprövningen också skulle innehålla en prövning gentemot ECHR. Förslagen kom också att genomföras.[112]

16.6 Europakonventionens ställning i svensk rätt

I Sverige råder traditionellt en dualistisk syn på förhållandet mellan folkrätt och inomstatlig rätt. Av Sverige ratificerade internationella konventioner blir därför inte gällande som inomstatlig svensk rätt förrän de på något sätt införlivas i den nationella rättsordningen.[113] Sverige ratificerade ECHR redan 1951.[114] Eftersom konventionen inte införlivades i svensk rätt var den dock inte tillämplig som svensk rätt. Konventionens regler kunde inte åberopas av svenska medborgare inför svenska domstolar och myndig-

110. SOU 1993:40 A bil. 1.
111. SOU 1993:40.
112. Se närmare om de grundlagsändringar som förslagen ledde till ovan i 14.1.1-2 samt nedan i 18.2.5.
113. Jfr ovan kap. 1.4.2.2 om skillnaden mellan dualism och monism samt om olika former för införlivande.
114. Se prop 1951:165.

heter. Att detta var rådande rättsläge bekräftades i några avgöranden från HD och RegR i början av 1970-talet.[115]

Härmed var dock inte frågan om svensk rätts **förenlighet** med ECHR besvarad. Påfallande är att denna fråga inledningsvis överhuvudtaget inte tycks ha betraktats som problematisk; i den proposition som föregick ratificeringen av ECHR uttalade departementschefen efter en genomgång av konventionens innehåll kort att de i denna upptagna rättigheterna inte innebar något hinder för Sverige att ansluta sig till konventionen.[116] Därefter följde en kortfattad genomgång av svensk rätt avsedd att visa att denna med god marginal uppfyllde kraven i ECHR. Med detta *konstaterande av normharmoni* ansågs uppenbarligen ämnet vara uttömt.

Detta var givetvis en förenkling av problematiken, vilket så småningom skulle visa sig.[117] Inledningsvis förde dock ECHR en undanskymd tillvaro i svensk rätt, vilket kan ha berott på Uppsalaskolans dominerande ställning i svensk rättsteori, som ledde till att den naturrättens renässans under efterkrigstiden vilken ECHR är ett uttryck för aldrig slog rot i Sverige[118], i förening med den omständigheten att Sverige inte erkände Europadomstolens jurisdiktion förrän 1966.[119] Även sedan domstolens jurisdiktion erkänts dröjde det emellertid länge tills konventionsorganens verksamhet blev allmänt känd i Sverige. Vändpunkten härvidlag måste dateras till början av 1980-talet, då framförallt den fällande domen mot Sverige i Sporrong-Lönnrothmålet bidrog till en kraftig ökning av antalet svenska klagomål inför konventionsorganen.

De viktigaste avgörandena i ECtHR som rört Sverige har behandlats ovan i kap. 12. Det inte obetydliga antalet fällande domar mot Sverige får antas vara ett av de främsta skälen till att ECHR så småningom verkligen införlivades i svensk rätt. Vad som är av visst intresse i detta sammanhang är att HD redan före införlivandet av ECHR i ett antal avgöranden sedan slutet av 1980-talet visade en starkt ökad benägenhet att försöka tolka svensk lag så att varken konventionen eller Europadomstolens praxis överträddes.

115. NJA 1973 s. 423 och RÅ 1974 s. 121, se även AD 1972:5. Justitieministern uttalade i prop 1973:90 s. 195 att ECHR och andra rättighetskonventioner inte lämpade sig för en direkt tillämpning inför svenska domstolar och myndigheter. Ett införlivande av konventioner av detta slag skulle enligt justitieministern kunna leda till osäkerhet om vad som gällde i detalj på olika rättsområden. Den analys som påståendet bygger på förefaller inte ha varit särskilt djuplodande.
116. Se prop 1951:165 s. 11. Jfr Danelius, Europadomstolen och den svenska rättsordningen, SvJT 1989 s. 654: »Allmänt sett kan man nog säga att propositionen genomsyras av tanken att Sverige borde visa god vilja och medverka till genomförandet av en internationell överenskommelse som tog sikte på att förbättra rättsförhållandena i andra länder än vårt eget.»
117. Ett av de mycket få exemplen – kanske det enda – på insikten att det inte var alldeles säkert att den svenska rättsordningen på varje punkt harmonierade med ECHR finns i en motion från 1951 av Nils Herlitz (Mot. 1951:459, FK). Herlitz önskade en utredning om svensk rätts förenlighet med konventionen och uppmärksammade bl.a., vilket var framsynt, problemet med att svensk rätt inte medgav domstolsprövning i flera fall, där beslut meddelades av regeringen. Riksdagen borde enligt Herlitz i samband med godkännandet av konventionen uttala sig för en utveckling av svensk rätt »i riktning mot de i övrigt för de europeiska staterna gemensamma rättsstatsideal» som konventionen åsyftar att säkerställa. – Att det långt in på 1970-talet var en allmän uppfattning i politiska kretsar i Sverige att svensk rätt med lätthet uppfyllde konventionens krav har f.ö. långt senare bekräftats av Carl Lidbom, Lagstiftningsmaktens gränser, JT 1993/94 s. 284.
118. Se ovan kap. 2.4.1-2 samt nedan i 16.7.
119. Prop 1966:33.

I det två avgörandena om den s.k. kommunarrestens grundlagsenlighet, NJA 1989 s. 131 och 1990 s. 636, diskuterade HD respektive hovrätten kommunarrestens förenlighet inte bara med 2:9 RF utan även med ECHR och Europadomstolens praxis.[120] Därutöver märks ett antal fall där HD låtit dessa rättskällor influera tolkningen av olika processuella stadganden. I NJA 1984 s. 903 godtog inte HD en dom som meddelats i den tilltalades utevaro som grund för utlämning. Utgången motiverades bland annat med hänvisning till art. 6 st. 3 i ECHR. I NJA 1988 s. 572 undanröjde HD en hovrättsdom och återförvisade målet till hovrätten på grund av att muntlig förhandling i brottmålsrättegången inte hållits där. Den tilltalade, som bestred ansvar, hade inte heller hörts i tingsrätten. Bevisningen i målet utgjordes huvudsakligen av hans egna uppgifter. Beslutet motiverades emellertid främst med att ECtHR kort tidigare ansett det strida mot art. 6 att ett brottmål avgjordes utan huvudförhandling.[121] Likartad blev bedömningen i NJA 1991 s. 188, där frågan gällde huruvida muntligt förhör skulle hållas i hovrätten vid besvär över fastighetsförsäljning vid offentlig auktion. Även här hänvisade HD till ett mål där Sverige nyligen fällts i ECtHR.[122] I NJA 1991 s. 512 (I) ändrade HD hovrättens fällande dom i ett narkotikamål på grund av att bevisningen i huvudsak var ett vittnesmål från en person som inte hördes inför rätten, vilket i ljuset av Europadomstolens praxis ansågs strida mot art. 6. I ett parallellfall återförvisades målet till hovrätten av liknande skäl, vilket även inträffade i NJA 1992 s. 532.[123]

Dessa avgöranden visar att HD redan före införlivandet av konventionen var tämligen angelägen om att tolka svensk rätt så att konventionen inte träddes för när. Dock var det före den 1 januari 1995 i princip inte möjligt att inför svenska domstolar och myndigheter åberopa konventionens regler, varför införlivandet åtminstone har en stor formell betydelse för konventionens tillämplighet i svensk rätt.

16.7 Idéarvets betydelse. Reflexioner om den svaga svenska rättighetstraditionen

I den mer polemiskt inriktade rättspolitiska debatten påstås inte sällan att rättigheternas svaga ställning på någon viss punkt i den svenska rättsordningen ytterst beror på Uppsalafilosofins skadliga inflytande. I praktiken är något sådant givetvis ytterst svårt att leda i bevis. Framförallt bör man enligt min mening vid diskussioner kring dessa frågor hålla i sär några olika faktorer. Frågan om Uppsalafilosofin inspirerat och kanske utnyttjats i den politiska argumentationen av det under lång tid statsbärande socialdemokratiska partiet[124] bör t.ex. skiljas från den ofta politiserade debatten om lagprövningens roll och filosofins möjliga inverkan på domstolarnas ovilja att befatta sig med lagprövning, liksom från det faktum att medvetenheten om idéarvet från upplysningstiden och revolutionerna i USA och Frankrike rent allmänt alltid tycks ha varit tämligen svag i Sverige.[125]

120. Se nedan kap. 18.3 på s.
121. I Ekbatani v. Sweden, dom 26 maj 1988, Series A No. 134.
122. Håkansson & Sturesson v. Sweden, dom 21 februari 1990, Series A No. 171. Jfr även NJA 1992 s. 363, 1993 s. 111, och 1994 s. 290, där liknande bedömningar gjordes.
123. I NJA 1994 s. 657 har däremot HD gjort en anmärkningsvärt restriktiv tolkning av art. 6 ECHR och dess tillämplighet i svensk rätt. Se för kritik häremot Lavin, Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen, JT 1994/95 s. 731-737.
124. Se för litteratur härom förutom Källströms arbeten bl.a. Fredrik von Baumgarten, Det idéhistoriska perspektivet, i Sporrong-Lönnroth – En handbok, Stockholm 1985 s. 227-258.
125. Även om detta arv i någon mån möjligen påverkade utformningen av GRF, påverkade det knappast dess rättighetsregel, § 16; jfr ovan i 16.2.

Detta senare fenomen kan förklaras på flera olika sätt, t.ex. med en lätt antiindividualistisk tradition i det svenska samhället.[126] Det är hursomhelst intressant att rättighetsbaserad argumentation tycks ha varit mycket ovanlig vid svenska domstolar även efter demokratins genomförande[127], liksom att Sverige ideologiskt knappast alls berördes av den renässans för naturrätten som i så hög grad präglade Europa efter andra världskriget.[128] Vidare finns, vilket delvis torde ha framgått i detta kapitel, i grundlagsförarbeten som rört förstärkningar av rättighetsskyddet en lång tradition av principuttalanden vilka snarare velat nedtona än framhäva rättigheternas rättsliga betydelse.[129] Redan 1941 uttalade sålunda den Tingstenska utredningen att den »starkt påverkats av synpunkten att författningens föreskrifter icke böra alltför starkt binda statsmakternas handlingsfrihet». Regleringen av de medborgerliga fri- och rättigheterna fick nämligen inte ges »en så absolut och ovillkorlig karaktär, att hinder uppstå för de ökade statsingripanden och de intrång i den enskildes frihet och självbestämningsrätt, som under särskilda förhållanden kunna vara erforderliga».[130] Möjligheten att statsmakterna vid behov verkligen kan inskränka rättigheterna tycks här vara viktigare än att rättigheterna erhåller ett starkt skydd gentemot staten. När FRK ett drygt halvsekel senare föreslog att ECHR skulle införlivas med svensk rätt motiverades detta bland annat med det rent funktionella argumentet att konventionen är tillämplig inom EG-rätten, varför en haltande situation, där den gällde på vissa områden men inte på andra, kunde bli följden om den inte införlivades.[131] Motivuttalandena i övrigt präglas främst av en enastående oklarhet om konventionens ställning i förhållande till lagar som antagits efter den 1 januari 1995 och tycks främst syfta till att minska konventionens reella betydelse vid lagprövning.[132] Här är det enligt min mening befogat att tala om en svensk tradition, åtminstone från politiskt håll, av motvilja mot att tillerkänna rättigheterna reell rättslig vikt, som i sin tur får antas ha påverkat domstolarnas hållning i lagprövningsfrågor.[133]

Frågan om Uppsalafilosofins direkta inflytande på den svenska statsrätten är något mer svåranalyserad. Att Uppsalafilosofin tidigt inspirerade och på många sätt var användbar för den svenska socialdemokratin i dess politiska strävanden får numera anses vara klarlagt. Läran var en del av själva den tidsanda i vilken välfärdsstaten växte fram, men detta säger inget om dess konkreta rättsliga inflytande i olika skeden. Av Uppsalafilosoferna var främst Lundstedt verksam inom det socialdemokratiska partiet, men hans politiska inflytande tycks ha varit begränsat.[134] Betydligt större inflytande på utveck-

126. Se t.ex. Zaremba, a.a.
127. Vilket belyses av de mycket få lagprövningsfallen i svenska domstolar vid denna tid; se kap. 18.1.1.
128. Jfr kap. 2.4.1. Se även Alvar Nelson, Rättsvetenskapen i dagens samhälle, i Festskrift till Karl Olivecrona, Stockholm 1964 s. 462: »Man kan i dessa moderna rättighetsförklaringar se ett återvändande till naturrättsliga föreställningar eller nöja sig med att antaga, att föreställningarna ha sin rot i ett moraliskt postulat om varje enskild människas värde. Dessa samtidens principiella dokument ha i vårt välfärdssamhälle knappast tagits på allvar.»
129. Se även kap. 17.1.1, 18.1.2 o. 18.4.
130. SOU 1941:20 s. 15.
131. Se SOU 1993:40 A s. 24.
132. Se närmare kap. 18.2.5.
133. Jfr Smith, Høyesterett og folkestyret s. 55: »Kontinuiteten i den svenske forfatningsutvikling gir en viktig del av bakgrunnen for å forstå den senere utvikling av den høyeste domsmaktens stilling i Sverige.»
134. Se t.ex. Källström, En filosof i politiken.

lingen hade Undén, men denne var å andra sidan ingen Hägerströmlärjunge.[135] Detta hindrar dock inte att han i praktiken kan ha haft en likartad syn på juridiska frågor som t.ex. rättigheternas ställning.[136] Undén bidrog personligen mycket starkt till att Sverige inte godtog Europadomstolens jurisdiktion förrän 1966 och kände uppenbarligen en stark motvilja mot domstolens verksamhet.[137] Denna hållning kan ha påverkat andra socialdemokratiska politikers syn på ECHR.[138] Att härav dra slutsatsen att Uppsalafilosofin är **ansvarig** för någon viss tendens i svensk statsrätt är dock vanskligt; den svaga svenska rättighetstraditionen har sannolikt andra huvudorsaker. Dock torde rättsrealismen ha förstärkt en idétendens som länge varit tydlig i svenskt rättsliv.

135. Jfr Källström, a.a.s. 33.
136. Jfr Strömholm i Strömholm/Svante Nycander, Makten över rätten – fjorton brev om juridik och politik, Stockholm 1991 s. 69 f.
137. Se t.ex. Om FN:s och Europarådets domstolar, SvJT 1963 s. 657-661. Se beträffande Undéns inflytande bl.a. Love Kellberg, Den svenska inställningen till Europarådsdomstolen för mänskliga rättigheter, i Festskrift till Lars Hjerner, Stockholm 1990 s. 299-309. En jämförelse med förhållandena i Frankrike är här av intresse. I Frankrike erkändes den individuella klagorätten till ECtHR först den 2 oktober 1981, då en socialistregering kommit till maken. Se ovan i 8.6 n. 120.
138. I en riksdagsdebatt den 9 december 1971 om ändringar i bygg- och expropriationslagstiftningen betecknade t.ex. Carl Lidbom ett remissyttrande från Svea HovR, där den föreslagna lagstiftningens förenlighet med ECHR ifrågasattes, som »dumheter»: »Det yttrandet av Svea Hovrätt är i sak fel, och det är ett misstag från hovrättens sida...jag tror att det är ett yttrande som Svea hovrätt helst glömmer.» Se prot. 1971:143 s. 147-48.

17 Hinder för rättighetsbegränsande lagstiftning

17.1 Lagrådet och andra formella hinder

17.1.1 Minoritetsskyddsregeln i Regeringsformen 2:12 st. 3

Den regel i RF 2:12 st. 3 enligt vilken ett förslag till rättighetsbegränsande lagstiftning, på yrkande av minst tio riksdagsledamöter skall vila i minst tolv månader från det att utskottsyttrandet över förslaget första gången anmäldes i kammaren, såvida det inte omedelbart antas av en kvalificerad majoritet om lägst 5/6 av ledamöterna, har från rent rättsteknisk synpunkt genomgåtts ovan i kap 15.1.3. I detta avsnitt är avsikten i stället att försöka analysera regelns praktiska betydelse för rättighetsskyddet.

Lagrummet har på denna punkt kommenterats sparsamt i doktrinen[1] och knappt heller berörts i förarbetena. Regeln är i likhet med många andra bestämmelser i 2 kap. RF en kompromiss mellan de olika partierna; m och fp hade under hela 1970-talets reformarbete drivit kravet att rättighetsbegränsande lagar endast skulle kunna antas av en kvalificerad majoritet i riksdagen, vilket c och s (samt vpk) bestämt motsatte sig. Kompromissresultatet blev således att en minoritet om 1/6 av riksdagsledamöterna kan driva igenom ett ettårigt uppskov med lagens antagande. Justitieministern hävdade visserligen inför antagandet av bestämmelsen att förslaget innebar »en väsentlig förstärkning av rättighetsskyddet»[2], men motiveringen härtill var främst att uppskovsförfarandet möj-

1. Jfr dock Petrén/Ragnemalm s. 69: »Såväl de allmänna som de speciella begränsningsföreskrifterna är relativt vagt utformade och tillåter skiftande tolkningar. De har därför från praktisk synpunkt ett begränsat värde som skydd mot intrång.» En kritisk värdering av lagrummet finns i Göran Regner, Mänskliga rättigheter – räcker andra kapitlet regeringsformen?, SvJT 1987 s. 681-82. Regner konstaterade, mot bakgrund av att minoritetsskyddsregeln 1987 ännu bara hade kommit till användning vid ett tillfälle, att det kunde ifrågasättas om den hade något egentligt värde för rättighetsskyddet: »Risken finns att man tillskapar krångliga system som utan att ge några vinster för rättigheterna innebär onödiga procedurer och försvårar genomförandet av angelägen lagstiftning som det i riksdagen råder stor enighet om.» Även om Regners kritik får ses mot bakgrund av att han överhuvudtaget tycks skeptisk till värdet av formella rättsliga garantier för de medborgerliga rättigheterna (»(N)är man diskuterar behovet av grundlagsskydd för medborgerliga fri- och rättigheter bör man hålla i minnet att enighet har rått om att det starkaste skyddet för sådana rättigheter ligger i det demokratiska systemet som sådant...»), berör han här otvivelaktigt en central fråga i sammanhanget, nämligen huruvida minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 3 i praktiken överhuvudtaget bidrar till att skydda de medborgerliga rättigheterna. (Vad gäller Regners attityd till lagprövning och konstitutionella rättighetsgarantier kan f.ö. också hänvisas till ett uttalande anfört i den av Rättsfonden utgivna Domstolarna och rättsutvecklingen, Stockholm 1989 s. 107: »I och för sig tycker jag att med det system vi har – det står ju i regeringsformen att all offentlig makt utövas under lagarna – också domstolarna skall hålla sig inom lagarna och inte gå utanför dem, även om man tycker att lagarna är snåla mot den enskilde.»)
2. Se prop 1978/79:195 s.135.

liggjorde en allmän debatt om de vilande lagförslagen. Överhuvudtaget ses i motiven det faktum att minoriteten i riksdagen »bara» kan driva igenom ett uppskov av, men inte förhindra lagens antagande som en stor fördel med den valda utformningen.[3]

Syftet med minoritetsskyddet anges i förarbetena genomgående vara att möjliggöra debatt om lagförslagen, varvid de föreslagna rättighetsbegränsningarna bör kunna övervägas extra noga.[4] RSU betonade också att bestämmelsen borde främja samförståndssträvandena i riksdagen.[5] Om sedan RF 2:12 st. 3 **också** innebär en förstärkning av rättighetsskyddet så är detta enligt förarbetena i och för sig bra, men det är i så fall en indirekt bieffekt av regelns syften snarare än ett primärt mål med dess utformning.[6] Framförallt är det inte en omständighet som skall kunna inkräkta på majoritetens rätt att styra samhällsutvecklingen.[7]

Mot bakgrund av att minoritetsskyddsregeln på detta sätt i förarbetena tydligt angivits ha andra primära syften än att förstärka rättighetsskyddet, är det givetvis av intresse att undersöka hur bestämmelsen fungerat i praktiken. Har RF 2:12 st. 3 i någon reell mening gjort det svårare för lagstiftaren att begränsa de medborgerliga rättigheterna? Har regelns huvudsyften uppnåtts?

Bestämmelsen har hittills tillämpats vid fyra tillfällen. Första gången detta skedde var 1981, då tio riksdagsledamöter begärde att 1 § i ett framlagt förslag till lag om förbud mot spridning av filmer och videogram med våldsinslag (där spridning till allmänheten av filmer och videogram med råa våldsinslag kriminaliserades[8]) jämlikt 2:12 st. 3 skulle vila minst ett år. Vid omröstning om förslaget röstade 260 ledamöter för och 67 emot; eftersom fem sjättedels majoritet för förslaget således inte uppnåtts ankom det jämlikt 2:12 st. 5 på KU att pröva om 2:12 st. 3 var tillämpligt på 1 § i detta (övriga delar av förslaget godtogs). KU fann att förslaget innebar en begränsning av yttrandefriheten i

3. Ibid: »Eftersom en minoritet inom riksdagen bara kan få till stånd ett uppskov men inte hindra att ett förslag genomförs när den föreskrivna tidsfristen har gått ut, kommer det inte att ske *någon icke godtagbar politisk maktförskjutning från majoriteten till en minoritet.*» (Min kursivering) Se även SOU 1978:34 s. 51 f: »Den normala löpande reformverksamhet, som sedan länge spelar en huvudroll i de svenska statsmakternas arbete, får under inga omständigheter förhindras...Rättighetsskyddet bör därför utformas på sådant sätt, att majoritetens beslutanderätt bevaras oförkränkt, samtidigt som omsorgsfulla överväganden och möjligheterna till allmän debatt tillgodoses.»
4. Ibid samt KU 1978/79:39 s. 9 (»...det är sannolikt att den föreslagna ordningen kommer att få sin största betydelse som garant för att lagstiftningen på hithörande områden präglas av omsorg och nödig försiktighet enbart genom att den finns till och kan sättas i tillämplighet.»)
5. Ibid.
6. Jfr KU 1978/79:39 s. 9: »Även om förfarandet inte kommer att i praktiken tillämpas fullt ut annat än i vissa särskilda fall bör det sålunda enligt utskottets mening ändock få betraktas som en värdefull praktisk garant mot mindre väl överlagda rättighetsbegränsningar.»
7. Jfr KU, ibid: »Utskottet vill understryka...att den normala löpande reformverksamhet, som sedan länge spelat en huvudroll i de svenska statsmakternas arbete, under inga omständigheter får förhindras.» – Som Algotsson konstaterat (a.a.s. 250) innebär den valda utformningen av bestämmelsen att socialdemokraternas och centerns linje i 1970-talets reformarbete kan sägas ha segrat.
8. Förslaget hade följande lydelse: »Filmer och videogram med närgångna eller långvariga skildringar av att någon utsätts för rått eller sadistiskt våld får inte i yrkesmässig verksamhet eller annars i förvärvssyfte spridas till allmänheten genom saluhållning eller annat tillhandahållande eller genom visning, såvida spridandet med hänsyn till framställningens syfte och sammanhang samt omständigheterna i övrigt är uppenbart oförsvarligt.»

2:1 st. 1 p. 1, varför 2:12 st. 3 var tillämpligt.[9]

Det kan anmärkas att lagstiftaren i detta fall från början tycks ha varit medveten om lagens rättighetsbegränsande karaktär. Detta sågs emellertid inte som något större problem, eftersom riskerna för skadeverkningar av våldsframställningar i filmer ansågs utgöra sådana skäl som enligt RF 2:13 möjliggjorde begränsningar av yttrandefriheten.[10] Lagrådet fann att syftet att skydda främst barn från de extrema våldsskildringarnas skadeverkningar var godtagbart i ett demokratiskt samhälle jämlikt 2:12 st. 2, men ifrågasatte däremot om begränsningen av yttrandefriheten inte gick längre än nödvändigt med hänsyn till detta syfte, eftersom även spridning av våldsfilmer till vuxna omfattades av förslaget.[11] KU viftade mer eller mindre bort lagrådets invändningar och föreslog att förslaget skulle antas i sitt ursprungliga skick.[12] Tillfrågat om huruvida 2:12 st. 3 var tillämpligt på 1 § i förslaget, fann dock utskottet att så var fallet. När förslaget hade vilat ett år framlade KU, i enlighet med RO 4:8, ett nytt betänkande, där majoriteten föreslog att det vilande förslaget skulle antas i oförändrat skick.[13] Så skedde också.

Därefter har 2:12 st. 3 tillämpats vid två tillfällen i slutet av 1980-talet samt en gång 1994. De första fallen gällde ett förslag till lag om skydd för företagshemligheter samt vissa bestämmelser i den 1989 antagna utlänningslagen.

I det förra fallet föreslog LU att riksdagen skulle anta ett av utskottet framlagt förslag till lag om skydd mot företagshemligheter.[14] 19 riksdagsledamöter begärde i maj 1989 att förslaget jämlikt 2:12 st. 3 skulle vila i minst tolv månader, varefter riksdagen den 10 maj 1989 beslöt att hänvisa förslaget till KU för prövning jämlikt 2:12 st. 5. KU fann att vissa av den föreslagna lagens bestämmelser (3-4 §§ med straffbestämmelser för företagsspionerі och olovlig befattning med företagshemlighet samt vitesbestämmelser i 11 och 13 §§, enligt vilka den som »angripit en företagshemlighet» vid vite kunde förbjudas att utnyttja eller röja hemligheten) begränsade yttrande- och informationsfriheten, varför 2:12 st. 3 var tillämpligt på dessa.[15] Beträffande övriga delar av förslaget inhämtade KU lagrådets yttrande om minoritetsskyddsregelns tillämplighet. Lagrådet fann att ytterligare bestämmelser (1-2 §§, 8 §, 12 §) av närmast rättstekniska skäl kom att omfattas av denna[16], varefter riksdagen beslöt att förslaget i dess helhet skulle återförvisas till LU.

LU hemställde när ett år förflutit att riksdagen skulle anta det bordlagda förslaget, vilket också blev fallet.[17]

Denna lag, allmänt benämnd *Lex Bratt*, var framförallt innan den antogs – och innan

9. KU 1980/81:29.
10. Se prop 1980/81:176 s. 33 (där det dock ej anges vilket rekvisit i 2:13 antagandet stöds på).
11. Lagrådet föreslog därför att den sista satsen i bestämmelsen skulle omformuleras till »såvida inte spridandet med hänsyn till omständigheterna är försvarligt»; se KU 1980/81:28 bil. 3. Se beträffande lagrådets bedömning av huruvida särskilt viktiga skäl förelåg nedan s. 642 f.
12. KU 1980/81:28 s. 7 ff. KU menade att endast ett förbud mot kommersiell spridning till alla, oavsett ålder, gjorde det möjligt att få bort de grövsta våldsskildringarna från marknaden och därför var nödvändigt för att skydda barnen (varför begränsningen således inte gick längre än nödvändigt med hänsyn till syftet).
13. KU 1981/82:38.
14. LU 1988/89:30. En översikt över lagstiftningsproceduren i detta ärende ges av Reinhold Fahlbeck i Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet, Stockholm 1992 s. 16.
15. KU 1988/89:40.
16. Yttrande den 30 maj 1989, i KU 1988/89:40.
17. LU 1989/90:37. Se lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

den vilade – mycket omdiskuterad och ifrågasatt i den allmänna debatten. Orsaken härtill var främst att de gärningar den kriminaliserar ansågs innefatta den typ av avslöjanden som en vid Bofors anställd tjänsteman, Ingvar Bratt, gjort om företagets olagliga vapensmuggling.[18] I debatten framhölls att avslöjanden av detta slag inte sällan kan vara samhällsnyttiga, varför en kriminalisering framstod som både onödig och orättfärdig. I LU:s förslag, som således antogs av riksdagen, gjordes emellertid den väsentliga modifieringen av regeringens ursprungliga förslag[19] att det i 2 § klargörs att lagen endast omfattar **obehöriga** angrepp på företagshemligheter, till vilka avslöjande av brott inte räknas.[20] Denna ändring av regeringsförslaget fanns dock redan i LU:s ursprungliga förslag och hade således inget samband med KU:s konstaterande att lagen begränsar yttrande- respektive informationsfriheten. Den utökade debattid om ett år som bordläggandet av förslaget medförde fick således inga rättsliga konsekvenser.[21]

Nästa gång 2:12 st. 3 tillämpades gällde det utlänningslagen (1989:529). Denna antogs 1989, med undantag för bestämmelserna om kroppsvisitation (5:2), kvarhållande för utredning (6:1) och tagande i förvar (6:2-4). Sedan yrkanden väckts i riksdagen om att förslaget i dessa delar borde vila minst ett år, inhämtade SfU KU:s utlåtande om huruvida 2:12 st. 3 var tillämpligt. KU fann att så var fallet, eftersom bestämmelsen om kroppsvisitation begränsade skyddet bland annat mot just kroppsvisitation i RF 2:6 och bestämmelserna om kvarhållande och förvarstagande begränsade skyddet mot frihetsberövande i 2:8; som KU konstaterade är utlänningar enligt RF 2:20 (nuvarande 2:22) st. 2 p. 3-4 likställda med svenskar i fråga om dessa rättigheter (såvida icke annat stadgas i lag).[22] När vilotiden gått till ända återkom SfU med en hemställan om att de regler som vilat skulle antas av riksdagen.[23] Så skedde också denna gång.

Det senaste tillfället då 2:12 st. 3 tillämpades var hösten 1994, då KU utnyttjade sin initiativrätt (jfr RO 3:7) till att föreslå en tidsbegränsad lag om att det till utgången av år 1995 inte skall meddelas några nya tillstånd att sända lokalradio enligt lokalradiolagen (1993:120). Bakgrunden härtill var att bestämmelserna i lokalradiolagen, enligt vilka erforderliga tillstånd att sända lokalradio i händelse av konkurrens skall säljas på auktion, enligt KU:s majoritet i praktiken inte lett till önskad mångfald och pluralism i lokalradion, utan i stället till att »den privata radion kommit att domineras av ett fåtal kapitalstarka kedjeföretag».[24] Syftet med lagen var att fortast möjligt hejda ägarkoncentrationen i lokalradion, så att lagstiftningens intentioner bättre skulle tas till vara. Den auktion

18. Jfr dock härtill Fahlbeck, a.a.s. 17.
19. Se prop 1987/88:155.
20. Dessutom preciserades i 3 § när brottet företagsspionerі är att betrakta som grovt, nämligen när »gärningen varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada».
21. Jfr Fahlbeck s. 18.
22. KU 1988/89 5y, i SfU 1988/89:22, bil. 2. – KU:s ställningstagande i frågan är knappast invändningsfritt, eftersom utlänningar på denna punkt enligt RF 2:22 (dåvarande 2:20) st. 2 endast är likställda med svenska medborgare om inte annat följer av särskilda föreskrifter i lag. En rimlig tolkning av detta stadgande i förening med 2:12 st. 3 måste vara att det är tveksamt om det senare lagrummet är tillämpligt då lagstiftaren föreslår rättighetsbegränsningar för utlänningar, vilka jämlikt 2:22 (20) vore godtagbara i redan gällande lagar. KU berörde dock inte alls denna aspekt i sitt yttrande (och inhämtade inte heller något yttrande från lagrådet).
23. Se SfU 1989/90:19.
24. Se KU 1994/95:25 s. 3.

som var planerad den 24 november 1994 skulle med förslaget ställas in, varefter en parlamentarisk utredning skulle se över hur tillståndsgivningen borde ske efter 1995 års utgång.[25] KU var enigt om att 2:12 st. 3 var tillämpligt på lagförslaget, men däremot avslog minoriteten av folkpartister och moderater lagen som sådan eftersom det kunde leda till att delar av landet blev utan lokalradio.[26] I likhet med lagrådet fann minoriteten också att det var tveksamt om förslaget var förenligt med YGL 3:2.[27] Vid omröstning i riksdagen den 23 november 1994 biföll 208 ledamöter förslaget, medan 102 röstade emot. Eftersom omedelbart antagande av lagen krävde 5/6 majoritet återförvisades förslaget till KU för att där vila minst tolv månader.[28]

Med reservation för det sistnämnda ärendet, där det i skrivande stund inte går att säga vad som kommer att ske vid tolvmånadersfristens utgång, kan konstateras att 2:12 st. 3 knappast haft någon väsentlig betydelse för rättighetsskyddet i Sverige. I samtliga de fall där en – i och för sig mycket liten[29] – minoritet av riksdagsledamöter framtvingat ett uppskov med lagens antagande har sedan riksdagsmajoriteten ändå antagit förslaget när uppskovsperioden tillryggalagts. Denna utveckling förefaller logisk vid beaktande av regelns utformning; i förarbetena betonades som vi sett särskilt att regeln inte skulle få inskränka majoritetens beslutanderätt, samtidigt som den valda tidsfristen om ett år medför att val normalt sett inte behöver hållas mellan det datum då förslaget först anmäldes i kammaren och den dag då tiden kan vara inne för den andra, slutliga omröstningen om det.

Det senaste ärendet skulle dock möjligen kunna ändra denna bild något, eftersom det i slutet av november 1995 lär vara meningslöst att lägga fram en lag om att inga tillstånd skall meddelas under resten av detta år; vad som då händer återstår att se. Det bör emellertid påpekas, som framgått ovan i avsnitt 15.1.3 in fine, att det betänkande som anmäls i kammaren efter uppskovstidens utgång kan innehålla vissa ändringar, vilka dock inte får vara större än att de ligger inom ärendets ram.[30] En ändrad tidsperiod, innebärande att förbudet mot utdelande av nya tillstånd i stället skall gälla till utgången av 1996, torde i och för sig ligga inom ärendets ram.[31]

Inte heller synes regelns huvudsyften, dvs att möjliggöra debatt om kontroversiella förslag och främja samförstånd i riksdagen, ha uppnåtts. Det enda av de fyra förslagen som verkligen kan sägas ha varit föremål för en intensiv debatt gällde lagen om skydd för

25. Ibid.
26. Ibid s. 7 f. Minoriteten betraktade f.ö. också det skedda som ett missbruk av utskottets initiativrätt, eftersom KU själv, när denna införts, anfört att den endast borde utnyttjas när politisk enighet föreligger (se KU 1970:27 s. 7).
27. Jfr ovan kap. 14.3. Se Lagrådets yttrande av den 16 november 1994 i KU 1994/95:25, bil. 3. Som framgått ovan i 14.3 avstyrkte lagrådet förslaget främst av den anledningen att det inte var utrett att de som under den föreslagna lagens giltighetstid kunde förväntas få tillstånd skulle vara så lierade med varandra att den med lokalradiolagen eftersträvade mångfalden och lokala förankringen inte skulle kunna uppnås. Hade sådan utredning förebragts hade lagrådet alltså kunnat godta förslaget.
28. Se Prot. 1994/95:28, 23 november 1994, Beslut KU 25.
29. Se för en jämförelse med vissa andra länder kap. 19.3.
30. Jfr SOU 1978:34 s. 81 f, prop 1978/79:195 s. 39, Grundlagarna s. 120-21 och Petrén/Ragnemalm s. 74.
31. RSU yttrade härom, att i fall ändringarna är så stora att det får anses föreligga ett nytt förslag så får ärendet vila i ytterligare tolv månader. Ett förslag av nu antytt slag kan dock inte betraktas som »nytt».

företagshemligheter, men i det fallet hade alltså det från rättssäkerhetssynpunkt viktiga tillägget till regeringens ursprungliga förslag gjorts redan innan lagförslaget kom att vila i ett år. I de övriga fallen kan ingen djupare debatt sägas ha ägt rum överhuvudtaget. Påfallande är också att den politiska oenighet som varit orsaken till att en minoritet yrkat på uppskov med antagandet av en lag (eller delar av en lag) i samtliga fall bestått även ett år senare.[32] Några stridande viljor eller motsatta uppfattningar har således inte – med reservation för att partierna närmade sig varandra rörande extremvåldsförbudet – sammanjämkats under den uppskovsperiod som är avsedd att möjliggöra en noggrannare genomlysning och prövning av kontroversiella och för enskilda individer ofta ingripande lagförslag.[33] Även här återstår att se om det senaste ärendet kan komma att ändra bilden något.

17.1.2 Lagrådet

17.1.2.1 LAGRÅDETS FUNKTIONER OCH VERKSAMHET. GRANSKNINGENS INRIKTNING

a. Inledning RF 8:18 har följande lydelse:

> För att avge yttrande över lagförslag skall finnas ett lagråd, vari ingår domare i högsta domstolen och regeringsrätten. Yttrande från lagrådet inhämtas av regeringen eller, enligt vad som närmare angives i riksdagsordningen, av riksdagsutskott.
>
> Yttrande av Lagrådet bör inhämtas innan riksdagen beslutar grundlag om tryckfriheten, eller om motsvarande frihet att yttra sig i ljudradio, television och vissa liknande överföringar, filmer, videogram och andra upptagningar av rörliga bilder samt ljudupptagningar, lag om begränsning av rätten att ta del av allmänna handlingar, lag som avses i 2 kap. 3 § andra stycket, 12 § första stycket, 17-19 §§ eller 20 § andra stycket eller lag som ändrar eller upphäver sådan lag, lag om kommunal beskattning, lag som avses i 2 eller 3 § eller lag som avses i 11 kap., om lagen är viktig för enskilda eller från allmän synpunkt. Vad nu har sagts gäller dock icke, om lagrådets hörande skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma. Föreslår regeringen riksdagen att stifta lag i något av de ämnen som avses i första meningen och har Lagrådets yttrande dess-

32. Jfr KU 1981/82:38, LU 1989/90:37 och SfU 1989/90:19. I det första fallet, rörande förbudet mot extremvåld på film och video, märks dock att moderaterna efter vilotidens utgång accepterade ett videovåldsförbud, men önskade införa ett särskilt ansvarssystem efter mönster av TF, med ansvarig utgivare och juryprövning vid rättegång om överträdelse av förbudet.
33. Det sagda utesluter givetvis inte att regeln indirekt kan ha haft betydelse för att främja konsensus mellan partierna, bl.a. genom att regeringen kan känna en viss motvilja mot att lägga fram lagförslag som den kan förutse inte kommer att omedelbart antas av riksdagen. Jfr Grundlagarna s. 119 och Vår författning s. 72. KU:s förre vice ordförande Bertil Fiskesjö menade vid ett samtal med mig den 17/8 1993 att han upplevde att såväl minoritetsskyddsregeln som möjligheten för en minoritet om 1/3 av riksdagsledamöterna att kräva folkomröstning i grundlagsfrågor (se 8:15 st. 3-4) inte sällan haft betydelse för att främja enighet mellan partierna i hithörande frågor. Han kunde dock inte ge något konkret exempel på när minoritetsskyddsregeln haft en sådan effekt. Beträffande folkomröstning i grundlagsfrågor är det däremot lätt att finna ett konkret exempel: Efter att ha återkommit till regeringsmakten 1982 avsåg socialdemokraterna att införa rösträtt i riksdagsval för utländska medborgare som uppfyllde kraven för rösträtt i lokalval, vilket krävt ändring av RF 3:2. När de borgerliga partierna tillkännagav sin avsikt att i så fall kräva folkomröstning om förslaget valde regeringen att avstå från planerna. Jfr kap. 15.2.

förinnan inte inhämtats, skall regeringen samtidigt för riksdagen redovisa skälen härtill. Att Lagrådet icke har hörts över ett lagförslag utgör aldrig hinder mot lagens tillämpning.

Lagrådets granskning skall avse

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

Närmare bestämmelser om lagrådets sammansättning och tjänstgöring meddelas i lag.[34]

Stadgandet ger i detta sammanhang upphov till en mängd frågor. Vad innebär det t.ex. att yttrande i vissa frågor »bör» inhämtas? Vilken betydelse har undantagen från huvudregeln, dvs de fall då yttrande inte bör inhämtas? Hur skall de allmänt hållna föreskrifterna i st. 3 om lagrådsgranskningens inriktning tolkas?

RF 8:18 är kort sagt ett komplext stadgande, som kan göras till föremål för omfattande studier.[35] I denna framställning måste emellertid vissa avgränsningar göras. För det första undersöks bara lagrådets verksamhet från och med 1980, då de nuvarande reglerna trädde i kraft. Inledningsvis ges visserligen en historisk bakgrund till den nu rådande ordningen, men någon anledning att fördjupa sig i lagrådets verksamhet enligt äldre bestämmelser, då förutsättningarna för granskningen var annorlunda, finns inte.[36] För det andra analyseras enbart lagrådets granskning av huruvida olika lagförslag inskränker de medborgerliga rättigheterna; tyngdpunkten i framställningen hänför sig således till st. 3 p. 1, dvs lagrådets prövning av hur lagförslag förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt. De frågor som därvidlag är särskilt angelägna att söka svar på är dels hur pass ingående och kritiskt lagrådet prövar regeringens förslag, dels vilken effekt lagrådets bedömningar har (haft).

Frågorna kan formuleras så här: **Vill** juristerna i lagrådet värna de medborgerliga rättigheterna i Sverige? Ser lagrådet detta som en av sina viktigaste uppgifter, som det städse vinnlägger sig om, även när den inte kan utföras utan att lagrådet tvingas ta ställning i politiskt kontroversiella frågor? Och **kan** lagrådet, med det nuvarande konstitutionella regelsystemet, värna rättigheterna? Rättar sig regering och riksdag efter lagrådets synpunkter? Även om varje undersökning av lagrådets verksamhet är behäftad med vissa särskilda svårigheter, t.ex. att lagrådet inte är bundet av tidigare yttranden och på grund av sin ständigt skiftande sammansättning inte på samma sätt som en domstol kan utveckla någon konsistent praxis, har en sådan undersökning en naturlig plats i denna avhandling, inte minst då mycket tyder på att lagrådets verksamhet ökar i betydelse och

34. Här avses Lag (1979:368) om lagrådet, där det bl.a. framgår att lagrådet består av högst fyra avdelningar om vardera tre (i särskilda fall fyra) ledamöter, vilka normalt tjänstgör i två år. – RF 8:18 fick denna lydelse vid grundlagsändringen 1979. Utformningen av bestämmelsen följde så gott som helt RSU:s förslag.
35. Den hittills mest ingående analysen av lagrådets verksamhet och ställning är Algotsson, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, Stockholm 1993.
36. Några få yttranden från 1970-talet, av principiell vikt, har dock inarbetats i texten.

en vetorätt för lagrådet framtonar som ett alternativ till utvidgad lagprövningsrätt för domstolarna.[37]

b. Historik Som nämnts ovan i 16.2 fick HD i 1809 års RF en starkare ställning än tidigare. Detta tog sig bl.a. uttryck i att domstolen tillerkändes en bestämd laggranskningsuppgift: Enligt § 87 GRF skulle HD alltid höras i lagstiftningsärenden rörande »allmän civil- och kriminal- samt kyrkolag» (men inte grundlag).[38] HD anses inledningsvis ha utövat sin laggranskning med stor återhållsamhet, en hållning som i viss mån ändrades vid 1800-talets mitt.[39] Det var emellertid inte därför, utan på grund av att HD på 1890-talet blev överbelastat med laggranskningsuppgifter och fick svårt att fullgöra sin huvudsakliga, dömande uppgift, som laggranskningen 1909 flyttades över till det nyinstiftade lagrådet, som bestod av tre justitieråd och ett regeringsråd vilka utsågs av respektive domstol.[40]

Förslaget om inrättande av ett lagråd mottogs i stort sett positivt både inom HD och i riksdagen. En av de få kritiska rösterna tillhörde justitierådet Ernst Trygger, en kring sekelskiftet välkänd konservativ profil, som menade att förslaget var så »främmande för den tanke som (låg) till grund för grundlagens bud om högsta domstolens deltagande i laggranskningen» att det vore bättre att helt befria HD från dess laggranskningsuppgift. Därest »justitieråden icke mäktade fatta sin uppgift högre, än att de nedsjönke till ett slags formsättare af justieministerns lagstiftningstankar», skulle följden bli »ett neddragande av den ställning, som bör tillkomma rikets högsta domare.»[41] Tryggers skepsis är särskilt intressant sedd i relief av justitieministerns motivering till införandet av lagrådet, nämligen att HD:s granskningsverksamhet varit den säkraste garantin för upprätthållandet av enhet och konsekvens i lagstiftningen, eller, med justitieministerns egna ord, »för bevarandet av vad i den svenska rätten är egenartat och värdefullt».[42] Trygger tycks här efterlysa ökad makt åt juristerna över lagförslagens utformning, medan justitieministern främst ser lagrådets – och tidigare HD:s – uppgift som rättsteknisk, som en garanti för att lagförslag håller god kvalitet. Diskussionen om huruvida lagrådets granskning bör vara renodlat juridisk eller ibland även måste beröra förslagens politiska grunder och konsekvenser har sedan följt lagrådet under i stort sett hela dess existens.

Lagrådets uppgift var enligt 21 § GRF att avge yttrande över de förslag till stiftande,

37. Se härom ovan i kap. 1.3. – Strömberg understryker att det är svårt att ge någon karakteristik av lagrådets insatser som övervakare av lagars grundlagsenlighet, p.g.a. att lagrådet har olika personsammansättning i olika ärenden och att garantier saknas för enhetlighet och konsekvens i bedömningen av olika lagförslag. Se Normgivningsmakten s. 212. Påpekandet är givetvis riktigt, men hindrar inte att en närmare granskning av de här angivna frågeställningarna ändå kan leda till vissa resultat och måste betraktas som meningsfull. Man måste dock vara medveten om att de nämnda omständigheterna gör det svårt eller omöjligt för lagrådet att utveckla någon »praxis» som i något avseende skulle kunna jämföras med en domstols. Vetorätt m.m. diskuteras de lege ferenda nedan i 19.4.
38. Se beträffande motsvarigheter till denna granskning i äldre grundlagar Modéer, Granskning eller prövning? s. 18 samt promemorian Ju 1969:14 s. 8.
39. Se närmare Modéer, a.a.s. 18 ff.
40. Det var i samband med att dåvarande hovrättspresidenten Hjalmar Hammarskjöld 1903 fick i uppdrag att utreda införandet av en högsta administrativ domstol som tanken att tillskapa en särskild instans för laggranskning, en sorts lagrevision, föddes. Hammarskjöld själv hade dock tänkt sig att uppgiften skulle delas mellan HD och den föreslagna, senare inrättade RegR. Se närmare Modéer, ibid samt Algotsson, a.a.s. 32 ff.
41. Prop 1908:37, Bil. C, s. 119 ff.
42. Prop 1908:37 s. 40.

upphävande, ändring eller förklaring av lagar eller författningar som regeringen överlämnat till det. Endast regeringen var behörig att inhämta lagrådets yttrande.

Enligt GRF omfattade lagrådets obligatoriska granskningsområde dels de lagar som enligt 87 § tidigare alltid skulle granskas av HD, dels viss annan lagstiftning som enligt särskilda bestämmelser i grundlagen skulle ske i den ordning som stadgades i 87 §.[43] Utanför det obligatoriska granskningsområdet (och därmed inom det *fakultativa* området) föll bland annat grundlag, kommunallag och skatteförfattningar. Avgränsningen mellan de obligatoriska och fakultativa områdena var dock tämligen oklar; bortsett från allmän civillag, som ansågs innefatta alla lagar vilka innebar väsentliga ingrepp i medborgarnas frihet och egendom, och allmän kriminallag, som avsåg straffrättsliga bestämmelser rörande brott av så allvarlig natur att fängelsestraff av viss längd ingick i straffskalan, rådde en viss osäkerhet om när lagrådsgranskning egentligen var nödvändig.[44]

Utvecklingen gick dock i riktning mot att flertalet nya lagar ansågs ligga inom det obligatoriska granskningsområdet. Lagrådet fick därigenom successivt allt fler lagar att granska, vilket var en av orsakerna till att den rådande ordningen kom att ifrågasättas.

Lagrådets existens ifrågasattes i riksdagen för första gången på 1920-talet. De kritiska rösterna kom undantagslöst från socialdemokratiskt håll; orsaken var främst att lagrådsgranskningen ansågs fördröja nödvändig lagstiftning, vilket enligt de motionärer som krävde lagrådets avskaffande var särskilt olyckligt på sociallagstiftningens område.[45] Samtliga motioner, också de som nöjde sig med att kräva att lagrådsgranskningen inte skulle omfatta lagförslagens »allmänna politiska grunder»[46] utan vara av »formell och lagteknisk natur»[47], avslogs av riksdagen. Beträffande granskningens inriktning uttalade KU:s majoritet 1926 följande:

> Enligt utskottets mening finnes ej skäl att vidtaga en sådan ändring i bestämmelserna om lagrådets kompetensområde, som i förevarande motioner påyrkas. Att uppdraga en bestämd gräns mellan formell och materiell laggranskning torde praktiskt ej låta sig göra. En juridisk granskning av ett lagförslag måste tydligen innefatta jämväl ett bedömande av rättsinnehållet. Redan på denna grund lärer en dylik begränsning av lagrådets prövning ej vara möjlig.[48]

43. Se om dessa bestämmelser Ju 1969:14 s. 2.
44. Problemet hängde samman med en allmän osäkerhet om innebörden av GRF:s normgivningsregler. Framförallt var det ofta oklart om nya lagar skulle antas enligt 87 §, med samstämmiga beslut av regering och riksdag och hörande av lagrådet, eller enligt 89 § med regeringen som ensam beslutande, utan skyldighet att inhämta lagrådets yttrande. Ibid s. 2 ff samt SOU 1963:17 s. 325-330.
45. Motioner om lagrådets avskaffande väcktes av Carl Lindhagen 1920, 1923, 1924 och 1927 samt av Torsten Nothjn m.fl. 1927. 1923 föreslog två socialdemokratiska KU-ledamöter en utredning i syfte att återföra laggranskningen till HD. Samma år föreslog de övriga socialdemokratiska KU-ledamöterna att lagrådet enbart skulle ägna sig åt »rent juridisk», »lagteknisk» prövning och inte gå in på förslagens »materiella tillbörlighet»; även om gränsen mellan formell och materiell granskning kunde vara svår att dra, så borde rent juridiska synpunkter inte sammanblandas med politiska uppfattningar. 1926 motionerade två socialdemokratiska riksdagsmän om att granskningen bara skulle bestå av juridik. Se närmare Algotsson, a.a.s. 35 ff.
46. Motion av S. Luterkort 1926 (Mot. 1926 I:218).
47. Mot. 1926 II:350.
48. KU 1926:16.

Lagrådets existens tycks senare aldrig ha ifrågasatts i officiella sammanhang.[49] Efter 1928 debatterades lagrådet överhuvudtaget inte i riksdagen under drygt två decennier.[50] 1949 väcktes emellertid från borgerligt håll två motioner som syftade till att **vidga** det obligatoriska laggranskningsområdet.[51] Motiveringen för motionärerna var denna gång en önskan att förstärka rättighetsskyddet; att lagrådet inte granskade grundlagar, kommunallagar och skatteförfattningar sågs som en brist.[52] KU avstyrkte motionen och anförde:

> Enighet torde numera råda om att lagrådets granskning icke bör omfatta lagförslagens allmänna politiska grunder utan uteslutande ägnas deras juridiska sida. Lagrådsgranskningens betydelse ligger i att de remitterade lagförslagen få en ur juridisk synpunkt tillfredsställande utformning.[53]

Som synes gjorde KU här en annan bedömning än 1926 beträffande möjligheterna för lagrådet att i granskningen skilja mellan juridik och politik.[54] Den uppfattning KU 1949 gav uttryck för skulle komma att dominera de följande decenniernas debatt.

Sedan ännu en motion om utvidgning av det obligatoriska granskningsområdet avslagits vid 1954 års riksdag, kom diskussionen om lagrådet under 1960-talet i viss mån att ändra karaktär. Till följd av en kraftig ökning av lagrådets arbetsbörda ändrades 1964 21 § i GRF så att lagrådet kunde arbeta på två avdelningar. Redan 1968 hade lagstiftningsaktiviteten ökat så kraftigt att ännu en (extra) avdelning inrättades. Lagrådet självt, som godtagit förslaget om två avdelningar, var tveksamt till denna ändring, eftersom det fanns en risk att alltför många justitie- och regeringsråd behövde tas i anspråk för lagrådsarbete. Regeringen betonade i propositionen att åtgärden var att se som ett provisorium och att en utredning påbörjats inom justitiedepartementet i syfte att nå en mer långsiktig lösning på lagrådets problem.[55]

Denna utredning, som leddes av lagrådets kanske främste vedersakare inom den dåvarande regeringen, Carl Lidbom, kom med sitt betänkande 1969. Utredningens drastiska förslag var att den obligatoriska lagrådsgranskningen helt borde avskaffas och att regeringen skulle få avgöra när lagrådet borde höras.[56] Som skäl anfördes förutom lagrådets arbetsbelastning oklarheten i de dåvarande reglerna om när lagrådet skulle höras, som kunde leda till att lagrådet aldrig yttrade sig om viktiga lagförslag men däremot fick granska åtskilliga förslag av begränsat intresse. En ökad flexibilitet i granskningen var

49. Däremot skall Carl Lidbom, drivande kraft bakom avskaffandet av den obligatoriska lagrådsgranskningen 1970, enligt Algotsson vid en intervju den 6/8 1984 ha yttrat: »Och jag som tänkte avskaffa lagrådet!» Se Lagrådet... s. 50 not 45. Lidboms nära medarbetare vid denna tidpunkt, sekreteraren i GLB, nuvarande kammarrättspresidenten N.O.Wentz uppgav för mig vid samtal den 10 mars 1995 att denna uppfattning stämmer med hans minnesbild; Lidbom ville helst avskaffa lagrådet, men lyckades aldrig föra in denna fråga i det pågående grundlagsarbetet.
50. Se Algotsson, a.a.s. 45.
51. Bägge motionerna väcktes av juristprofessorer, den ena (Mot. 1949 I:19) av folkpartisten Åke Holmbäck, den andra (Mot. 1949 I:159) av högermannen Nils Herlitz.
52. FU föreslog 1963 samma sak, se SOU 1963:17 s. 353 ff, ehuru utan framgång.
53. KU 1949:8.
54. Jfr Nils Stjernquist, Lagrådet i det konstitutionella reformarbetet, i Om lagrådsgranskning s. 35.
55. Prop 1968:15, se även Algotsson s. 49 f.
56. Ju 1969:14.

önskvärd. De gällande reglerna beskrevs som otidsenliga och irrationella.[57]

Förslaget genomfördes, trots kritik från vissa remissinstanser.[58] Utöver vad utredningen tidigare anfört motiverade justitieministern också nyordningen med principiella argument om lagrådets roll i ett parlamentariskt system:

> Enligt min mening är det inte förenligt med en fullt konsekvent parlamentarism att tillförsäkra ett organ som saknar parlamentarisk förankring en ovillkorlig rätt att yttra sig i lagstiftningsärenden. Lagrådets verksamhet är otvivelaktigt ofta värdefull som ett led i arbetet på att få fram fullgoda lagstiftningsprodukter. Det bör dock ankomma på regeringen att ensam avgöra hur dess förslag lämpligen bör förberedas och utformas. Regeringen har ansvar inför riksdagen men enbart inför riksdagen. En övergång till ett fakultativt system över hela lagstiftningsfältet är därför enligt min mening ett från principiella synpunkter viktigt steg.[59]

Justitieministern gick här längre beträffande lagrådets rätt att yttra sig i olika frågor än någon instans eller debattör tidigare gjort (med undantag för de socialdemokrater som på 1920-talet krävt lagrådets avskaffande); tidigare hade ofta hävdats att lagrådet inte borde yttra sig i politiska frågor, men justitieministern menade nu att lagrådet överhuvudtaget inte borde ha en ovillkorlig rätt att granska ens lagförslagens strikt juridiska sidor.[60]

Det var emellertid inte bara vissa remissinstanser som var kritiska mot förslaget. Samtliga borgerliga partier motsatte sig det, varför det ovanliga inträffade att en grundlagsändring genomdrevs mot en samlad opposition. De borgerliga partierna vidhöll sedan i arbetet med den nya grundlagen att en återgång till obligatorisk granskning på vissa områden vore lämplig. Detta blev dock aldrig GLB:s linje, utan den år 1971 införda ordningen med helt fakultativ lagrådsgranskning föreslogs av GLB bli införd i 8 kap. 18 § i den nya regeringsformen.[61] Som en kompromiss infördes dock regeln i RO 4:10 om att även 1/3 av ledamöterna i ett utskott kan begära att lagrådet skall höras (såvida inte utskottsmajoriteten fann att det dröjsmål som uppstod skulle leda till »avsevärt men»).

De borgerliga partierna lät sig inte nöja härmed. Samtliga borgerliga ledamöter i FRU

57. Ibid s. 56, 61.
58. Däribland RegR och HD, vilka betonade lagrådets betydelse för rättssäkerheten och fann det anmärkningsvärt att inga grundlinjer skulle anges i RF för när lagrådet borde höras. Även positiva remissinstanser fanns dock, t.ex. Hovrätten över Skåne och Blekinge, som menade att de nämnda farhågorna var överdrivna eftersom förslaget knappast skulle leda till att lagrådsremisser underläts helt så att lagrådsgranskningen föll ur bruk. »Det kommer alltid att finnas en hel del juridiskt intrikata och samtidigt politiskt tämligen indifferenta lagfrågor, för vars bedömande lagrådets uttalande är av stort värde.» Att lagrådsledamöterna alltjämt var garanterade ett antal stimulerande juridiska knäckfrågor med jämna mellanrum sågs tydligen som en tillräcklig garanti för att rättssäkerheten inte skulle hotas! Se närmare prop 1970:24 s. 29 ff.
59. Prop 1970:24 s. 37-38.
60. I sammanhanget kan nämnas att resultatet av reformen verkligen blev att lagrådsremissernas antal sjönk kraftigt. 1970 hade 60 propositioner granskats av lagrådet. Antalet sjönk sedan till 21 förslag 1971, 15 1972, 13 st 1973, 10 st 1974, 20 st 1975 och 11 år 1976. 1977, efter regeringsskiftet, granskade lagrådet 26 propositioner, 1978 21 st och 1979 23 st. 1981, efter grundlagsändringen, granskade lagrådet 55 propositioner, 1982 58 st och 1983 44 stycken. En kraftig uppgång i antalet lagrådsgranskningar blev således en omedelbar effekt av övergången till nuvarande regler.
61. RF 8:18 hade ursprungligen följande lydelse: »För att avge yttrande till regeringen över lagförslag skall finnas ett lagråd, vari ingår domare i högsta domstolen och regeringsrätten. Även riksdagsutskott får inhämta yttrande från lagrådet enligt vad som närmare angives i riksdagsordningen. Närmare bestämmelser om lagrådet meddelas i lag.»

krävde att förslag till rättighetsbegränsande lagstiftning skulle granskas av lagrådet. Utredningen valde dock att föreslå en förutsättningslös utredning om lagrådsinstitutet, mot bakgrund av erfarenheterna av den fakultativa lagrådsgranskningen. Vid riksdagsbehandlingen av FRU:s förslag 1976 höll de borgerliga partierna fast vid sitt krav, varvid den helt fakultativa lagrådsgranskningen överlevde först efter lottning.[62]

När de borgerliga partierna bildade regering 1976 var det följaktligen naturligt att en särskild lagrådsuredning tillsattes (Ju 1977:2). Utredningen hade direktiv att undersöka förutsättningarna för återinförande av någon form av obligatorium i lagrådsgranskningen.[63] Dess förslag gick ut på att knyta den obligatoriska granskningen till RF:s krav på lagform beträffande olika typer av regler (jfr t.ex. 8:2-3, 11:4). Utredningen konstaterade att den föreslagna lösningen inte medförde att det obligatoriska granskningsområdet avgränsades så »att all lagstiftning som lämpligen bör granskas av lagrådet innefattas, medan all annan lagstiftning faller utanför», men menade att en sådan lösning var omöjlig att finna och att det valda alternativet därför var det bästa.[64]

RSU valde emellertid en annan lösning. I stället för den »enumeration» som sades prägla lagrådsutredningens förslag fastnade utredningen för »en reglering med karaktär av principlösning». Fördelen med denna lösning, där det avgörande kriteriet för om lagrådet skulle höras över ett lagförslag inte var om förslaget hörde till en viss typ av föreskrifter utan om det fyllde »vissa på principiella grunder formulerade krav på exempelvis innebörd, räckvidd eller verkningar», sades vara att man kom ifrån enumerationssystemets stora nackdel, nämligen att det inte gick att undgå att också i sammanhanget mindre angelägna lagförslag kom att prövas av lagrådet. Kravet att regeringen alltid skulle motivera varför lagrådet inte hörts över ett förslag som det enligt 8:18 borde ha fått yttra sig om avsågs ge stadga åt den föreslagna metoden.[65]

Det egentliga skälet till att utredningen i stället för ett obligatorium föreslog detta mellanting mellan obligatorisk och fakultativ lagrådsgranskning[66] var naturligtvis att det gick att nå en kompromiss mellan de borgerliga partierna och socialdemokraterna om detta innehåll. En sådan överenskommelse lär ha varit särskilt välkommen, eftersom frågan om lagrådsgranskningens omfattning var den svåraste av alla för utredningen att lösa.[67] Utredningens uppfattning om det egna förslagets fördelar framför lagrådsutredningens bör därför kanske inte tas alltför bokstavligt. Under alla omständigheter förklarar kompromisskaraktären i förslaget – som sedan med smärre korrigeringar antogs[68] – till stor del varför RF 8:18 blivit ett så svåranalyserat stadgande.

62. Omröstning 4 juni 1976, Prot. 1975/76:150 s. 176 f.
63. Utredningens betänkande, DsJu 1977:10, återges som bil. 1 till RSU:s betänkande. Se SOU 1978:34 s. 235-321. Direktiven återges på s. 245-47.
64. Se SOU 1978:34 s. 285.
65. Se SOU 1978:34 s. 139 f. Dessutom betonades (s. 141) vikten av regeln i RO 4:10 st. 2 om att en utskottsminoritet kan begära att lagrådet skall höras. Det uttalades här att regeringen fick räkna med att underlåtenhet att inhämta lagrådets yttrande ofta kan resultera i att det beredande utskottet i stället föranstaltade därom samt att regeln om avsevärt men p.g.a. dröjsmål fick anses vara avsedd att förebygga ren obstruktion. Minoritetsskyddet i RO 4:10 har senare f.ö. förstärkts ytterligare med en skyldighet för utskottet att redovisa varför minoritetens begäran om ett lagrådsyttrande avslagits.
66. Jfr KU 1978/79:39 s. 15.
67. Jfr Algotsson, Medborgarrätten och regeringsformen, s. 261 vid not 44.
68. Bestämmelsen i 8:18 st. 2 in fine om att det aldrig är ett hinder mot tillämpningen av en lag att lagrådet inte hörts över lagförslaget lades till först vid utskottsbehandlingen av RSU:s förslag; se KU 1978/79:39 s. 16.

c. Närmare analys av Regeringsformen 8:18 Den första frågan som infinner sig vid läsning av 8:18 är kanske vad st. 2 i lagrummet egentligen betyder. Det troligen bästa försöket att förklara detta gjordes av RSU, som efter att ha gått igenom vilka regeltyper som täcks av lagrummet kommenterade innebörden:

> I fråga om alla dessa typer av föreskrifter skall enligt den föreslagna bestämmelsen göras en prövning av frågan om remiss till lagrådet. Mynnar prövningen av ett visst förslag ut i att den föreslagna föreskriften är viktig för enskilda eller från allmän synpunkt, skall förslaget primärt föras till granskningsområdet. Remiss till lagrådet bör i så fall göras, om inte någon av de två undantagssituationerna är för handen, dvs att lagrådets hörande skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller att remissen skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma.[69]

Med andra ord: Vissa typer av lagförslag **bör** granskas av lagrådet, förutsatt att de är viktiga för enskilda eller från allmän synpunkt. Detta gäller dock inte om lagrådets hörande antingen skulle sakna betydelse p.g.a. frågans beskaffenhet (dvs om lagförslaget är så okomplicerat att det inte behöver någon närmare juridisk granskning utöver den som får förmodas ha skett i regeringskansliet) eller **kraftigt** skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling. Som exempel på var gränsen för granskningsområdet kan gå anförde utredningen att ett straffrättsligt lagförslag som inte av någon annan anledning remitterats till lagrådet, knappast kunde anses vara viktigt för enskilda om maximistraffet inte översteg ett års fängelse.[70]

Vad gäller innebörden av att lagrådsyttrande »bör» inhämtas kan hänvisas till ett uttalande av justitieministern i propositionen om kungörande av lagar och andra författningar om att formuleringen »bör» i stället för »skall» kan användas när förhållandena är sådana att ett absolut krav inte kan uppställas; en bör-regel skall då »anses bindande i den bemärkelsen att det måste föreligga särskilda skäl för att avvikelse från regeln skall kunna anses tillåten».[71] Underlåtenhet från regeringens sida att höra lagrådet när inte någon av undantagssituationerna är för handen är således enligt denna definition otillåten.[72]

Det är naturligtvis fullt tillåtet för regering och utskott att inhämta lagrådets yttrande även i andra frågor än de som nämns i 8:18. En lagrådsremiss kan också begränsas på olika sätt, t.ex. till att gälla vissa delar av ett lagförslag eller blott någon av punkterna i 8:18 st. 3.[73]

69. SOU 1978:34 s. 142.
70. Ibid s. 143. Från verkligheten kan ett annat exempel ges: Lagrådet yttrade sig 20 december 1982 (prop 1982/83:84 s. 43 ff) om det mycket omdiskuterade förslaget till generalklausul mot skatteflykt. När lagens giltighetstid 1985 skulle förlängas med tre år bereddes lagrådet inte tillfälle att yttra sig, eftersom förslaget var av så okomplicerad beskaffenhet (vilket torde ha syftat på att förslaget inte innehöll något nytt i sak). Se prop 1985/86:49 s. 6: »Mitt förslag är av så okomplicerad beskaffenhet att lagrådets hörande skulle sakna betydelse.»
71. Prop 1975/76:112 s. 66.
72. I sammanhanget kan nämnas att KU i sina årliga granskningsbetänkanden inte sällan kritiserat regeringen för dess underlåtenhet att motivera varför lagförslag i ämnen som anges i 8:18 inte granskats av lagrådet. Se t.ex. KU 1983/84:30 s. 6. Med andra ord förekommer det att regeringen sätter sig över RF; när ett lagförslag rörande något ämne som nämns i 8:18 inte remitteras till lagrådet får det anses åligga regeringen att visa att något av undantagsfallen är för handen.
73. Jfr lagrådsutredningen i SOU 1978:34 s. 279 och Petrén/Ragnemalm s. 205.

På 1970-talet, när fakultativ lagrådsgranskning rådde, skedde s.k. underhandsgranskningar av lagförslagen, varvid dessa föredrogs av en departementstjänsteman och granskades av lagrådet **innan en färdig lagrådsremiss förelåg** (på grundval av t.ex. en stencil eller ett korrektur). Det skriftliga lagrådsyttrandet avgavs dock inte förrän den formella remissen inkommit till lagrådet. Denna ordning, som var konstitutionellt mycket tvivelaktig, blev så småningom föremål för åtskillig kritik; bland annat uttalade KU att **väsentliga** ändringar i förslagen aldrig fick ske på detta sätt, oavsett hur stora praktiska fördelar denna ordning kunde ha.[74] Nackdelarna med detta system var uppenbara: Lagrådet riskerade att dras in i det löpande departementsarbetet på ett sätt som stred mot RF, samtidigt som lagrådets arbete kom att ägnas förslag som inte var tillgängliga för allmänheten. I den mån departementet tog intryck av lagrådets underhandskritik och gjorde ändringar i förslagen gav inte lagrådsyttrandet en korrekt bild av vad som förevarit i ärendet.[75]

Sedan de nya reglerna i 8:18 trätt i kraft 1980 lämnade statsrådsberedningen i en promemoria vissa anvisningar om regeringskansliets kontakter med lagrådet, enligt vilka underhandsgranskning såvitt möjligt borde undvikas; departementets lagrådsremiss borde vara slutjusterad när föredragningen påbörjades och en eventuell underhandsföredragning fick aldrig leda till några väsentliga ändringar i regeringsförslaget.[76] 1983 fann emellertid KU vid en undersökning att underhandsföredragningar trots allt ägt rum i betydande omfattning under de två föregående åren, varför utskottet än en gång underströk vikten av att detta förfaringssätt undveks.[77] De följande åren noterade KU i sina årliga granskningsbetänkanden en kraftig nedgång av antalet underhandsföredragningar.[78]

Sedan problemet med underhandsgranskningar på basis av icke färdigställda lagrådsremisser således minskat eller närmast undanröjts, har intresset i stället koncentrerats till de kontakter mellan lagrådet och departementet som trots allt ännu äger rum innan lagrådet avger sitt yttrande. Vanligt är nämligen numera att lagrådsremissen föredras för lagrådsledamöterna av en departementstjänsteman, varvid olika frågor diskuteras mellan lagrådet och tjänstemannen. Ofta föreslår lagrådet redan på detta stadium mindre, redaktionella ändringar i lagtexten.[79] Om departementet godtar dessa ändringar tas de inte upp i lagrådets yttrande, utan tillkännages bara på det sättet att föredragande statsrådet i propositionen anmärker att vissa redaktionella ändringar bör göras i det av lagrådet granskade lagförslaget.[80] Efter denna föredragning utarbetar så lagrådet sitt yttrande. När ett utkast till yttrande är färdigt överlämnas detta till föredraganden. Syftet härmed är enligt justitierådet Knutsson »i första hand att få en kontroll av att lagrådet rätt har uppfattat det remitterade förslaget och lyckats klargöra sina egna synpunkter».[81]

Dessa kontakter mellan lagråd och departement diskuterades 1991 i Dagens Nyheter. Kjell Åke Modéer kritiserade det faktum att kontakter av detta slag regelbundet förekom dememellan, medan Bertil Bengtsson menade att detta »traditionella» arbetssätt erbjöd lagrådet de bästa möjligheterna att komma med konstruktiva förslag, eftersom lagrådets uppgift främst var att granska lagförslagen

74. KU 1978/79:30 s. 7 f.
75. Se vidare KU 1978/79:30 s. 8: »Lagrådet är enligt regeringsformen ett i förhållande till regeringen självständigt granskningsorgan. Avsikten är således inte, att det skall tas i anspråk för uppgifter som bör fullgöras på beredningsstadiet i departementet. Vidare är det enligt utskottets mening viktigt både för riksdagens och allmänhetens kontroll av regeringsarbetet, att lagrådets yttrande ger en riktig bild av vad som förekommit.» Jfr även DsJu 1977:10, i SOU 1978:34 s. 274 samt Petrén, Lagrådsintryck, SvJT 1980 s. 129 f.
76. Se KU 1979/80:50 s. 73 ff.
77. KU 1982/83:30 bil. 4 B.
78. Se t.ex. KU 1983/84:30, 1984/85:35, 1985/86:25, 1986/87:33, 1987/88:40 och 1988/89:30.
79. S.k. »blåkriteanmärkningar», att skilja från de »rödkriteanmärkningar» som lagrådet uttryckligen framför i sitt yttrande. Se justitierådet Anders Knutsson i Om lagrådsgranskning s. 86.
80. Regeringsrådet Bengt Wieslander hävdade 1987 att om lagrådet hade en annan uppfattning i **sak** än regeringen haft i remissen så kom detta alltid till uttryck i lagrådets yttrande. »Något som skulle kunna uppfattas som otillbörligt samarbete med regeringen förekommer alltså inte. Däremot försöker man alltså att resonera sig fram till *enighet om tekniska förbättringar.*» (Om lagrådsgranskning s. 99.) Jfr även KU-utfrågningen den 18 mars 1986 av justitieråden Hult och Höglund, KU 1985/86:25 s. 96.
81. A.a. Se om lagrådets arbetsformer även Algotsson, Lagrådet... s. 66.

från juridisk-teknisk synpunkt och denna granskning underlättades om lagrådet fick ta del av de juridiska »specialisternas» (varmed tydligen avsågs departementsjuristerna) reaktion.[82]

Algotsson menar i anslutning till denna debatt att det avgörande för om dessa kontakter mellan lagrådet och departementen är tvivelaktiga eller inte är vilken typ av frågor som behandlas. Så länge diskussionerna rör sig om juridisk-tekniska problem av detaljkaraktär är förhållandet föga betänkligt ur konstitutionell synvinkel, vilket däremot skulle kunna bli fallet om diskussionerna utvecklades – eller urartade – till en regelrätt förhandling mellan lagrådet och regeringen om lagförslagens utformning.[83] En annan reflexion som kan göras i sammanhanget är att dessa principiellt något tveksamma kontakter absolut inte bör vara mer omfattande än de praktiska hänsynen kräver; Bengtsson tycks snarast se dessa diskussioner som en juridiskt högst önskvärd företeelse, vilket trots de praktiska fördelar arbetssättet kan ge är en något märklig hållning.

Det berörda ämnet leder över till frågan vilken karaktär lagrådsgranskningen har respektive bör ha. Denna fråga kan angripas från två skilda utgångspunkter. Dels kan det analyseras vilken inriktning på lagrådsgranskningen 8:18 egentligen föreskriver, dels kan diskussionen röra den redan antydda frågan huruvida lagrådets granskning av lagförslag bör vara renodlat juridisk-teknisk, eller om det även finns utrymme för granskning av ett lagförslags (rätts)politiska implikationer. Här behandlas först den förra, strikt juridiska frågan.

Viss enighet tycks råda i doktrin och förarbeten om att lagrådet inte behöver inskränka sin granskning till att avse den föreslagna lagtexten, utan också bör beakta motiven (t.ex. uttalanden om de föreslagna bestämmelsernas innebörd, tillämpningsproblem m.m.). Vid prövningen av ett förslags grundlagsenlighet, måste hänsyn likaledes tas till ifrågavarande grundlagsregels syfte.[84] Sterzel menar att lagrådet dessutom har att beakta utvecklingen av konstitutionell praxis, en synpunkt som förefaller logisk.[85] (Detta torde dock inte innebära något stort merarbete för lagrådet, eftersom någon konstitutionell (rätts)praxis att tala om knappast utvecklats i Sverige sedan de nuvarande reglerna om lagrådsgranskning infördes.)

Förutsättningarna för granskningen regleras i 8:18, särskilt i st. 3.[86] Enligt p. 1 i detta stycke skall således lagrådet granska hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt. Petrén har med hänsyftning på 2 kap. RF påpekat att det faktum

82. Se Modéer, Regeringen påverkar Lagrådet, DN 2/5 1991 och Bengtsson, Låt Lagrådet diskutera med departementen, DN 27/5 1991.
83. A.a.s. 67 f.
84. Se lagrådsutredningen, SOU 1978:34 s. 280 respektive Bertil Bengtsson, Om lagrådsgranskningens gränser, FT 1984 s. 199.
85. Se Lagrådet och engångsskatten, i Om våra rättigheter III, Stockholm 1987 s. 124. Som exempel på denna typ av granskning kan främst nämnas yttrandet om den s.k. engångsskatten, i vilket Sterzel själv deltog. Se prop 1986/87:61 s. 82.
86. «Upphovet» eller ursprunget till den nuvarande utformningen av st. 3 tycks lustigt nog finnas i prop 1970:24, med förslaget till införande av fakultativ lagrådsgranskning. Justitieministern uttalade här (s. 35) att »(D)et är naturligt att lagrådet undersöker sådant som att den tekniska metod som har valts för att realisera ett lagförslags syften är ändamålsenlig, att olika regler i förslaget står i överensstämmelse med varandra och att förslaget passar väl in i rättsordningen i övrigt. Det ligger också nära till hands för lagrådet att uppmärksamma svårigheter som kan uppkomma vid tillämpningen av en ny lagstiftning och göra klarläggande uttalanden om hur dessa skall bemästras.» Här täcks som synes pp. 2, 4 o. 5 i st. 3 in, medan prövningen av de föreslagna lagarnas grundlagsenlighet och den mer rättspolitiska frågan om hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav inte nämns av den dåvarande justitieministern (vilken, som vi sett, inte ville tillerkänna lagrådet särskilt hög status). RSU yttrade 1978 att »(D)en uppräkning av ändamålen med granskningen som gjordes i motiven till 1970 års förslag kan rättighets-

att just de bestämmelserna i tillämpningen kan framtvinga gränsdragningar som ibland bygger på värderingar med »en samhällspolitisk touche», inte befriar lagrådet från att ta ställning till grundlagsenligheten.[87] Bengtsson tycks instämma i detta, men menar att lagrådet, om det skulle finna att ett förslag strider mot grundlagen, bör »nyansera» sitt uttalande om förslagets grundlagsenlighet; lagrådet kan t.ex. säga att ett lagförslag visserligen inte strider mot grundlagsstadgandets ordalag, men väl mot t.ex. vissa tankar i dess förarbeten. Däremot är Bengtsson tveksam till om lagrådet bör förklara att ett lagförslag står i uppenbar strid med RF, eftersom ett sådant uttalande skulle kunna uppfattas som en direkt uppmaning till domstolar och myndigheter att underkänna den föreslagna regeln, därest den antas. »Uttalandet skulle i alla händelser stämma mindre väl med den opolitiska roll man velat tilldela lagrådet. Det finns möjligheter att på ett mindre demonstrativt sätt klarlägga hur pass allvarligt ett avsteg från grundlagen kan anses vara.»[88]

Vanskligare är kanske förhållandet till »rättsordningen i övrigt». Att detta område måste inkludera den hänsyn till utvecklingen av konstitutionell praxis som Sterzel pläderat för är sannolikt. Även förenligheten med ECHR får anses rymmas inom stadgandet.[89] Som Petrén konstaterar kommer lagrådet här in på frågor som ligger en bit utanför den ram som grundlagarna drar upp; det är t.ex. uppenbart, för att anknyta till hans exempel, att långtgående diskrimineringar av vissa medborgargrupper strider mot rådande rättsordning, liksom att avtalsfriheten får anses vara en del av denna.[90] Härifrån är steget sedan inte långt till frågan om hur stor del marknadsekonomi som ingår som ett grundläggande element i rättsordningen, ehuru detta med säkerhet är en fråga som flertalet lagrådsledamöter skulle anse vara alltför politisk för att någonsin ta ställning till. Även Bengtsson godtar att lagrådet har rätt att komma in på rättspolitiska synpunkter vid prövningen enligt denna punkt, särskilt när ett förslag inte stämmer med tidigare gällande principer på området[91]; han inskärper emellertid samtidigt att lagrådet inte bör göra någon bedömning utifrån en egen rättspolitisk åskådning, utan bara belysa förslagets konsekvenser.

Punkterna 2, 4 och 5 i st. 3 får – med viss reservation för frågan om förslaget är väl utformat för att tillgodose angivna syften[92] – sägas röra juridiska teknikaliteter av just

utredningen för sin del ansluta sig till.» RSU lade emellertid till punkterna om grundlagsenlighet och rättssäkerhetens krav, varigenom st. 3 fick sitt nuvarande utseende. Se SOU 1978:34 s. 134.

87. Se Lagrådets verksamhet, i Om lagrådsgranskning s. 56.
88. Om lagrådsgranskningens gränser s. 199 f. Senare har Bengtsson dock framhållit att något uppenbarhetskrav liknande det i 11:14 RF inte gäller för lagrådets prövning; se Om Konstitutionsutskottets lagprövning s. 356.
89. Jfr Algotsson, Lagrådet...s. 130.
90. Jfr Lagrådets verksamhet s. 56 f.
91. Se Lagrådets makt över lagstiftningen, i Om lagrådsgranskning s. 66 samt Om lagrådsgranskningens gränser s. 201 f med exempel på sådan kritik från lagrådets sida. Exakt likadana synpunkter framfördes f.ö. 1980 av Petrén i Lagrådsintyck, s. 138.
92. Jfr RegR:s remissutlåtande över RSU:s förslag, i prop 1978/79:195 bil. 2 s. 62. Bengtsson ser dock uppenbarligen denna fråga som en ren teknikalitet och menar att lagrådet, när frågan uppkommer hur ändamålet bäst skall uppnås, »lojalt bör utgå från vad regeringen avsett med sitt lagförslag», även om lagrådet vid sin granskning enligt någon annan punkt funnit att förslaget bör avstyrkas. Se Om lagrådsgranskningens gränser s. 209. Som Algotsson påpekar (Medborgarrätten och regeringsformen s. 267 f) torde ramlagar och generalklausuler erbjuda lagrå-

det slag som karakteriserar den rent juridisk-tekniska granskningen, varför de kan förbigås i detta sammanhang. Förhållandet till rättssäkerhetens krav berörs lämpligen i samband med diskussionen nedan om gränsen mellan den juridisk-tekniska och den rättspolitiska granskningen.

Denna fråga är, som vi sett, i stort sett lika gammal som lagrådet självt. Redan före lagrådets inrättande diskuterades dess verksamhet i termer som för tankarna till senare tiders debatt.[93] KU uttalade sig om granskningens inriktning – på ett högst motstridigt sätt – 1926 och 1949, efter motioner med krav på förändringar. Justitieministern uttalade sig i propositionen (1970:24) med förslag om avskaffande av den obligatoriska granskningen förklenande om värdet av lagrådsgranskning överhuvud och avfärdade definitivt tanken att lagrådet skulle kunna göra något annat än en rent teknisk granskning av lagförslag.

Reformen 1979 syftade givetvis till att stärka lagrådets ställning, men motiverades aldrig med någon önskan att ändra granskningens opolitiska inriktning. Tvärtom framhölls i förarbetena den rådande enigheten om att lagrådet enbart hade att granska lagförslagens juridiska sida.[94] Detta motiverades främst med att prövningen av lagförslagens politiska grunder helt ansetts ankomma på riksdagen och regeringen. Vidare har anförts att lagrådet inte skulle kunna fullgöra sin uppgift om förtroendet för dess politiska neutralitet rubbades.[95]

Samtidigt antydde dock både RSU och lagrådsutredningen att gränsen mellan juridisk-teknisk och rättspolitisk granskning ibland kan vara flytande och att lagrådet med den precisering av granskningens inriktning som anges i 8:18 kan få svårt att undvika att ta ställning även i politiskt känsliga frågor.[96] Kort tid efter de nya reglernas ikraftträdande framhölls just detta faktum på flera håll i doktrinen. Petrén/Ragnemalm betonade således att »(V)ad lagrådet ej får göra är att ingå på de politiska mål för vilkas uppnående den föreslagna lagen är avsedd som medel», men att lagrådet däremot måste

> ...söka draga en klar skiljelinje mellan vad som tillhör dessa allmänna politiska grunder och de värderingar av rättspolitisk art, som måste göras för att lagrådet skall kunna yttra sig om vad rättssäkerheten kräver etc. Den omständigheten, att t.ex. värderingarna om rättssäkerhetens

det särskilda problem vid prövning enligt denna punkt. Petrén menade, mot bakgrund av att lagar inte sällan förfelar sitt avsedda syfte, att det är lagrådets skyldighet att i sitt yttrande anmäla när det ej varit i stånd att bedöma förslagets ändamålsenlighet. Enligt Petrén kräver nämligen detta granskningsändamål en synnerligen god inblick i den sakliga materian, något som lagrådsledamöterna inte alltid kan förmodas besitta. Om en reservation av nu nämnt slag inte görs måste lagrådet enligt Petrén anses ha kommit fram till att förslaget väl tillgodoser det angivna syftet. Se Lagrådets verksamhet s. 58. I det sammanhanget kan hänvisas till möjligheten för lagrådet att jämlikt 10 § 2 st i lagen om lagrådet hos regeringen begära att sakkunnig skall anlitas.

93. Se ovan s. 621 om Trygger.
94. Se t.ex. justitieministern i prop 1978/79:195 s. 43 o. 48: »Jag vill särskilt understryka vikten av att lagrådet iakttar den största återhållsamhet när det gäller sakfrågor av politisk natur. Det är inte förenligt med lagrådets ställning i vårt konstitutionella system att det redovisar andra synpunkter än sådana som är av juridisk-teknisk art.» Jfr KU 1978/79:30 s. 65.
95. Se t.ex. justitieministern i prop 1978/79:195 s. 48 f. Bengtsson har därutöver (Om lagrådsgranskningens gränser s. 69) anfört att det, om prövningen skulle avse även förslagens politiska grunder, finns en risk för att regeringen skulle ta politiska hänsyn vid utnämningarna av justitie- och regeringsråd.
96. Se SOU 1978:34 s. 263 (lagrådsutredn.) samt 133 f (RSU).

krav är politiskt kontroversiella i riksdagen, fritar ej lagrådet från skyldigheten att granska förslaget från denna synpunkt. Trots lagrådets ställning som expertorgan, som har att redovisa synpunkter av juridisk-teknisk art, kan ej undvikas att dess yttranden kan brukas även i den politiska debatten.[97]

Petrén utvecklade senare resonemanget ytterligare och påpekade bl.a. att de enskilda lagrådsledamöternas politiska inställning till en föreslagen regel givetvis saknar allt intresse och inte får återspeglas i lagrådsyttrandet, men att det däremot bör komma fram, om det i lagrådet finns delade meningar om det exakta innehållet i en allmän rättsprincip och om hur en grundlagsregel skall tolkas. Han underströk särskilt att beredvilligheten att uttolka rättsgrundsatser eller grundlagsregler inte får bli beroende av sakens politiska känslighet. Den omständigheten att materian är partipolitiskt kontroversiell får t.ex. inte leda till att man väljer en tolkning som gör att man ej behöver yttra sig. »Den numera grundlagsfästa instruktionen för lagrådets granskning ger lagrådet knappast något val.[98]

Vilka är då »rättssäkerhetens krav»? Detta uttryck är av särskilt intresse, eftersom RF 8:18 torde vara det enda ställe i den svenska lagboken där ordet rättssäkerhet förekommer. Frågan vad rättssäkerhet egentligen innebär i svensk rätt har sedan 1980-talet diskuterats livligt i doktrinen.

Debatten kan sägas ha inletts eller aktualiserats av kommissionen mot ekonomisk brottslighet, som i sitt slutbetänkande (SOU 1984:15) skilde mellan ett traditionellt och ett modernt rättssäkerhetsbegrepp. Det traditionella begreppet bestod enligt kommissionen av krav på förutsägbarhet och likhet i lagstiftning och rättstillämpning, medan det enligt kommissionen mer moderna begreppet skulle bestå i att individen inte behöver utsättas för brott. Detta likställdes med vad som brukar kallas rättsskydd.[99]

Kommissionens onekligen innovativa terminologi utsattes för viss allmän kritik, varefter justitieministern i en efterföljande proposition såg sig föranlåten att försöka göra några klargörande uttalanden. Utmärkande för rättssäkerhet var enligt justitieministern likhet inför lagen och förutsebarhet, vilket kunde sammanfattas i begreppet *formell rättssäkerhet*. Olika former av materiell rättssäkerhet som t.ex. betonade vikten av rättvisa i det konkreta fallet eller att medborgarna inte behövde bli utsatta för brott hade däremot inte med traditionell rättssäkerhet att göra.[100]

Den nämnda definitionen av formell rättssäkerhet har i stort sett blivit accepterad som den i svensk rätt rådande, även om en viss debatt om rättssäkerhetens innebörd förts även senare.[101] En viktig kritik mot det formella rättssäkerhetsbegrepp som utesluter varje materiellt, t.ex. etiskt krav från definitionen av rättssäkerhet har dock framförts av Peczenik, vars huvudpoäng är att en rättssäkerhetsdefinition som helt utesluter de etiska aspekterna riskerar att leda till absurda konsekvenser. Detta har han bl.a. exemplifierat med att tyska judar under Hitlers välde lätt kunde förutse att de skulle komma att förföljas, men att det vore absurt att se detta som ett uttryck för rättssäkerhet. Peczenik föror-

97. A.a.s. 206.
98. Lagrådsintryck s. 138. – Liknande synpunkter har faktiskt framförts i vissa förarbeten. RSU framhöll t.ex. (s. 133) att det inte fick komma i fråga att lagrådet avstår från att hävda en mening om tolkning av en viss grundlagsbestämmelse därför att något av de politiska partierna har en känd ståndpunkt i frågan.
99. SOU 1984:15 s. 129 f.
100. Se prop 1984/85:32 s. 36 o. 24.
101. För en översikt över denna debatt kan hänvisas till Josef Zila, Om rättssäkerhet, SvJT 1990 s. 284-305 och Peczenik, Vad är rätt? avsn. 1.6.1.

dar därför, utan att direkt ta avstånd från det formella rättssäkerhetsbegreppet som det angivits ovan, ett utvidgat materiellt rättssäkerhetsbegrepp.[102]

Beträffande de rättssäkerhetens krav som åsyftas i 8:18 menar Algotsson att lagrådet bör hålla sig till ett bestämt rättssäkerhetskrav, nänligen att lagförslaget uppfyller kraven på förutsebarhet, så att medborgarna med utgångspunkt från lagtexten skall kunna förutse de juridiska konsekvenserna av sitt handlande.[103] Förslaget förefaller klokt på så sätt att denna typ av i huvudsak strikt juridisk granskning minskar riskerna för att lagrådet skall dras in i politiska kontroverser. Trots min principiella sympati för Peczeniks materiella rättssäkerhetsbegrepp skulle jag i likhet med Algotsson vilja förorda detta rättssäkerhetskrav för lagrådets del, bland annat av det skälet att lagrådet har möjlighet att beakta de mer etiska aspekterna vid prövningen enligt p. 1 av hur lagförslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt.

En ingående analys av svårigheterna med gränsdragningen mellan politisk och juridisk-teknisk granskning gjordes av RegR i domstolens remissutlåtande över RSU:s förslag. RegR konstaterade att det helt enkelt inte går att dra någon skarp skiljelinje mellan politik och juridik vid lagstiftning:

> En granskning i sak av ett lagförslag är visserligen i princip något annat än en lagteknisk och juridisk granskning, men sakfrågorna kan inte undgå att ibland komma in i bilden också vid en granskning av det senare slaget, t.ex. vid övervägande av frågor om enskilds rättssäkerhet och om ett förslags förenlighet med landets rättsliga traditioner...Det är emellertid mycket svårt att dra några helt klara gränser mellan politik och juridik. Hur en regel om inriktningen av lagrådsgranskningen än skrivs och hur lagrådet än anstränger sig att efterleva regeln till anda och bokstav, lär lagrådet ändå inte kunna undgå att i enskilda fall från något håll bli utsatt för kritik för att dess granskning varit politiskt inriktad.[104]

Den sorts svårigheter vid gränsdragningen mellan politisk och juridisk-teknisk granskning som Petrén/Ragnemalm och RegR pekat på har i stort sett accepterats i doktrinen, ehuru främst Bengtsson försökt nyansera resonemanget och tona ner svårigheterna med att hålla i sär juridik och politik.

Det mest drastiska ifrågasättandet av riktigheten i de anförda varningarna torde dock ha kommit från justitierådet Anders Knutsson. Knutsson yttrade vid en forskardag om lagrådet i Lund den 23 mars 1987 att man i lagrådet, även om det inte gick att dra någon »skarp» gräns mellan juridik och politik, i allmänhet ändå hade »en ganska god känsla för vilka bedömningar man bör undvika att i onödan ge sig in på.» Redan här antyds en stark vilja till följsamhet från lagrådets sida gentemot regeringen. Det verkligt anmärkningsvärda är emellertid Knutssons fortsättning: »Inställningen bland flertalet lagrådsledamöter är säkerligen att man så långt som möjligt försöker avstå från att ta ställning i partiskiljande frågor.»[105] Om Knutssons inställning verkligen är representativ för lagrådets ledamöter under skilda perioder, framstår detta från rättssäkerhetssynpunkt – inte minst för rättighetsskyddets del – faktiskt som oroväckande, eftersom Knutsson här antyder en benägenhet hos lagrådet att sänka kraven på t.ex. ett lagförslags grundlagsenlighet i händelse av parti-

102. Se bl.a. a.a. avsn. 1.6.2-3.
103. Se närmare Medborgarrätten och regeringsformen s. 267.
104. Prop 1978/79:195 bil. 2 s. 62-63.
105. Se Om lagrådsgranskning s. 87.

politisk oenighet om förslagets lämplighet.[106] Det bör dock understrykas att några liknande tillkännagivanden av den egna medgörligheten gentemot regeringen inte återfinns i annan litteratur om lagrådet.[107]

Anledningen till att frågan huruvida det egentligen är möjligt att dra någon gräns mellan juridik och politik i lagrådsgranskningen successivt tilldragit sig allt större intresse, är naturligtvis att lagrådet alltsedan 1980-talets början granskat ett betydande antal politiskt kontroversiella lagförslag. Någon entydig tendens i lagrådets »praxis» är därvidlag, vilket framgår i nästa avsnitt, svår att belägga; det är uppenbart att lagrådet bemödar sig om att göra just en juridiskt-teknisk prövning, men det går knappast att hävda att granskningen upphör så fort lagrådet nalkas något politiskt kontroversiellt område.

Ett i sammanhanget intressant »schema» för diskussionen om de politiska implikationerna av lagrådets granskning har föreslagits av Algotsson.[108] Enligt denne måste man härvidlag skilja mellan granskningens *partipolitiska effekter*, den eventuella förekomsten av *argument innehållande utsagor om annat än gällande rätt* samt lagrådets *ståndpunkter i partipolitiskt kontroversiella frågor* (politik A, B och C med hans terminologi). Algotssons tes är att politik A och C – dvs att granskningen kan få partipolitiska effekter samt att lagrådet tar ställning i partipolitiskt kontroversiella frågor (vilket alltså justitierådet Knutsson tycks ha svårt att acceptera) – godtas i så gott som alla inlägg i debatten, liksom i förarbetena. Kärnan i tanken att lagrådets granskning inte får vara politisk är därför enligt Algotsson att lagrådet i sin granskning varken får använda politiska argument eller andra argument som innehåller utsagor om annat än gällande rätt. De lege ferenda-resonemang är således otillåtna, liksom egna rättspolitiska överväganden.

De exempel Algotsson ger på vad hans modell torde innebära vid en lagrådsgranskning enligt 8:18 st. 3 p. 1 innebär f.ö. att utrymmet för lagrådet att göra politiskt kontroversiella yttranden är mycket begränsat. Algotsson exemplifierar med den något hypotetiska situationen att regeringen föreslår en lag om dödsstraff. När lagrådet konstaterar att detta förslag strider mot RF 2:4 är detta en rent juridisk-teknisk prövning, som dock i och för sig kan få partipolitiska effekter (politik A). Om lagrådet däremot anförde humanitära skäl för att avstyrka lagen, vore det fråga om politik B och därmed om otillåtna argument. Vid prövning av huruvida en yttrandefrihetsbegränsande lag jämlikt RF 2:12 st. 2 tillgodoser ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle torde politik B enligt Algotsson bli aktuell, eftersom tolkningen av grundlagen inte är självklar. Detsamma gäller bedömningen av om ett lagförslag strider mot regeln i 2:18 om rätt till ersättning »för förlusten» vid expropriation.

Algotssons modell är inte invändningsfri; det är t.ex. en något märklig tanke att det skulle vara fråga om »politik B» så fort tolkningen av grundlagen inte är självklar. Lagrådet får tvärtom anses ha osedvanligt goda förutsättningar – och i vart fall bättre förut-

106. Knutssons uttalande tycks stå helt i strid med RSU:s uppfattning i SOU 1978:34 s. 133 att det aldrig får komma i fråga att lagrådet avstår från att hävda en mening i fråga om t.ex. tolkningen av en viss grundlagsregel för att något av de politiska partierna har en känd ståndpunkt i frågan.
107. Som en direkt kontrast till Knutssons uppfattning kan hänvisas till Sterzels bedömning, med utgångspunkt från engångsskattefrågan» att »...vissa ärenden helt enkelt i sig – som sådana och alltigenom – är av politisk natur. Vad som än sägs – eller inte sägs – blir ofrånkomligen ett slagträ i debatten...» Sterzels personliga uppfattning är f.ö. att en lagrådsgranskning är av värde även i starkt kontroversiella lagfrågor. Se Lagrådet och engångsskatten s. 126 f.
108. Se Medborgarrätten och regeringsformen s. 264 ff.

sättningar än riksdags- och regeringsledamöterna – att tolka grundlagen.[109] Trots de invändningar som kan riktas mot hans resonemang måste det dock konstateras att det stämmer väl överens med flertalet av de uttalanden som i doktrinen gjorts om lagrådets granskning i förevarande avseende[110] (vartill kommer att det, genom att placera in dem i ett vidare rättspolitiskt sammanhang, gör dessa uttalanden mer åskådliga).

Också Bengtsson, som i skilda sammanhang framstått som en av de främsta förespråkarna i svensk rätt för *judicial restraint*[111], har för lagrådets del uttryckligen förklarat sig godta vad Algotsson benämner »politik A respektive C».[112] Samtidigt har Bengtsson försökt mildra konsekvenserna för lagrådets del av detta ställningstagande genom ett sofistikerat resonemang, som bygger på en åtskillnad mellan vad lagrådet är skyldigt att invända mot och vad det får invända mot. Enligt Bengtsson är det minsta lagrådet bör göra vid granskningen att **påpeka** de avsteg ett förslag innebär från RF:s krav (avseende grundlagsenlighet, ändamålsenlighet, rättssäkerhet osv).[113] Däremot instämmer han inte med Petrén[114] i att 8:18 innebär att granskningen förutom att vara teknisk också **skall** vara »i hög grad rättspolitisk»; i stället menar Bengtsson att granskningen inom vissa gränser **får** vara rättspolitisk.[115]

Vilka är då dessa gränser? Enligt Bengtsson kan en värdering av förslaget enligt de principer som anges i 8:18 alltid försvaras, även när lagrådet kommer in på rättspolitiska aspekter på lagstiftningen; sålunda är det ett naturligt inslag i granskningen att lagrådet utvecklar hur pass allvarlig en påpekad avvikelse från dessa principer är.[116] Däremot anser han inte att omdömen om vad som enligt lagrådet ter sig skäligt eller rättvist ryms inom 8:18; »lagrådsledamöternas personliga reaktioner på innehållet av ett lagförslag saknar större intresse».[117]

Bengtsson pläderar i sammanfattningen av sitt resonemang[118] tydligt för återhållsamhet från lagrådets sida med rättspolitiska ställningstaganden. Hans argument härför är

109. Att lagrådet ibland måste tolka grundlagen och därvidlag också har att beakta en grundlagsregels syfte framhålls uttryckligen av Bengtsson i Om lagrådsgranskningens gränser s. 199.
110. Jfr t.ex. Petréns samt Petrén/Ragnemalms ovan refererade uttalanden (s.).
111. Se närmare kap. 18.4 in fine.
112. Jfr Om lagrådsgranskningens gränser s. 191 f: »Samtidigt får framhållas att, med hänsyn till det sätt varpå granskningsreglerna formulerats, en behandling också av vissa politiskt omstridda sakfrågor ibland kan bli oundviklig...lagrådets yttranden kan få betydelse i partipolitiskt kontroversiella frågor.»
113. Han poängterar (a.a.s. 194 f) att detta inte innebär att lagrådet nödvändigtvis måste **värdera** förslaget; ett påpekande om förslagets innebörd i nu nämnt avseende är enligt Bengtsson tillräckligt, varefter det är de politiska instansernas sak att dra slutsatser därav. – En värdering kan t.ex. ta sig uttryck i att lagrådet betecknar förslaget som otillfredsställande eller direkt avstyrker det; Bengtsson menar (a.a.s. 196) att avstyrkande endast bör ske i rena undantagsfall, då bristerna i lagförslaget är för allvarliga för att kunna avhjälpas. Exempel på lagförslag som lagrådet uttryckligen avstyrkt är förslagen om utvidgade möjligheter till kroppsvisitation respektive till hämtning till domstolsförhandling; se härom nedan i 17.1.2.2 under b.
114. Se Lagrådsintryck s. 138.
115. A.a.s. 195.
116. Ibid. Samtidigt påpekar Bengtsson att lagrådet alltid kan avstå från att yttra sig över förslagets materiella innehåll, så länge 8:18 inte direkt påkallar ett uttalande. Här märks inte oväntat en nyansskillnad gentemot Petrén, som menade (a.a.s. 138) att 8:18 måste förstås så att lagrådet i tveksamma fall hellre skall ge en analys av ett förslags rättspolitiska konsekvenser än avstå därifrån.
117. A.a.s. 195.
118. A.a.s. 212.

snarlika dem han åberopat till stöd för återhållsamhet i domstolarnas lagprövning. Denna diskussion kommer att granskas närmare i kap. 18.4, men här kan konstateras att hans plädering för restraint enligt min mening är mer framgångrik beträffande lagrådsgranskningen än rörande lagprövningsrätten.

Bengtsson menar sålunda att det skulle rimma illa med såväl syftet bakom 8:18 som med de principer vilka traditionellt gällt för granskningen om lagrådet skulle ge uttryck åt värderingar som saknar klart stöd i grundlagen eller i rättsordningen i övrigt.[119] (Här åsyftas uppenbarligen **rent** rättspolitiska värderingar; de värderingar som åtnjuter stöd i 8:18 – grundlagsenlighet, rättssäkerhet osv – och dessas rättspolitiska implikationer har lagrådet som Bengtsson konstaterat rätt och ibland skyldighet att ta ställning till.) Denna uppfattning är utan tvekan logisk om lagrådets funktion analyseras ur ett maktdelningsperspektiv: Lagrådet kan inte liknas vid en författningsdomstol[120] och även om det med Algotsson går att beskriva dess inflytande som »ett element av maktdelning» i det svenska statsskicket är det naturligare att se lagrådet som en ren juristrepresentation, avsedd att främja god kvalitet i lagstiftningen, än som ett organ med uppgift att utöva någon reell makt.[121] I och med att laggranskningen är preventiv till sin karaktär skulle en jämförelse med C.C. i Frankrike kunna tänkas, men detta organ skiljer sig från lagrådet på minst en avgörande punkt genom att det har vetorätt.[122] Till stöd för Bengtssons linje kan därför i och för sig anföras goda argument.

Som Bengtsson konstaterar var det till yttermera visso svårt att finna något stöd i lagrådets yttranden vid 1980-talets mitt för en friare, gentemot regeringen mindre försiktig linje. Hans slutsats att den dåvarande hållningen på sikt är den som bäst kan bevara det – i och för sig begränsade – inflytande lagrådet har på rättsutvecklingen är emellertid inte alldeles självklar. Som vi skall se i nästa avsnitt har nämligen vissa av lagrådets yttranden från och med slutet av 1980-talet präglats av en större frimodighet än tidigare, utan att detta på något sätt tycks ha minskat lagrådets inflytande.

119. »Det var inte för sina förträffliga åsikters skull som lagrådet år 1979 fick sitt uppdrag utvidgat av en nästan enig riksdag.»
120. Jfr Bengtsson, a.a.s. 191 f. – Justitieministern menade emellertid i prop 1975/76:209 s. 96 att lagrådet skulle få en ställning liknande en författningsdomstol därest lagrådsgranskning av rättighetsbegränsande lagstiftning blev obligatorisk. Uttalandet förefaller ogenomtänkt och tyder inte på några djupare kunskaper om hur författningsdomstolar på olika håll i världen arbetar.
121. Algotsson, Lagrådet... s. 387 f. Jfr Ju 1969:14 s. 59 f (»...den representation för högsta domstolen och regeringsrätten som lagrådet är avsett att utgöra»). Agne Gustafsson talar i Om lagrådsgranskning s. 96 om »det gamla svenska systemet med en stark markering av parlamentets suveränitet men med en obligatorisk lagrådsgranskning», vilket enligt honom är »ett mycket bra system, både i teorin och i praktiken, eftersom det bidrar till att skapa rättslig klarhet» samtidigt som domarna »slipper inblandning i den politiska processen». Gustafssons bild av lagrådet måste uppfattas som en adekvat beskrivning, de lege lata, av lagrådets ställning i det svenska statsskicket. Se vidare nedan i avsn. 17.1.2.3.
122. Se ovan kap. 8.5. Likheten mellan de bägge organen skulle givetvis dock öka om lagrådet fick vetorätt; jämför de lege ferenda-resonemanget nedan i kap. 19.4.

17.1.2.2 SKYDDAR LAGRÅDET DE MEDBORGERLIGA RÄTTIGHETERNA? ANALYS AV LAGRÅDETS STÄLLNINGSTAGANDEN I FRÅGOR SOM BERÖRT MEDBORGERLIGA RÄTTIGHETER

Algotsson, som gjort den mest ingående analysen hittills av lagrådets yttranden i skilda frågor, har slagit fast att det alldeles övervägande antalet av lagrådets anmärkningar är av juridisk-teknisk art. Av de yttranden som berört lagförslags grundlagsenlighet har följdriktigt de flesta gällt lagförslagens förenlighet med normgivningsreglerna i RF 8 kap.[123] Som Bengtsson påpekar är dessa frågor typiskt juridiskt-tekniska, varför de saknar egentligt intresse här. Dock kan konstateras att om utgångspunkten att lagrådet främst skall ägna sig åt denna typ av granskning godtas, så är det just på detta område som utrymmet är störst för lagrådet att kritisera delar av eller hela lagförslag.

Av större intresse i detta sammanhang är dock lagrådets bedömningar av förslag till rättighetsbegränsande lagar, ett område där det, som redan framgått, är svårare för lagrådet att undvika rättspolitiska ställningstaganden. Vad som bör undersökas, genom en granskning av lagrådets yttranden om de viktigaste rättighetsbegränsningarna, är huruvida lagrådet verkligen besjälas av en vilja att värna de medborgerliga rättigheterna, även när detta innebär att lagrådet måste gå emot regeringen i frågor som inte sällan är politiskt kontroversiella, eller om lagrådet tvärtom lojalt godtar regeringens bedömningar av vilka rättighetsbegränsningar som är godtagbara.

Det enklaste sättet att undersöka lagrådets betydelse för rättighetsskyddet förefaller vara att först bedöma i vilken utsträckning lagrådet i sina yttranden slår vakt om de medborgerliga rättigheterna och sedan granska vilken effekt lagrådets yttranden i rättighetsfrågor haft på regeringens respektive riksdagens handlande. Resten av detta avsnitt ägnas åt den förra frågan, medan lagrådets reella inflytande på lagstiftningen på detta område studeras i 17.1.2.3.

Lagrådets yttranden i rättighetsfrågor kan här schematiskt, för enkelhetens skull, indelas i »följsamma» och »kritiska». Vissa yttranden, ofta sådana som behandlar större regelkomplex, kan dock inte sägas tillhöra någon av dessa kategorier utan innehåller *både* kritiska uttalanden och godvilligt accepterande av centrala delar av lagförslagen; dessa yttranden bör därför behandlas för sig.

a. Följsamma yttranden I den »följsamma» kategorin kan inledningsvis nämnas ett ärende med anknytning till det tidigare nämnda videovåldsförbud som var det första att föranleda tillämpning av minoritetsskyddsregeln i 2:12 st. 3. Regeringen föreslog nämligen 1985 en skärpning av förbudet mot extremvåld, innebärande att förutsättningarna för att fälla videogrossisterna till ansvar skulle vidgas. Lagrådet godtog förslaget utan erinran och utan kommentarer om dess värde, vilket är en aning anmärkningsvärt efter-

123. Se Lagrådet... s. 79 o. 127. Även Bengtsson gjorde f.ö. 1984 (a.a.s. 196 f) bedömningen att frågan om lagförslagens förenlighet med normgivningsreglerna i 8 kap dominerade prövningen av förslagens grundlagsenlighet.

som det obestridligen var fråga om en yttrandefrihetsbegränsning.[124]

Samtidigt hade den obligatoriska förhandsgranskningen av filmer – genom en grundlagsändring som lagrådet aldrig hördes över – utvidgats till att gälla även videogram.[125] 1990 ersattes de gamla bestämmelserna härom med lagen (1990:886) om granskning och kontroll av filmer och videogram. Lagrådet berörde i sitt yttrande om förslaget till denna lag inte alls värdet och lämpligheten av filmcensuren som sådan, vilket måste betraktas som mycket anmärkningsvärt.[126]

Som ett utslag av följsamhet eller återhållsamhet bör också lagrådets yttrande om de s.k. löntagarfonderna betraktas. Det förslag till lag om vinstdelningsskatt varigenom de synnerligen omdiskuterade löntagarfonderna infördes innebar tekniskt sett att särskilda avgifter eller skatter togs ut av företag över en viss storlek för att finansiera särskilda fonder, som skulle använda pengarna till aktieköp. (Formellt tillföll dock pengarna Allmänna pensionsfonden.) I fonderna skulle fackföreningar ha ett avgörande inflytande. Lagrådet hade flera invändningar mot handläggningen av förslaget, men yttrade betydligt mindre om grundlagsenligheten och förenligheten med art. 1 i första tilläggsprotokollet till ECHR:

> Medlen tas ut av företagen genom statliga skatter fastställda i den ordning regeringsformen föreskriver dvs genom lag...Regeringsformen innehåller inga bestämmelser om begränsning av de ändamål för vilka statlig skatt får tas ut. Om användningen av statens medel bestämmer riksdagen och huvudregeln är att detta sker genom budgetreglering. Emellertid medger 9 kap. 2 § regeringsformen att statsmedel får tas i anspråk för bestämda ändamål vid sidan av budgetregleringen. Specialdestination av statsinkomster är visserligen under avveckling och riksdagen har framhållit att ny specialdestination inte bör införas. Det möter likväl inte något konstitutionellt hinder att specialdestinera skatter. Inte heller föreligger något hinder att statens medel ställs till förfogande för organ i vilka en viss grupp av medborgare har tillförsäkrats ett avgörande inflytande. Enligt lagrådets mening kan sålunda någon erinran mot det föreslagna löntagarfondsystemet inte göras från grundlagsenlig synpunkt. Likaledes finner lagrådet att förslaget inte strider mot våra internationella åtaganden. Kravet i artikel 1 av det ovannämnda tilläggsprotokollet att ett sådant ingripande som avses i artikeln måste ha sin grund i »det allmännas intresse» får anses uppfyllt i och med att medlen tillfaller den allmänna pensionsfonden och förvaltas av offentligrättsligt reglerade organ.[127]

Även om det är svårt att på juridiska eller konstitutionella grunder kritisera lagrådsyttrandet i denna del, tycks det nog vara lite magert med tanke på förslagets ingripande karaktär. Det är t.ex. uppenbart att lagrådet menade att förslaget faktiskt omfattades av art. 1 första tilläggsprotokollet till ECHR och således utgjorde ett egendomsberövande. Att lagrådet då fann kravet på allmänintresse uppfyllt enbart genom att pengarna tillföll

124. Yttrande 22 januari 1985, prop 1984/85:116 s. 39. Förslaget innebar att spridande av våldsfilmer måste vara »försvarligt» av hänsyn till framställningens syfte och övriga omständigheter för att ansvar skulle undgås, medan det tidigare krävts att spridningen var »uppenbart oförsvarlig» för att straff skulle utgå.
125. Prop 1984/85:83, med förslag till ändring av öb. 1976 p. 4; ändring av RF tillhör inte de lagförslag över vilka lagrådet enligt 8:18 »bör» höras.
126. Yttrande 13 december 1989, prop 1989/90:70 bil. 8. Det enda lagrådet hade att säga i frågan var att »(F)ilmcensur är ett värdeladdat ord, som mindre väl återspeglar den svenska synen på den granskningsverksamhet som åsyftas i lagen.»
127. Yttrande 3 november 1983, prop 1983/84:50 s. 145.

och förvaltades av offentliga organ är märkligt.[128]

Slutligen kan hänvisas till ett förslag om särskild vinstskatt, där bakgrunden var minst sagt särpräglad. Regeringen meddelade i en skrivelse till riksdagen den 31 december (!) 1988 att den som ett led i en ekonomisk åtstramningspolitik avsåg att lämna förslag till en särskild vinstskatt, som skulle utgå under det räkenskapsår som började den 1 januari 1989. Regeringen ansåg sig därigenom ha uppfyllt kraven i RF 2:10[129], varefter lagrådet bekräftade att så skett.[130] Denna bedömning är givetvis formellt korrekt, men kunde möjligen ha kompletterats med en diskussion om grunderna för det principiella retroaktivitetsförbudet i 2:10.[131]

b. Kritiska yttranden Just på rättighetsområdet är det faktiskt lättare att hitta yttranden som är kritiska, i den bemärkelsen att lagrådet ogillat eller haft kritiska invändningar mot de rättighetsbegränsningar regeringen föreslagit, än yttranden av ovan behandlade karaktär, där lagrådet utan vidare invändningar godtagit regeringens förslag. Å andra sidan är åtskilliga av lagrådets invändningar närmast av juridisk-teknisk karaktär; verkligt klara avståndstaganden från regeringens bedömning rörande centrala delar av lagförslag är ovanliga, men definitivt inte unika.

Ett exempel på en i stort sett teknisk granskning är yttrandet över 7 § i förslaget till lag om psykiatrisk tvångsvård. Enligt denna paragraf skulle den patient som tagits in för tvångsvård ha möjlighet att inom fyra veckor från intagningsbeslutet ansöka hos länsrätten om att tvångsvården skulle upphöra. Däremot saknades möjlighet att överklaga själva intagningsbeslutet. Lagrådet ifrågasatte om detta förslag överensstämde med kravet i art. 5 st. 3 i ECHR att frihetsberövanden ofördröjligen skall prövas av domstol. Möjligheten att ansöka om upphörande av tvångsvården kunde enligt lagrådet inte anses likvärdig med rätten att få en laglighetsprövning av intagningsbeslutet, varför lagrådet föreslog att en möjlighet att överklaga själva intagningsbeslutet skulle införas i lagen.[132] Förslaget hörsammades av regeringen.

128. Jfr folkpartiets motion i ärendet (Mot. 1983/84:204), där ett mera djupgående konstitutionellt resonemang kring »löntagarfondenas grundläggande idé» att tvinga företagen att tillhandahålla medel för vilka de sedan skulle bli uppköpta efterlystes.
129. Jfr 2:10 st. 2 p. 2-3: »Finner riksdagen särskilda skäl påkalla det, får dock lag innebära att skatt eller statlig avgift uttages trots att lagen inte hade trätt i kraft när nyssnämnda omständighet (skattskyldigheten, min anm.) inträffade, om regeringen eller riksdagsutskott då hade lämnat förslag härom till riksdagen. Med förslag jämställes ett meddelande i skrivelse från regeringen till riksdagen om att sådant förslag är att vänta.»
130. Yttrande 10 mars 1989, prop 1988/89:132 s. 24.
131. Diskussioner av sådant slag finns dock i vissa andra yttranden där 2:10 aktualiserats. Bland dessa kan nämnas yttrandena den 29 oktober 1991 samt 18 mars och 26 november 1992, samtliga behandlade i kap. 14.1.2 i not 55-57, vartill hänvisas. Vid samtliga dessa tillfällen har f.ö. regeringens åberopande av undantagsregeln i RF 2:10 st. 2 godtagits.
132. Yttrande 12 oktober 1990, se prop 1990/91:58 s. 404. – I Algotsson, Lagrådet...s. 347 finns en genomgång av andra yttranden där lagrådet med hänvisning till art. 6 i ECHR krävt att olika beslut skall kunna överklagas i domstol. I samtliga dessa föga kontroversiella fall har regeringen följt lagrådet. Detta gällde dock inte den måhända mer kontroversiella frågan huruvida den rätt till rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut som till följd av ett antal fällande domar mot Sverige i ECtHR (se kap. 12.2.1) infördes genom rättsprövningslagen (1988:205) även borde innefatta en rätt till muntlig förhandling inför domstol. Lagrådet föreslog i ett yttrande den 27 mars 1991 (prop 1990/91:176 s. 17) med hänvisning till Europadomstolens praxis att så borde ske, men regeringen hörsammade inte denna synpunkt.

I sitt yttrande 1990 över den stora skattereformen berörde lagrådet än en gång förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning. De föreslagna övergångsbestämmelserna innebar att vissa realisationsvinster som enligt de gamla reglerna var befriade från skatt skulle bli skattepliktiga. För vissa andra realisationsvinster skulle skatten bli högre. Enligt lagrådet kunde det »starkt ifrågasättas» om detta var förenligt med 2:10 RF.[133] Regeringen tog här intryck av lagrådets kritik och ändrade övergångsbestämmelserna.[134]

Närmast som en ren teknikalitet kan ett yttrande från 1980 avseende en ändring i konkurslagen beskrivas. Genom lagändringen skärptes reglerna om näringsförbud efter konkurs. Eftersom förslaget även kunde drabba företag som sysslade med opinionsbildande verksamhet föreslog lagrådet att verksamheter som skyddades av TF eller RF 2:1 skulle undantas från tillämpningsområdet, vilket regeringen gick med på.[135]

Vid granskning 1987 av ett förslag till lag om förbud mot bastuklubbar och liknande verksamheter fann lagrådet att denna lag under vissa förhållanden kunde innebära en begränsning av mötesfriheten. Lagrådet ifrågasatte aldrig att begränsningen var godtagbar, men framhöll vikten av att förbudets räckvidd fick en så klar avgränsning som möjligt.[136] Regeringen godtog lagrådets ändringsförslag.

1985 framlades ett förslag till ändring i taxeringslagen, enligt vilket möjligheterna till taxeringsrevision utvidgades. Lagrådet godtog detta, men framhöll att det var fråga om en begränsning av skyddet mot husrannsakan och liknande intrång och att revisionsinstitutet därför borde ges en tydligare utformning.[137] Regeringen godtog också då lagrådets ändringsförslag.

Närmast en normgivningsfråga bedömdes i ett ärende om ändring i körkortslagen. Enligt förslaget skulle den som sökte körkortstillstånd efter att ha dömts för rattfylleri genomgå en särskild lämplighetsprövning, innefattande bl.a. blodprovstagning och psykologtest. De närmare bestämmelserna härom skulle, efter bemyndigande enligt 8:13 st. 3 RF, meddelas av Trafiksäkerhetsverket. Lagrådet konstaterade att skyddet mot på-

133. Yttrande 20 mars 1990, prop 1989/90:110 bil. 3: »De här beskrivna effekterna...måste bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i 2 kap. 10 § andra stycket regeringsformen...Av förarbetena till bestämmelserna framgår att...retroaktivitetsförbudet inte hindrar att t.ex. en skärpning av vinstberäkningsreglerna eller en höjning av skattesatsen görs tillämplig på vinster som uppkommit vid avyttringar före ikraftträdandet av nya regler, under förutsättning att den första delbetalningen sker efter denna tidpunkt. Vad nu sagts gäller dock enbart sådana fall där vinsten var till åtminstone någon del skattepliktig enligt de regler som gällde vid avyttringstillfället. Det är en helt annan fråga om vinster, som vid tiden för avyttringen var helt undantagna från inkomstbeskattning, genom senare lagstiftning kan göras skattepliktiga. Enligt lagrådets mening kan det starkt ifrågasättas om en sådan ordning är förenlig med 2 kap. 10 § andra stycket regeringsformen.»
134. Anf prop s. 335, 339.
135. Yttrande 31 januari 1980, prop 1979/80:83 s. 184 f. – Det juridiskt mest intressanta i yttrandet var bedömningen av hur förslaget förhöll sig till de enligt RF 2:12 st. 2 tillåtna begränsningsändamålen: »Även om möjlighet finns enligt 2 kap. 12 § RF att företa vissa begränsningar i yttrandefriheten och informationsfriheten för nu aktuellt syfte synes de intressen som lagstiftningen vill tillgodose inte påkalla att begränsningsmöjligheterna utnyttjas till det yttersta.» Här antyds möjligheten av en »graderad skala» beträffande rättighetsbegränsande lagförslag, så att vissa sådana, även om deras syften i och för sig uppfyller de materiella begränsningskraven i 2:12 st. 2 och 2:13-14, ändå inte ter sig så viktiga att begränsningen kan tillåtas gå särskilt långt. Jfr nedan kap. 19.6.
136. Yttrande 31 mars 1987, prop 1986/87:149 s. 18 f.
137. Yttrande 7 april 1987, se prop 1987/88:65 s. 120.

tvingat kroppsligt ingrepp i 2:6 endast kan begränsas genom lag (jfr RF 2:12 st. 1 och 8:1), varför de nämnda föreskrifterna måste tas in i körkortslagen och omfatta alla typer av medicinska undersökningar som kan ifrågakomma enligt körkortslagstiftningen.[138] Så blev också fallet.[139]

Ytterligare ett exempel är lagrådets bedömning av skyldigheten enligt strålskyddslagen för alla som arbetade med joniserande strålning att underkasta sig sådan läkarundersökning som behövdes för att utröna om de löpte risk att skadas av strålning. Enligt det förslag lagrådet granskade skulle de berörda vara skyldiga att underkasta sig läkarundersökning i den utsträckning som föreskrevs av regeringen eller den myndighet regeringen bestämde. Lagrådet menade med hänsyn till RF 2:6 o. 12 att skyldigheten att undergå läkarundersökning borde preciseras till sådan läkarundersökning som behövs för att bedöma risken för skada vid exponering för joniserande strålning samt vidare att regeringen endast skulle ha möjlighet att **inskränka** skyldigheten att undergå läkarundersökning (samt att meddela närmare föreskrifter om undersökningen), ett förslag som departementschefen följde.[140]

Gemensamt för de här behandlade yttrandena är att lagrådets påpekanden gällt detaljer i lagförslagen, att granskningen får sägas ha varit av juridisk-teknisk karaktär, att kritiken framförts i försiktiga ordalag och aldrig riktats mot förslagens grunder (med viss reservation för de nyss nämnda läkarundersökningarna) samt, inte minst, att regeringen tagit intryck av lagrådets kritik. En jämförelse, inte minst i sistnämnda hänseende, med de yttranden där lagrådet framfört mer oförblommerad kritik är på sin plats.

Ett sådant yttrande gällde ett förslag 1988 till ändring i polislagen. I 19 § i polislagen hade 1987 införts en möjlighet för polisman att kroppsvisitera eller undersöka handbagage för att söka efter föremål ägnade att användas som vapen mot liv eller hälsa.[141] Året efter föreslog emellertid regeringen att möjligheten till kroppsvisitation, i syfte att motverka klottret på allmänna platser, skulle utvidgas till att gälla föremål ägnade att användas som hjälpmedel vid brott som innefattade skada på egendom. Lagrådet **avstyrkte** här för en gångs skull förslaget med följande motivering:

> Syftet med lagförslaget är att det skall bli lättare att motverka klotter och liknande skadegörelse. Den föreslagna bestämmelsen har en vidare räckvidd. Men även bortsett härifrån anser lagrådet att en sådan regel om begränsning av skyddet mot kroppsvisitation som det remitterade lagförslaget innehåller bör undvikas med tanke på det starka skydd som bör finnas för en persons kroppsliga integritet.

138. Yttrande 10 mars 1989, prop 1988/89:134 s. 49.
139. Ett liknande yttrande 1985 gällde ett förslag till ändringar i luftfartslagen, enligt vilket Luftfartsverket bemyndigades att i vissa fall föreskriva fotograferingsförbud. Lagrådet klargjorde att detta innebar en inskränkning i informationsfriheten, som endast kan begränsas genom lag, varför bemyndigandet var grundlagsstridigt. Regeringen ändrade förslaget så att lagtexten kom att innefatta även ifrågavarande fall av fotograferingsförbud. Se yttrande 24 april 1985, i prop 1984/85:212 s. 185, 192. Även lagrådets yttrande 1987 över ett förslag till tullag kan nämnas här (yttrande 5 maj 1987, i prop 1986/87:166 s. 223 f), liksom ett yttrande den 6 april 1994 om förslaget till ny lotterilag, som på en punkt kom i konflikt med 1:12 YGL (prop 1993/94:182). Regeringen följde här lagrådets förslag.
140. Se yttrande 7 december 1987, prop 1987/88:88 s. 79, 207 f.
141. Jfr härtill yttrande 5 mars 1987, prop 1986/87:115, där lagrådet lämnat förslaget utan erinran (anf prop s. 14), vilket även JuU gjorde (JuU 1986/87:36). De föremål polismannen här gavs rätt att leta efter var sådana som kunde förverkas jämlikt 36:3 p. 2 BrB; jfr detta lagrum.

> Det är svårt att i lagstiftningen begränsa möjligheten att utnyttja kroppsvisitation till sådana situationer där den ur allmän synpunkt kan anses vara en godtagbar åtgärd. Det får ses som ett angeläget och godtagbart ändamål att försöka komma till rätta med denna skadegörelse.[142]

Lagrådet fann således dels att förslaget gick längre än nödvändigt med hänsyn till – det i och för sig godtagbara – ändamålet och därigenom stred mot proportionalitetskravet i 2:12 st. 2, dels att det under alla omständigheter var olämpligt med hänsyn till vikten av att värna den personliga integriteten; det senare argumentet syftar möjligen på 2:6 men är inte bestämt anknutet till någon enskild regel i RF. Justitieministern vidhöll dock förslaget, trots den hårda lagrådskritiken (ehuru förutsättningarna för kroppsvisitation preciserades).[143] Samtliga oppositionspartier var emellertid emot förslaget, som avstyrktes av både KU och JuU »med tanke på det starka skydd som bör finnas för den kroppsliga integriteten»[144] (samma »fria» argument som i lagrådet således) och till slut röstades ner i riksdagen.

En del av ett förslag 1987 till ändringar i RB var att hämtning till domstolsförhandling av part eller vittne skulle kunna ske omedelbart, dvs utan föregående kallelse och vitesföreläggande. Enligt förslagets ordalydelse skulle hämtning kunna ske även av någon som var ovetande om att han var åberopad som vittne i ett tvistemål, om domstolen fann att det kunde antas att han inte skulle följa ett föreläggande vid vite att inställa sig. Enligt lagrådet kunde det inte uteslutas att en tillämpning av de föreslagna reglerna också skulle omfatta fall där den som hämtats skulle ha inställt sig därest han hade fått ett vitesföreläggande. Eftersom hämtning var en ingripande och allvarlig åtgärd som rörde den enskildes personliga frihet och kroppsliga integritet fann lagrådet, under hänvisning till proportionalitetskravet i 2:12 st. 2, att en avvägning måste ske mellan syftet med förslaget och ingreppet i den enskildes frihet. Resultatet av denna avvägning var enligt lagrådet att hämtning av vittnen, parter i indispositiva tvistemål och målsägande i brottmål endast borde medges under förutsättning att åtgärden var nödvändig därför att den som skall infinna sig **inte på annat sätt hade kunnat förmås att själv inställa sig** (vilket förutsatte att han lämnats tillfälle därtill). På grund av att det också befanns oförenligt med art. 5 p. 1 i ECHR avstyrkte lagrådet även detta förslag, varefter regeringen lät förslaget falla.[145] Det kan noteras att lagrådet här på ett tydligare sätt än vid bedömningen av klotterbekämpningsförslaget uttalade sig till stöd för en avvägning mellan lagförslagets syfte och den berörda medborgerliga rättigheten.

Ganska få lagrådsyttranden berör lagförslags förenlighet med TF och YGL, även om antalet yttranden ökat något på senare år till följd av förslag om hårdare straff mot barnpornografi och upphörande av utdelning av sändningstillstånd för lokalradio. Ett lite speciellt yttrande som berörde TF rörde »Lex Bratt», den ovan under 17.1.1 nämnda lagen om företagshemligheter. Innan detta ärende avancerat så långt att ett »färdigt» lagförslag kom att vila i ett år (se härom under 17.1.1) hade regeringen framlagt ett förslag, som lagrådet i ett yttrande den 21 mars 1988 inte hade några allvarligare invänd-

142. Yttrande den 4 mars 1988, i prop 1987/88:143 s. 16. Bedömningen av »hårdheten» i lagrådets yttrande modifieras dock avsevärt av att lagrådet kunde tänka sig – och föreslog – en möjlighet för polismän att enbart undersöka väskor och handbagage.
143. Yttrande 4 mars 1988, prop 1987/88:143 s. 20 f.
144. JuU 1988/89:13 s. 10, KU 1988/89:1y.
145. Yttrande 17 februari 1987, prop 1986/87:89 s. 250 f.

ningar mot.[146] Efter allvarlig kritik mot detta förslag i den allmänna debatten utarbetade LU ett nytt förslag[147], som emellertid inte i alla delar föll lagrådet i smaken. LU ville skriva in i lagen att den som uppsåtligen på ett olovligt sätt bereder sig tillgång till en företagshemlighet skulle dömas för företagsspionerі, vilket gjorde det möjligt att döma till ansvar för företagsspionerі oberoende av gärningsmannens eventuella publiceringssyfte. Enligt lagrådet stred detta mot TF 1:9 p. 3; regeln att utan hinder av TF gäller vad som stadgas i lag om ansvar för det sätt på vilket uppgift anskaffats avsåg enligt lagrådet blott det sätt uppgiften anskaffats på, inte innehållet i uppgiften. Brottet företagsspionerі avsåg emellertid anskaffande av information av visst bestämt slag, nämligen företagshemligheter. Enligt lagrådet hade LU tolkat TF 1:9 fel, varför utskottets förslag avstyrktes.[148] LU rättade sig efter lagrådets kritik; det förslag som kom att vila ett år innehöll inte de av lagrådet kritiserade formuleringarna.[149]

En intressant fråga, som berörts ovan under 15.1.2 samt i de nämnda yttrandena om kroppsvisitation respektive hämtning, är lagrådets möjlighet att bedöma om de materiella begränsningskraven i 2:12 st. 2 respektive 2:13-14 är uppfyllda. Som vi sett har frågan huruvida en rättighetsbegränsnings ändamål är godtagbart i ett demokratiskt samhälle vid några tillfällen berörts av lagrådet, liksom proportionalitetskravet. Däremot har lagrådet efter införandet av nuvarande 8:18 aldrig tagit ställning till om en begränsning hotar den fria åsiktsbildningen[150] eller sker enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. En fråga som var särskilt omdiskuterad vid utarbetandet av de nuvarande rättighetsreglerna under 1970-talet var som vi sett i 15.1.2 möjligheten enligt RF 2:13 att begränsa yttrande- och informationsfriheten närhelst »särskilt viktiga skäl» krävde det. Lagrådet har vid några tillfällen haft anledning att bedöma innebörden av detta rekvisit.

Första gången detta skedde var 1981, då frågan gällde det under 17.1.1 behandlade förslaget om extremvåldsförbud. Som nämnts fann lagrådet syftet med detta förbud godtagbart, ehuru det ifrågasattes om proportionalitetskravet var uppfyllt. Därefter bedömde lagrådet om yttrandefrihetsbegränsningen kunde motiveras av särskilt viktiga skäl:

> Frågan om förbudets grundlagsenlighet kommer emellertid i ett annat läge om förbudet skall syfta till att som ett ändamål i sig förhindra vuxna från att få tillgång till filmer och videogram med skildringar av extremvåld. Härvid måste bedömas om begränsningen i yttrandefriheten föranleds av särskilt viktiga skäl enligt vad som sägs i 2 kap. 13 § första stycket tredje meningen regeringsformen. Eftersom fråga är om skildringar av extremt våld, vilkas spridning inte är försvarlig, och det är ett starkt samhällsintresse att våldsmentaliteten inte breder ut sig, ligger det

146. Prop 1987/88:155 s. 56 ff.
147. LU 1988/89:30.
148. Yttrande 28 november 1988, se LU 1988/89:30 bil. 4 s. 104 f: »Det är överhuvudtaget inte möjligt att genom vanlig lagstiftning förbjuda inhämtande av viss information för publicering.»
149. En mycket ingående skildring av lagrådets bedömning i förhållande till LU:s resonemang ges av regeringsrådet Stig Nordlund i Författningsdomstol och lagprövning, Stockholm 1991 s. 21 ff.
150. Detta bedömdes emellertid i ett yttrande den 25 januari 1979 om ett förslag till ändringar i lagen om allmänna sammankomster.Se nedan i 17.2.

> enligt lagrådets mening nära till hands att finna en grund för begränsningen i det nyss angivna lagrummet.[151]

Lagrådet visade här som synes en påfallande beredvillighet att tolka in en rättighetsbegränsning, som möjligen inte uppfyllde kraven enligt 2:12 st. 2, under »reservutgången» eller »uppsamlingsregeln» om särskilt viktiga skäl i 2:13 st. 1 p. 3. En annan attityd visades 1985 i ett yttrande över ett förslag till lag om lokala kabelsändningar, där lagrådet kort konstaterade att frågan vad som skall anses utgöra särskilda skäl var »en fråga av företrädesvis politisk natur och det ankommer inte på lagrådet att göra politiska bedömningar.»[152] Ett sällsynt tydligt fall av restraint således. En rakt motsatt hållning präglade emellertid yttrandet 1991 över förslaget till lag om TV-reklam, där lagrådet ingick i en saklig prövning av om ett föreslaget annonseringsförbud i politiska, religiösa och fackliga frågor uppfyllde kravet på särskilt viktiga skäl. Lagrådet menade nu, till skillnad från 1985, att vad som var särskilt viktiga skäl måste granskas från rent rättsliga synpunkter och fann att förslaget ingav betänkligheter med hänsyn till 2:13.[153]

Det märkligaste med dessa yttranden är naturligtvis att lagrådet skiftar uppfattning i huvudfrågan, om man överhuvudtaget **kan** ta ställning till om det omdiskuterade kravet på särskilt viktiga skäl är uppfyllt – vilket naturligtvis, om det nu är möjligt, kräver en åtminstone i viss mån rättspolitisk bedömning[154] – så ofta under loppet av ett decennium. 1981 var lagrådet berett att godta en kontroversiell yttrandefrihetsbegränsning med hänvisning till detta krav, i en situation då man inte fann lagförslaget godtagbart enligt övriga regler i 2 kap. RF. 1985 ansåg sig lagrådet så inte behörigt att pröva den delvis politiska frågan, för att 1991 dels slå fast att det var »angeläget» att frågan huruvida särskilt viktiga skäl förelåg granskades från rättsliga synpunkter, dels på följande sätt försöka definiera begreppet »särskilt viktiga skäl»:

> Allt som i och för sig kan anses förnuftigt och välmotiverat kan inte utan vidare tillåtas passera, ens om det skulle i sak lämnas obestritt av det stora flertalet. Det måste vara fråga om skäl med en speciell tyngd. Vad det ytterst gäller är att inte skapa olyckliga prejudikat som kan åberopas i andra, oförutsedda sammanhang.[155]

Denna ändrade hållning i grundfrågan kan inte bara bero på att lagrådet hade olika sammansättning vid de olika tillfällena, utan återspeglar sannolikt en ändrad attityd och en sammantaget ökad djärvhet från lagrådets sida, som går igen också i vissa andra yttranden från 1990-talet.[156] Utbildningsministern vidhöll emellertid hursomhelst här sitt förslag, eftersom möjligheten till åsiktsannonsering skulle kunna gynna särskilt resurs-

151. Yttrande 25 maj 1981, KU 1980/81:28 s. 44 ff.
152. Yttrande 9 april 1985, prop 1984/85:199 s. 77.
153. Yttrande 5 mars 1991, prop 1990/91:149 s. 329: »Iögonfallande är emellertid att regeringsformen i omedelbar anslutning till uttrycket »särskilt viktiga skäl» slår fast att vid bedömande av vilka begränsningar som får ske »skall särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.» Ett speciellt förbud mot vissa slags annonser i just politiska, religiösa och fackliga frågor ter sig mot den bakgrunden inte naturligt.» Se vidare ovan kap. 15.1.2.
154. Jfr Algotsson, a.a.s. 338: »...dylika avgöranden går långt utöver det »juridisk-tekniska» och implicerar intresseavvägningar av kanske kontroversiell natur.»
155. Anf.yttrande.
156. Jfr nedan i 17.1.2.3.

starka grupper och därigenom motverka en allsidig debatt.[157]

I samma ärende kritiserade lagrådet också den konstruktion i 7 § radiolagen enligt vilken frågan om förbud eller villkor för reklam i radio/TV regleras i ett avtal mellan regeringen och sändningsföretaget. Lagrådet konstaterade kort att »(Y)ttrandefrihetsbegränsningar genom avtal, vare sig de medges i lag eller ej, saknar stöd i RF.»[158] Inte heller denna kritik hade emellertid någon effekt på lagförslagets utformning.

Ett annat fall i 1990-talets början där lagrådet inte skrädde orden, som i och för sig inte direkt berörde någon grundlagsreglerad rättighet men som ändå är av intresse i detta sammanhang, gällde ett regeringsförslag betitlat »Vissa begränsningar i målsäganderätten».[159]

Bakgrunden till förslaget var synnerligen speciell; sex högre polischefer hade blivit åtalade för olovlig avlyssning. De personer som hade blivit avlyssnade och därför var målsägande i rättegången var kurdiska och palestinska flyktingar vilka enligt polisens uppfattning kunde misstänkas för att vara delaktiga i terroristaktiviteter. Vid den rättegång där åtalet mot polischeferna skulle prövas blev det nödvändigt att behandla åtskilliga av polisens rutiner avseende terroristbevakning och dylikt, varför det fanns farhågor från polisens sida att de målsägande skulle få onödigt god inblick i delar av polisens verksamhet. Målsägande har enligt 20:8-9 RB en generell rätt – s.k. subsidiär åtalsrätt – att väcka åtal, biträda åtal, fullfölja åtal i högre rätt och överta nedlagt åtal. Åtskilligt av det material som kunde vara känsligt var sekretesstämplat, men justitiedepartementet fann inte att det var möjligt att utestänga målsägandena från de delar av rättegången där sekretesstämplat material skulle behandlas. I stället föreslogs en ny bestämmelse i RB 20 kap, 10 a §, enligt vilken målsägandens straffrättsliga talerätt skulle kunna begränsas och i vissa fall avskäras helt.

Förslaget kritiserades hårt i den allmänna debatten. Det konstaterades att bestämmelsen även om den var generellt tillämplig uppenbarligen tog sikte på ett konkret fall, att den i detta mål fick en märklig inverkan eftersom åtal redan var väckt[160], att den hotade rättssäkerheten och stred mot fundamentala rättsprinciper (dvs mot »rättsordningen i övrigt» för att anknyta till terminologin i 8:18) och möjligen också mot ECHR. Dessutom var handläggningen av förslaget något särpräglad; åtta särskilt utvalda remissinstanser fick två dagar på sig att yttra sig över det. Regeringens avsikt var uppenbarligen att lagen skulle kunna antas innan riksdagen gjorde sommaruppehåll. (Rättegången i Stockholms Tingsrätt skulle påbörjas den 3 september.)

Sex av de åtta remissinstanserna tillstyrkte förslaget (JO och Advokatsamfundet avstyrkte). Mot denna bakgrund och med tanke på regeringens dokumenterat starka önskan att snabbt lotsa lagförslaget genom riksdagen[161], var det kanske inte direkt väntat att

157. Prop 1990/91:149 s. 91 ff, särskilt s. 95-97. Vissa preciseringar gjordes dock; bl.a. uttalades att förbudet bara riktade sig mot annonser som direkt syftade till att vinna stöd för politiska, religiösa eller fackliga åsikter.
158. Prop 1990/91:149 s. 325. Se närmare ovan i 14.3.
159. PM från justitiedepartementet av den 4 maj 1990.
160. Frågan i vilken utsträckning regeln i RF 11:2 om att ingen myndighet får bestämma hur domstol skall döma eller tillämpa rättsregel i ett enskilt fall iakttogs under tingsrättens handläggning av denna rättegång vore f.ö. från många synpunkter värd ett närmare studium, vilket dock ej kan utföras här.
161. Folkpartiet, miljöpartiet och vpk var emot förslaget, medan centerns inställning var oklar. Moderaterna, det största oppositionspartiet, förklarade sig emellertid stödja det. – Petrén menade f.ö. i SvJT 1990 s. 633 att målsägandens talerätt i de fall som förslaget täckte närmast har "karaktären av en medborgerlig rättighet". Att den i vart fall har en högre status än många andra processrättsliga bestämmelser tycks vara rimligt, eftersom den i så hög grad representerar en rättighet för enskilda personer, av stor principiell betydelse för rättssäkerheten.

lagrådet skulle avstyrka förslaget. Men lagrådet avgav ett av sina mest kritiska yttranden någonsin:

> Det har inte vid den begränsade remissbehandlingen eller eljest belysts närmare i vilka typer av mål ett upphävande av målsägandes talerätt kan bli aktuell och i vilken omfattning lagen kan väntas bli tillämpad. Det kan ändå antas att en typisk situation är att företrädare för det allmänna i sin uppgift att beivra allvarlig brottslighet har överträtt sina befogenheter gentemot enskilda. Det framstår därför som principiellt tvivelaktigt att från det allmännas sida införa en lagstiftning som kan hindra den kränkte att föra talan mot de ansvariga och som därmed kan inverka på hans möjligheter att få ut skadestånd av staten. Den kontrollfunktion som är en viktig grund för den subsidiära åtalsrätten gör sig också gällande med särskild tyngd i de mål det sålunda kan bli fråga om. Misstankar kan lätt uppkomma att utredning eller åtal underlåts i statens intresse...Det åberopas i remissen att en lösning som innebär att målsäganden utestängs enbart från det material sekretessen avser skulle strida mot den fundamentala principen om rätt till partsinsyn. Lagrådet kan instämma i detta men kan inte dela uppfattningen att det från denna synpunkt är ett bättre alternativ att utestänga målsäganden från hela processen...Med hänsyn härtill kan lagrådet inte tillstyrka en lagstiftning efter den linje som lagförslaget innefattar.[162]

Regeringen valde, som en direkt följd av lagrådets skarpt formulerade yttrande, att dra tillbaka förslaget. Detta är således ett exempel på att även skarpt formulerad kritik från lagrådet kan hörsammas; att i detta skede helt dra tillbaka det hårt kritiserade förslaget torde f.ö. ha varit en kännbar prestigeförlust för regeringen, emedan ledande företrädare för justitiedepartementet alltsedan förslaget lagts fram starkt hade betonat vikten av att en lag av angivet slag infördes.

I ett annat något särpräglat fall, som också kan nämnas här, uttalade sig lagrådet skarpt utan att få gehör för sin ståndpunkt – samtidigt som det i detta fall inte kan sägas att det var lagrådet som värnade om den i sammanhanget aktuella medborgerliga rättigheten. I en proposition 1987 med förslag till olika ändringar i TF föreslogs också en skärpning av straffbestämmelsen om hets mot folkgrupp (BrB 16:8). Till skillnad från tidigare skulle det inte krävas att ett uttalande gjordes offentligt eller spreds bland allmänheten för att det skulle vara straffbart, utan det räckte att uttalandet överhuvudtaget spreds (t.ex. inom en organisation). Justitieministern ville emellertid inte föreslå något förbud mot rasistiska organisationer, bland annat för att de öppet rasistiska organisationerna var mycket små och utan inflytande, samtidigt som skärpningen av regeln om hets mot folkgrupp var tillräcklig för att tvinga dem till passivitet. Vidare anfördes att ett förbud skulle ge organisationerna ökad uppmärksamhet och uppmuntra underjordisk, svårkontrollerad verksamhet, att tillämpningssvårigheter kunde uppstå samt »de principiella aspekterna mot en lagstiftning som tar omedelbart sikte på en begränsning av föreningsfriheten.»[163]

162. Yttrande från den 15 maj 1990, refererat i Advokaten 1990 s. 154-56. Lagrådet hade därutöver ytterligare, skarpt formulerad kritik mot vissa detaljer i förslagets utformning. Yttrandet avslutades till yttermera visso med att »(E)n övergångsbestämmelse av innebörd att bestämmelserna inte får tillämpas om åtal väckts före ikraftträdandet är enligt lagrådets mening påkallad.» Lagrådets kritik mot förslaget innebar f.ö. att de bägge ledamöterna från HD, justitieråden Böret Palm och Lars K. Beckman, gick emot sin egen domstol; HD hade i sitt remissyttrande godtagit förslaget. Se för kritik mot HD på denna punkt Petrén, Högsta Domstolens ställning, SvJT 1990 s. 633-35.
163. Se prop 1986/87:151 s. 104 ff, särskilt s. 111.

Till saken hörde att Sverige 1971 tillträtt FN:s rasdiskrimineringskonvention från 1965. Enligt art. 4b i denna konvention förbinder sig konventionsstaterna att förbjuda organisationer som främjar och uppmuntrar till rasdiskriminering samt att förklara deltagande i sådana organisationer som en brottslig handling. Lagrådet prövade i sitt yttrande huruvida Sveriges godtagande av FN-konventionen krävde ett förbud mot rasistiska organisationer; enligt justitieministern räckte skärpningen av regeln om hets mot folkgrupp för att svensk lagstiftning skulle motsvara Sveriges åtagande enligt konventionen. Lagrådet sade sig visserligen ha förståelse för de argument departementschefen hade anfört mot ett organisationsförbud, men menade att det var »svårt att komma ifrån att konventionen enligt sina ordalag ålägger staterna att införa ett uttryckligt sådant förbud». Sverige, som traditionellt varit angeläget om att uppfylla sina folkrättsliga åtaganden, borde därför ompröva den avvisande inställningen till ett organisationsförbud. Infördes ett sådant behövdes enligt lagrådet ingen skärpning av bestämmelsen om hets mot folkgrupp.[164]

Lagrådets yttrande måste sägas bygga på en ren bokstavstolkning av FN-konventionen[165], samtidigt som denna uppenbarligen gavs företräde framför föreningsfriheten i RF 2:1 st. 1 p. 5 (vilket knappast är någon självklar tolkning av förhållandet mellan grundlag och internationella konventioner). Varken riksdag eller regering tog emellertid något intryck av lagrådet på denna punkt; både KU och JuU avstyrkte förslaget om förbud mot rasistiska organisationer, eftersom behov saknades och Sverige även förbudet förutan uppfyllde sina åtaganden enligt konventionen.[166] Regeringens förslag godtogs också av riksdagen.

Slutligen kan bland de verkligt kritiska yttrandena nämnas ställningstagandet till KU:s förslag våren 1994 att mot bakgrund av önskemålet om hårdare regler mot barnpornografi (se ovan kap. 15.2) göra vissa ändringar i TF och YGL, trots att tiden härför egentligen försuttits. Lagrådet vände sig här mot att frågan om grundlagsändring drevs under sådan tidspress som skedde; avsikten med ett särskilt förfarande för grundlagsändring är att garantera en omsorgsfull beredning, vilket är särskilt angeläget på det tryckfrihetsrättsliga området där regleringen är komplicerad. Sedvanlig remissbehandling av lagförslag på detta område brukar därför enligt lagrådet avkasta värdefulla synpunkter, medan detta lagförslag inte hade fått den allsidiga belysning som bör föreligga innan en grundlagsändring genomförs. Därtill kom en mängd kritiska synpunkter av både saklig och rättsteknisk karaktär.[167] KU tog dock här inga intryck av lagrådets kritik utan hade, som framgick i 15.2, av allt att döma »gått hela vägen» och föreslagit en kriminalisering av innehav av barnpornografi, därest erforderlig majoritet härför hade funnits i utskottet. Eftersom så inte var fallet tvingades KU nöja sig med att genom vissa smärre grundlagsändringar, vilka antogs delvis i strid med lagrådets synpunkter, vidga möjligheterna till konfiskation och beslag av barnpornografi.[168]

164. Yttrande 19 januari 1987, anf prop s. 307 f.
165. Jfr Algotsson, a.a.s. 174.
166. KU 1987/88:36 s. 23 resp. bil. 2.
167. Se KU 1993/94:28 bil. 2.
168. Detta torde f.ö. ha varit första gången som lagrådet fick ta ställning till två alternativa lagförslag, eftersom regeringen till lagrådet översände två alternativ till skärpning av straffen mot barnpornografi. Se KU 1993/94:28 bil. 1 samt ovan i 15.2 på s. 586 f.

Den gjorda genomgången visar att regering och riksdag lika gärna kan böja sig för lagrådets mening när lagrådet formulerar skarp kritik som när det enbart invänder mot detaljer i lagförslagen. Förslagen om hämtning, begränsning av målsäganderätten och Lex Bratt drogs således tillbaka respektive ändrades av regeringen och LU, medan riksdagens majoritet delade lagrådets mening om det förslag om kroppsvisitation som var avsett att bekämpa klotter (ehuru regeringen där gick emot lagrådet). Däremot finns det naturligtvis inga garantier för att lagrådets kritik hörsammas enbart för att lagrådet skärper tonen; detta i och för sig självklara faktum illustreras tydligt av förslaget om hets mot folkgrupp och den i samband därmed berörda frågan om förbud mot rasistiska organisationer, liksom i och för sig av barnpornografifrågan, där dock omständigheterna var särpräglade eftersom det politiska trycket på lagändringar (vilka i sin tur krävde grundlagsändringar) var så starkt. Det ärendet visar dock möjligen att lagrådets mer formella synpunkter (vilka ju här knappast i sig var partipolitiskt kontroversiella) väger lätt när viljan att lagstifta på ett visst område är stark.

c. Några speciella yttranden Med »speciella» eller särpräglade – eller blandade – yttranden avses här främst yttranden där lagrådet i och för sig godtagit huvuddragen i en föreslagen lag, men kommit med invändningar, juridiskt-tekniska eller grundläggande konstitutionella, på någon, inte helt oväsentlig, punkt. Även fall där lagrådet avstyrkt förslag men gjort det i mycket inlindade ordalag, som knappast kan uppfattas som kritik mot förslagets grunder, hör hemma här.

Till den första kategorin hör yttrandet över förslaget till plan – och bygglag (PBL).[169] Lagrådet var i sitt mycket omfångsrika yttrande i stort sett positiv till förslaget, men föreslog omfattande juridisk-tekniska – språkliga och redaktionella – ändringar. Dessutom gjordes vissa invändningar beträffande förslagets grundlagsenlighet, varvid främst förenligheten med normgivningsreglerna i 8 kap. ifrågasattes. Vad gäller förenligheten med grundlagens rättighetsregler var det främst två inslag i förslaget som lagrådet analyserade närmare. Dels invände lagrådet mot en ersättningsregel vid intrång på fastigheten, enligt vilken en fastighetsägare skulle vara skyldig att tåla skada av viss storlek – motsvarande en femtedel av den berörda fastighetsdelens värde – innan någon ekonomisk kompensation kunde utgå. Trots att PBL enligt lagrådet gav fastighetsägare en bättre rättslig ställning än tidigare, ifrågasatte lagrådet om en fastighetsägare skulle vara skyldig att tåla skador på tjugo procent av (i de flesta fall) fastighetens värde. Visserligen fann inte lagrådet att förslaget stred mot RF 2:18, men däremot ifrågasattes om det var förenligt med rättsordningen i övrigt.[170] Lagrådet föreslog därför att kvalifikationsgränsen sänktes till en tiondedel av värdet. Också den andra punkten gällde gottgörelse till dem som drabbats av ingrepp från det allmännas sida. Enligt övergångsbestämmelserna skulle genomförandetiden för planer fastställda efter 1977 års utgång vara tio år från det att fastställelsebeslutet vunnit laga kraft. För äldre planer skulle däremot genomförandetiden ha ansetts gått ut, vilket innebar att sådana planer kunde ändras eller upphävas om det var påkallat från allmän synpunkt (utan hänsynstagande till enskilda fastighetsägares

169. Yttrande 12 mars 1985, prop 1985/86:1 bil. 1 s. 207 ff.
170. Anf prop s. 216 ff. Beträffande förhållandet till ECHR fann lagrådet att det var oklart om ECtHR skulle finna bestämmelsen förenlig med art. 1 i första tilläggsprotokollet.

intressen). Förslaget innehöll därför bestämmelser om kompensation och rätt till inlösen för fastighetsägare som drabbades oskäligt hårt av en ändring eller ett upphävande, men dessa omfattade bara fastigheter som fick bebyggas med bostäder, inte fastigheter avsedda för t.ex. industri- eller handelsändamål. Lagrådet fann inte heller dessa bestämmelser grundlagsstridiga, men däremot oskäliga för vissa fastighetsägare och möjligen stridande mot ECHR, varför kretsen av ersättningsberättigade borde vidgas.[171]

Beträffande ersättningen vid intrång var bostadsministern inte beredd att acceptera någon gräns på 10 % av fastighetens värde, men däremot infördes vid markreglering en generell rätt till ersättning när pågående markanvändning avsevärt försvårades.[172] Vad gäller övergångsbestämmelserna gick däremot bostadsministern lagrådet till mötes; av rättviseskäl togs begränsningen beträffande markens användningssätt bort, så att rätt till inlösen under i lagen angivna förutsättningar kom att gälla för alla fastighetsägare.[173]

Trots att inget av förslagen bedömdes som grundlagsstridigt fick lagrådet således visst gehör för sina invändningar på dessa politiskt icke okontroversiella områden (liksom avseende en mängd juridisk-tekniska invändningar). En intressant fråga, som dock är omöjlig att besvara, är om lagrådets positiva helhetsbedömning av det relativt kontroversiella förslaget (som både folkpartiet och moderaterna var emot) möjligen kan ha gjort bostadsministern välvilligt inställd till lagrådet; de invändningar som lagrådet här gjorde befann sig nämligen knappast på särskilt solid juridisk eller konstitutionell grund, utan byggde på rena rättviseargument.

Ett liknande fall gällde förslaget 1985 till s.k. fritt handredskapsfiske, enligt vilket fiske med handredskap skulle bli tillåtet för allmänheten i Östersjön samt i de fem största svenska insjöarna. De innehavarare av enskilda fiskerätter som på grund härav drabbades av inkomstbortfall skulle ha rätt till ersättning för själva inkomstbortfallet, men däremot inte för sänkta marknadsvärden eller andra förluster. Som nämnts i kap. 14.1.2 ansågs inte rena rådighetsinskränkningar omfattas av 2:18, där ersättning »för förlusten» garanterades. Frågan var dock hur lagrådet skulle bedöma detta politiskt synnerligen omdiskuterade förslag. Som berörts ovan fann lagrådet att förslaget var ett gränsfall:

> Det kan väl erkännas att mellan klara fall av den karaktär grundlagsstadgandet åsyftar och fall som bestämt är att hänföra till rådighetsinskränkningarna finns en »gråzon», inom vilken det är svårt att med anspråk på full säkerhet göra uttalanden huruvida uppkommen lagstiftningsfråga faller på ena eller andra sidan av gränsen mellan respektive områden. I fall inom angiven gråzon torde från rättssäkerhetssynpunkt det mest tillfredsställande vara att utforma lagstiftningen så, att den fyller kraven enligt grundlagsbestämmelsen... Lagrådets synpunkter i det föregående har åsyftat att belysa att beaktansvärda skäl kan anföras för att de allmänna grunder som ligger bakom stadgandet i 2 kap. 18 § RF bör ges genomslagskraft även när det gäller lagstiftning som må anses inte formellt vara omfattad av detta stadgande men sakligt sett är närliggande.[174]

Yttrandet i denna kontroversiella fråga kan ses som ett exempel på en situation där lagrå-

171. Ibid.
172. Vid bebyggelsereglering skulle däremot fastighetsägaren endast vara berättigad till kompensation om skadan var betydande i förhållande till värdet av berörda delar av fastigheten. Den av lagrådet förordade siffermässigt angivna gränsen övergavs således helt.
173. Anf prop s. 389 ff och 418 ff.
174. Yttrande 3 januari 1985, prop 1984/85:107 s. 153.

det väljer att gå försiktigt fram: I stället för att välja något alternativ som kunde ha inneburit ett ställningstagande i den politiskt inflammerade frågan om förslagets grundlagsenlighet – dvs att antingen bedöma förslaget som grundlagsstridigt eller slå fast att det rör sig om en rådighetsinskränkning som inte omfattas av 2:18 – rör sig lagrådet med vaga yttranden som »gråzon», »svårt att med anspråk på full säkerhet», »närliggande» osv.[175] En viss oro för att lagrådsyttrandet skall hamna i centrum för den politiska striden kan här möjligen skönjas.

Regeringen tog hursomhelst denna gång ingen hänsyn till lagrådets försiktigt formulerade invändningar, utan införde trots hård opposition i riksdagen en lag (1985:139) om ersättning för intrång i enskild fiskerätt, i vars 1 § framgår att ersättning bara utgår för inkomstbortfall.[176]

På nästan exakt samma sätt prövade sig lagrådet 1986 fram i en annan mycket kontroversiell fråga, nämligen om den s.k. engångsskatten, dvs den tillfälliga förmögenhetsskatten för livförsäkringsbolag, understödsföreningar och pensionsstiftelser. Lagrådets slutsatser formulerades dock skarpare i detta fall.

Enligt förslaget skulle skatten tas ut med 7 % på den del av de berörda inrättningarnas förmögenheter som den 31 december 1986 översteg tio miljoner kronor. Även detta förslag blev mycket uppmärksammat i den allmänna debatten. Lagrådet tog i sitt yttrande upp fem invändningar om bristande grundlagsenlighet som därvidlag framförts.[177] Lagrådet fann att förslaget formellt inte stred mot retroaktivitetsförbudet i RF 2:10 eftersom lagen föreslogs träda i kraft den 23 december 1986 och skatten skulle utgå på förmögenheten vid utgången av 1986. Även om det kunde hävdas att förslaget stod i mindre god överensstämmelse med grunderna för retroaktivitetsförbudet kunde det inte sägas åsidosätta detta. Vidare diskuterades huruvida det var grundlagsenligt att försäkringsbolag m.fl. skulle beskattas för en förmögenhet som de förvaltade enligt avtal med försäkringstagarna. Lagrådet fann inga rättsliga hinder mot den konstruktion för skattens uttagande som valts, eftersom det fanns betryggande garantier för att denna i slutändan kom att drabba de enskilda enligt objektiva och rättsliga grunder. Argumentet att det inte var fråga om en skatt utan om konfiskation avfärdades helt[178], liksom påståendet att skatten

175. Det kan nämnas att Europakommissionen avvisade ett antal klagomål från svenska sökande om att lagen stred mot art. 1 i första tilläggsprotokollet. Se bl.a. Banér v. Sweden, D & R 60 s. 128.
176. Anf prop s. 164 f. Se borgerlig reservation i JoU 1984/85:26. Lagrådsyttrandet kritiserades i en motion av Anders Björck m.fl. moderata riksdagsledamöter (Mot. 1984/85:2838). Innebörden i motionen var att yttrandet gav riksdagen otillräckligt beslutsunderlag: »Uppenbart bör riksdagen i viktiga konstitutionella frågor ha rätt till ett uttömmande och så vitt möjligt entydigt besked om räckvidden av konstitutionella bestämmelser. Lagrådets granskning ger ej sådant besked.» I stället för att uttryckligen kritisera lagrådets ledamöter härför riktade motionärerna kritiken mot regeringen, som sades ha tillställt lagrådet ett ofullständigt material. Denna placering av ansvaret framstår dock inte som i sak alldeles självklar; tvärtom kan det hävdas att lagrådet med större självklarhet borde kunna avstyrka ett lagförslag om det baseras på ett otillräckligt underlag (vilket f.ö. skedde i yttrandet 16 november 1994 över KU:s förslag om tillfälligt tillståndsförbud för lokalradio, se KU 1994/95:25, bil. 3, jfr ovan i 17.1.1).
177. Yttrande 3 oktober 1986, prop 1986/87:61 s. 78-91. Enligt Sterzel, som deltog i lagrådets prövning av frågan, ligger det »i sakens natur att argument, som man vet förekommer i den allmänna debatten, gärna tas upp och reds ut». Se Lagrådet och engångsskatten s. 113 not 3.
178. Se för kritik mot denna inte särskilt utförligt motiverade slutsats Petrén, Lagrådets verksamhet s. 56.

skulle strida mot ECHR. På den femte och sista punkten, som gällde skattens engångskaraktär, hade emellertid lagrådet allvarligare betänkligheter mot förslaget. Det faktum att förslaget, som regeringen angivit i lagrådsremissen, inte stred mot någon föreskrift i RF uttömde nämligen enligt lagrådet inte den konstitutionella problematiken:

> Uppenbart är att utfyllnaden av den nya regeringsformen med en ändamålsenlig praxis är en angelägenhet av stor vikt...Vid granskningen av lagförslag, som aktualiserar frågan om regeringsformens utfyllnad med praxis, är det en viktig uppgift för lagrådet att redovisa sin uppfattning utifrån de synpunkter lagrådet har att företräda.

Efter att i det sammanhanget ha kritiserat regeringen för att inte ta ställning till dessa frågor i remissen övergick lagrådet till den sakliga prövningen:

> Lagrådet kan inte bortse från att detta lagförslag kan bilda utgångspunkten för en utveckling som skulle kunna ge upphov till rätt allvarliga betänkligheter med hänsyn till de grunder på vilka regeringsformen vilar. Förutom till 2 kap. 18 § kan bl.a. hänvisas till att den enskildes ekonomiska välfärd i 1 kap. 2 § uppställs som ett grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Det är första gången ett förslag framläggs om en engångsskatt på förmögenhet utan generell natur. En sådan skatt passar redan i sig mindre väl in i vårt konstitutionella system. Den skulle också kunna ge grund för olika engångsskatter på egendom som tas ut av snävt begränsade kretsar av skattskyldiga och med högre skattesatser än den nu aktuella. Någonting sådant ligger förvisso inte i remissen, men den innehåller inte heller något uttalande som tar avstånd från en sådan utveckling.
>
> Det remitterade förslaget skulle enligt lagrådets mening skapa ett olyckligt prejudikat på ett känsligt område, där grundlagsregleringen är ofullständig och oklar och praxisbildningen därför får en särskild betydelse. Man bör också särskilt uppmärksamma, att landet inte befinner sig i någon sådan krissituation som t.ex. 2 kap. 10 § regeringsformen talar om. Beslut som fattas under sådana extraordinära förhållanden har en begränsad prejudikatverkan, om ens någon, i normala tider. Om detta förslag genomförs, får man emellertid ett prejudikat som inte kan avfärdas på den grunden...Mot bakgrunden av dessa överväganden finner sig lagrådet böra avstyrka att det remitterade lagförslaget nu genomförs.

Som framgår av de anförda delarna av yttrandet höll lagrådet av allt att döma med finansministern om att förslaget inte stred mot RF eller mot något fördragsenligt folkrättsligt åtagande. Avstyrkandet av förslaget motiverades inledningsvis med lätt vaga ståndpunkter som att det kan bilda utgångspunkt för en olycklig utveckling och ger upphov till allvarliga betänkligheter. Sedan skärps tonen; förslaget sades passa illa in i Sveriges konstitutionella system och utgöra ett olyckligt prejudikat på ett känsligt område. Slutsatsen blev att lagrådet ansåg sig böra avstyrka förslaget, vilket ju inte tillhör vanligheterna. Vid en jämförelse med yttrandet om handredskapsfisket framstår inledningen i yttrandena som snarlika, medan fortsättningen och framförallt resultatet av granskningen är betydligt »tuffare» i detta senare fall. Samtidigt är yttrandet speciellt, eftersom flertalet av de i den allmänna debatten åberopade skälen för att förslaget var grundlagsstridigt uttryckligen avfärdades.

Lagrådets kritik fick emellertid mycket liten praktisk betydelse. Finansministern gjorde i propositionen som svar på lagrådets kritik ett uttalande avsett att stilla lagrådets oro, i den mån avstyrkandet berodde på att remissen inte innehöll något uttalande som tog avstånd från den tänkbara utvecklingen att beskattningsmakten genom riktade ingrepp av engångskaraktär användes för att kringgå RF 2:18: »Jag vill emellertid nu slå

fast att någon risk för en sådan utveckling inte föreligger.»[179]

Även om detta i och för sig kan beskrivas som »ett tungt vägande motivuttalande»[180] kan det ifrågasättas om några mildrande, överslätande, i sig till intet förpliktande formuleringar av departementschefen i ett fall som detta är en reaktion som står i rimlig proportion till den hårda kritik som lagrådet framfört. Algotsson anser uppenbarligen detta[181], liksom Sterzel, som till och med känt sig föranlåten att påpeka att någon principiell meningsskiljaktighet efter uttalandet knappast förelåg mellan regeringen/riksdagsmajoriteten och lagrådet.[182] Även Bengtsson uttalar sig i denna riktning.[183] Dessa bedömningar kan bara förklaras med att förarbetena, på traditionellt svenskt vis, tillmäts anmärkningsvärt hög status[184]; just det av lagrådet så hårt kritiserade förslaget genomfördes nämligen, trots hård debatt.[185]

I de här undersökta fallen fick således lagrådet gehör för i huvudsak juridisk-tekniska invändningar samt rena rättviseresonemang beträffande plan- och bygglagen, men varken för försiktigt formulerad kritik mot lagen om handredskapsfiske eller för den betydligt allvarligare kritiken mot engångsskatten. Några slutsatser härav förefaller dock omöjliga att dra.

I detta sammanhang kan också nämnas yttrandena rörande införandet av YGL, där lagrådet fick bedöma två olika propositioner med delvis skiftande innehåll och lustigt nog kom till olika slutsatser vid de olika granskningarna. Innan YGL infördes hade näm-

179. Anf prop s. 89.
180. Jfr Algotsson, Lagrådet...s. 261.
181. Ibid: »Lagrådets viktigaste kritik får härmed sägas ha blivit beaktad.»
182. A.a.s. 117.
183. Lagrådets makt över lagstiftningen, i Om lagrådsgranskning s. 65 f: »Det är emellertid klart att ett avstyrkande på konstitutionell grund är en mycket allvarlig invändning mot en lagstiftning. Regeringen eller riksdagen brukar i sådana fall också söka efter utvägar att göra den kritiserade lagen mera acceptabel från grundlagssynpunkt. Det gjorde man, utom med plan- och bygglagen, också med förslaget om pensionsskatten 1986 – engångsskatten alltså. Det lagförslaget avstyrktes ju inte för att det var grundlagsstridigt utan för att det skulle kunna skapa en olycklig konstitutionell praxis; men departementschefen och riksdagsutskotten gjorde sedan sitt bästa för att klargöra, att meningen *inte* var att lagstiftningen skulle bli någon utgångspunkt för en sådan praxis. Här, liksom när det gällde plan- och bygglagen, kan man alltså säga att lagrådet vann sitt syfte med sin invändning.» – Beträffande riksdagsutskotten kan hänvisas till uttalanden i KU och SkU där »poängen» i finansministerns bemötande av lagrådskritiken betonades starkt. Se SkU 1986/87:17 och KU 1986/87:9y: »Utskottet, som instämmer i departementschefens uttalanden, vill framhålla att det inte bör komma i fråga att beskattningsmakten genom riktade ingrepp av engångsnatur används för att kringgå bestämmelserna i 2 kap. 18 § regeringsformen om expropriation och liknande förfoganden...I propositionen slår departementschefen fast att någon risk för en sådan utveckling inte föreligger. Utskottet ställer sig helt bakom vad departementschefen anfört i detta avseende. Med detta klarläggande undanröjs de farhågor, som legat bakom lagrådets tveksamhet till skatten av det skälet att den skulle kunna ses som inledningen till en ny konstitutionell praxis på skattelagstiftningens område.»
184. Detta förhållande påpekades av de borgerliga partierna i en gemensam motion (Mot. 1986/87:Sk. 136), vilket föranlett Algotsson (a.a.s. 263-64) att kritisera de borgerliga partiernas rättskällelära, som enligt honom synes tveksam på denna punkt (han förklarar dock inte närmare varför så är fallet). Kanske är det snarare Algotssons och övriga bedömares »rättskällelära» som bör kritiseras, när de utan vidare är beredda att acceptera ett motivuttalande som en fullvärdig lösning i ett omtvistat konstitutionellt spörsmål.
185. Se närmare om debatten efter lagrådets yttrande Algotsson, Lagrådet...s. 262 ff. Intressant i denna debatt var inte minst att lagrådets rätt att även granska politiska frågor här diskuterades ovanligt ingående.

ligen i en lagrådsremiss 1986 föreslagits att bestämmelserna om de nya medierna skulle utgöra en ny, andra avdelning i TF. Lagrådet menade då att alternativet med en ny, samlad grundlag från allmänna systematiska utgångspunkter var att föredra framför införandet av en särskild grundlag vid sidan av TF, eftersom förefintligheten av två grundlagar med en nära nog parallell reglering skulle ge ett egendomligt intryck och vara ägnad att skapa tillämpningssvårigheter.[186]

Lagrådsremissen följdes emellertid aldrig upp med lagstiftning, utan riksdagen beslöt att utreda frågan på nytt. När lagrådet så 1990 fick en ny remiss i ärendet, nu med ett förslag till ny yttrandefrihetsgrundlag vid sidan av TF, var tongångarna andra. Visserligen hade granskningen »inte gett anledning att gå ifrån vad det förra lagrådet uttalade», men den »hade inte heller gett bärande skäl för att motsätta sig det val» mellan de tänkbara alternativen som riksdagen bestämt sig för. Lagrådet sade sig också ta hänsyn till riksdagens klart markerade önskan att nu få fram ett positivt resultat av ett långvarigt reformarbete, varför remissens uppläggning borde godtas utan att den lagtekniska diskussionen behövde förlängas med upprepning av tidigare anförda argument för eller emot den ena eller andra lösningen.[187] Självständigheten i förhållande till riksdag och regering framstår här inte som överdrivet starkt markerad.

Samtidigt framfördes dock kritik mot att grundlagstexten enligt förslaget i så hög grad tillät närmare reglering i vanlig lag.[188] Eftersom syftet med YGL var att skydda yttrandefriheten fann lagrådet detta betänkligt. Lagrådet föreslog också konkreta ändringsförslag, av juridisk-teknisk karaktär, i syfte att minska den överdrivna lagregleringen, vilka i huvudsak godtogs av regeringen.[189]

Ett ärende med anknytning till YGL var det ovan i 17.1.1 refererade förslaget från KU om tillståndsmoratorium för lokalradion. Lagrådet avstyrkte som nämnts detta förslag, men enbart för att inte tillräcklig utredning förebragts om att ägarkoncentrationen i lokalradion var så stark att eftersträvad mångfald och lokal förankring hotades om inte moratoriet infördes.[190] KU ansåg sig därefter genom att ha tagit del av ytterligare material (av vilket slag framgick inte) ha fått stöd för att ägarkoncentrationen i lokalradion var osunt stor, varför förslaget lades fram (men sedan alltså fick vila ett år). Här framlades således lagförslaget trots lagrådets avstyrkande, men samtidigt tycks lagrådets synpunkt åtminstone i någon mån ha beaktats.

17.1.2.3 KAN LAGRÅDET ENLIGT GÄLLANDE REGLER FUNGERA SOM ETT VÄRN FÖR RÄTTIGHETERNA?

I föregående avsnitt har lagrådets yttranden över de viktigaste förslagen till rättighetsbegränsande lagar sedan 1980 genomgåtts. Genomgången får sägas ge vid handen att lagrådet så gott som undantagslöst uppmärksammar när ett lagförslag kan resultera i en rättighetsbegränsning och i allmänhet också påtalar de olägenheter detta kan innebära. För en bedömning av lagrådets reella betydelse för rättighetsskyddet är emellertid inte dessa insikter tillräckliga, utan då måste också faktorer som styrkan och karaktären av

186. Yttrande 19 januari 1987, prop 1986/87:151 s. 290 ff.
187. Yttrande 15 november 1990, prop 1990/91:64 bil. 5 s. 204.
188. Anf prop s. 206.
189. Jfr anf prop s. 206 ff m. YGL 1:1, 9 o. 10, 3:1-2, 5 o. 14 samt 4:1 o. 4. I SOU 1994:105 s. 263 ff, 271 ff o. 276 föreslås f.ö. att den ordning som lagrådet kritiserade 1991 i allt väsentligt bör fortsätta att gälla.
190. Yttrande 16 november 1994, se KU 1994/95:25 bil. 3.

lagrådets kritik i olika fall analyseras, liksom riksdagens och regeringens benägenhet att ta intryck av lagrådets synpunkter. Även utformningen av 8:18 måste inkluderas i bedömningen: Vilken praktisk betydelse har avsaknaden av obligatorisk lagrådsgranskning? Vad betyder det faktum att utebliven lagrådsgranskning aldrig utgör hinder mot en lags tillämplighet?

För att ta de senare frågorna först kan det konstateras att det under denna period är svårt att hitta exempel på någon viktig, rättighetsbegränsande lag som lagrådet inte hörts över.[191] Ett förslag där ett lagrådsyttrande väl kanske hade varit på sin plats gällde utvidgningen av filmcensur till att också omfatta videogram, men detta gällde en ändring av RF, som inte hör till lagrådets i 8:18 angivna granskningsområde.[192] Att lagrådet inte hördes berodde således på andra element i 8:18 än »bör-regeln». Dock kan det beklagas att lagrådet så sällan hörs över grundlagsändringar[193]; detta har i förarbetena motiverats med att ändringar i RF i allmänhet berör frågor av politisk natur och därför med tanke på den i huvudsak juridisk-tekniska granskning lagrådet är tänkt att utföra lämpar sig mindre väl för lagrådsgranskning.[194] Som Bengtsson konstaterat[195] kan även vanliga lagar avse politiskt känsliga frågor, varför det verkar egendomligt att koppla bort den lagtekniska expertisen just vid de allra viktigaste lagstiftningsärendena.

Vad gäller förhållandet att utebliven lagrådsgranskning aldrig utgör hinder mot lagens tillämpning är frågan främst i vilken utsträckning detta faktum kan minska regeringens (och i viss mån riksdagens) benägenhet att lyssna på lagrådet; regeln får sägas innebära att regering och riksdag kan »köra över» lagrådet utan att någon juridisk sanktion härför utgår. Denna fråga hänger i sin tur samman med vilken konstitutionell status lagrådets yttranden egentligen tillmäts. På denna väsentliga punkt råder emellertid vissa oklarheter.

Som konstaterats ovan kan lagrådet givetvis inte jämställas med en författningsdomstol (och främst på grund av avsaknaden av vetorätt inte heller med C.C. i Frankrike). På flera ställen i förarbeten och doktrin antyds emellertid att lagrådet inte kan ses som

191. Jfr justitierådet Hult i KU-utfrågning om lagrådet den 18 mars 1986, KU 1985/86:25, bil. A 5 s. 91 f. En fråga som kan anses röra rättssäkerhetens krav där lagrådet inte hördes var frågan om förlängning av generalklausulen mot skatteflykt (prop 1985/86:49). Även om förslaget inte innebar några förändringar i förhållande till vad som tidigare gällt och lagrådets hörande därför kan sägas sakna betydelse, kan själva det faktum att lagen tidigare ifrågasatts kraftigt från rättssäkerhetssynpunkt anföras till stöd för att lagrådet borde ha hörts när lagen skulle förlängas (varvid lagrådet blivit i stånd att göra en utvärdering av hur lagen fungerat).
192. Prop 1984/85:83, se vidare ovan s. 637 vid n. 125. Det kan konstateras att lagrådet 1989 hördes över förslaget till ny utlänningslag (yttrande 2 mars 1989, se prop 1988/89:86 bil. 7 s. 366 ff). Lagrådet godtog här de bestämmelser som sedan kom att vila ett år (se ovan under 17.1.1). Detta skulle kunna ses som ett uttryck för följsamhet, men så behöver naturligtvis inte vara fallet eftersom det faktum att förslaget innebär en rättighetsbegränsning och därför kan vila ett år inte automatiskt medför att det är grundlagsstridigt eller av någon annan anledning förtjänt av lagrådets kritik. Med endast smärre tekniska synpunkter godtog lagrådet f.ö. också förslaget till lag om särskild utlänningskontroll (yttrande 14 februari 1991, prop 1990/91:118), som ersatte de tidigare hårt kritiserade terroristbestämmelserna i utlänningslagen.
193. Jfr Bengtsson i SvJT 1994 s. 933.
194. Se prop 1978/79:195 s. 47.
195. A.a.

mer än ett remissorgan (om än ett särpräglat sådant).[196] Som Stjernquist konstaterar skiljer sig dock lagrådet på väsentliga punkter från andra remissinstanser genom att det är ett permanent, grundlagsreglerat organ, vars ledamöter rekryteras från HD och RegR. En korrektare beskrivning än det något missvisande och förklenande ordet remissinstans är därför ett juridiskt expertorgan[197] med unik konstitutionell status. Frågan **vilken** status lagrådets yttranden skall tillmätas har diskuterats anmärkningsvärt lite i doktrinen. Här ger inte heller 8:18 någon egentlig vägledning. Av det faktum att lagrådet saknar vetorätt följer dock att det är svårt att hävda något annat än att lagrådets yttranden **som mest** kan sägas ha en konstitutionellt sedvanerättslig status som går vida utöver vanliga remissyttranden. Hänsyn bör därvidlag också tas till att lagrådet till skillnad från de vanliga remissorganen inte yttrar sig över utredningsförslag utan över »färdiga» lagförslag som utarbetats i departementen och som regeringen ställt sig bakom. (En annan skillnad är att lagrådet till skillnad från flertalet vanliga remissorgan aldrig talar i egen sak, med utgångspunkt från vilka förslag som kan gynna den egna organisationen.) Däremot är det givet, med den utformning som 8:18 givits, att lagrådets konstitutionella bedömningar i och för sig inte i någon konkret situation kan ges företräde framför riksdagens eller regeringens.[198] En lags giltighet påverkas således aldrig av lagrådets motvilja mot den, men att lagrådet p.g.a. bristande grundlagsenlighet avstyrkt eller kritiserat ett lagförslag som sedan antagits kan dock vara ett faktum som i lagprövningssammanhang talar för att uppenbarhetskravet i 11:14 är uppfyllt.[199]

196. Se Stjernquist, a.a.s. 33. Jfr Bengtsson, Om expropriation och grundlagstolkning s. 40: »Liknande betydelse som lagrådets yttranden får man tillmäta remissyttranden av vissa juridiska instanser, särskilt Högsta Domstolen och regeringsrätten...» Se också prop 1970:24 s. 35: »Lagrådsgranskningen har kommit att uppfattas som ett remissförfarande som används för att få fram juridiskt fullgoda lagstiftningsprodukter».
197. Jfr Petrén/Ragnemalm s. 206. Se även prop 1970:24 s. 35: »Från andra remissinstanser skiljer sig lagrådet därigenom att det inte yttrar sig över utredningsförslag utan över förslag som utarbetats i departementen och som regeringen redan i huvudsak ställt sig bakom. På det stadium då lagrådets granskning kommer in är det sålunda inte längre fråga om att få underlag för regeringens ställningstaganden i betydelsefulla och politiskt kontroversiella sakfrågor utan om att få råd beträffande lagförslagens juridiska och tekniska utformning.»
198. Jfr till det sagda ovan i 17.1.2.1 under c. vid n. 121.
199. Se nedan kap. 18.2.4 – Den här berörda frågeställningen aktualiserades av lagrådets yttrande den 12 maj 1995 om förslag till kommunal skatteutjämning (se ovan i 1.3) och tangerades även vid en principdiskussion om lagrådets roll som ägde rum vid en av KU ordnad hearing den 7 november 1985 om förslaget till PBL. Debatten stod här mellan å ena sidan KU-ledamöterna Bertil Fiskesjö och Anders Björck, å andra sidan statssekreteraren Bengt Owe Birgersson. Birgersson hävdade att regeringen genom bostadsdepartementet »gjort en annan grundlagstolkning, som jag vill hävda att vi har rätt att få behandlad och bedömd på samma villkor som lagrådets.» Se KU 1985/86:25 bil. A5. Värdet av diskussionen minskas något av att det inte klart framgår i vilket sammanhang regeringens bedömning skulle ha rätt att bli bedömd på samma villkor som lagrådets. Att regeringen, om den har stöd av riksdagsmajoriteten kan **genomdriva** sin linje i strid med lagrådets bedömning är ju självklart. Att däremot lagrådets bedömning ändå kan uppfattas som mer juridiskt vederhäftig – vilket kan få betydelse i en lagprövningssituation – måste nog regeringen trots detta finna sig i.

Vilket inflytande har då lagrådet? Ser regering och riksdag det som en remissinstans bland andra, om än med speciella funktioner, eller tillmäts dess yttranden i själva verket utomordentligt stor vikt?[200]

Ett intressant faktum är att några före detta lagrådsledamöter uppenbarligen är oeniga på denna punkt. Medan Bengtssons uppfattning är att regering och riksdag vid avstyrkanden av lagförslag från lagrådet på konstitutionell grund brukar »söka efter utvägar att göra den kritiserade lagen mera acceptabel från grundlagssynpunkt» menar regeringsrådet Jöran Mueller att hans erfarenhet är att lagrådets faktiska inflytande på lagstiftning i väsentliga frågor är obetydligt.[201] Vem har rätt?

Som vi tidigare konstaterat har lagrådet inte sällan, på det område som här undersökts, haft ett tydligt inflytande på lagförslagens utformning. Detta har varit fallet både då lagrådet gjort juridiskt-tekniska anmärkningar och då invändningarna gällt mer eller mindre grundläggande konstitutionella frågor. Något samband med utlåtandenas avfattning – huruvida dessa varit skarpt eller försiktigt formulerade – går inte heller att belägga.

Generellt kan sägas att lagrådet i mycket hög grad fått gehör för sina juridisk-tekniska invändningar. (Som något av ett undantag måste därvidlag frågan om fritt handredskapsfiske beskrivas.[202]) Detta kan givetvis hänga samman med att dessa frågor i allmänhet är politiskt okontroversiella, varför en viss följsamhet från regeringens sida i dessa frågor kan vara ett enkelt sätt för regeringen att visa lagrådet respekt.[203] Som vi sett har dock lagrådet i flera fall fått gehör hos regeringen eller riksdagen även då kritiken varit skarpt formulerad och riktat sig mot förslagens grunder; detta gäller t.ex. åtgärderna mot klotter, ändring av hämtningsreglerna, Lex Bratt och inskränkningarna av målsägandens åtalsrätt. De frågor där regering och riksdag inte tagit hänsyn till skarp kritik från lagrådet är förbudet mot åsiktsannonsering i radio (samt kritiken mot yttrandefrihetsbegränsningar genom avtal), förbudet mot rasistiska organisationer, engångsskatten[204] och grundlagsändringarna för att skärpa straffen mot barnpornografi. Med undantag för den särpräglade frågan om organisationsförbud går det knappast att innehållsmässigt särskilja dessa yttranden från dem där regering eller riksdag böjt sig för lagrådets kritik; politiskt känsliga frågor förekommer t.ex. i bägge grupperna. Lagrådets invändningar i barnpornografifrågan torde f.ö. kunna karakteriseras som juridisk-tekniska eller åtminstone formella snarare än rättspolitiska.[205]

200. Denna fråga diskuteras här i medvetenhet om att lagrådet, med sin ständigt skiftande sammansättning och brist på prejudikatsbundenhet, som påpekats ovan i 17.1.2.1 under a. vid not 37 inte som en domstol kan utveckla en enhetlig praxis. Frågan huruvida lagrådet tas på allvar och är inflytelserikt kan dock diskuteras detta faktum till trots.
201. Lagrådets makt över lagstiftningen s. 65. Jfr Mueller i Om lagrådsgranskning s. 109.
202. Däremot är frågan om yttrandefrihetsbegränsning genom avtal i 7 § radiolagen (jfr ovan s. 644) snarast av rättspolitisk karaktär, eftersom den berör politiskt laddade frågor som reklam-TV, statligt TV-monopol osv.
203. Jfr Algotsson, Lagrådet...s. 343 och 387.
204. Som framgått ovan på s. 651 anser jag således inte, till skillnad från flera andra kommentatorer, att ett uttalande från finansministern i en proposition innebär att lagrådet fått gehör för sin kritik.
205. Detta sagt med vetskap om att **frågan som sådan** var politiskt kontroversiell. Även renodlat juridiskt-tekniska invändningar, bl.a. om utformningen av reglerna om konfiskation, viftades f.ö. här bort av KU; jfr KU 1993/94:28 s. 87 ff o. 37.

Mot bakgrund av det anförda framstår Algotssons slutsats att lagrådet aldrig haft framgång med partipolitiskt kontroversiella argument[206] som överdriven, samtidigt som det knappast går att dra några bestämda slutsatser om när, hur och varför lagrådet ibland kan utöva ett inte obetydligt inflytande på lagstiftningen. Det enda som med visshet kan konstateras är att lagrådet sedan 1980 ofta haft ett betydande inflytande på utformningen av rättighetsbegränsande lagstiftning, men varför så varit fallet går bara att spekulera om.[207]

En tänkbar förklaring är givetvis att det just på rättighetsområdet kan vara politiskt känsligt att gå emot lagrådet; få regeringar vill bli anklagade för att nonchalera de medborgerliga rättigheterna. En annan teori, som ännu inte framkastats i doktrinen, är att lagrådet **efterhand** känt sig allt friare i förhållande till regeringen och allt mer oförhindrade att »tycka till» även i partipolitiskt kontroversiella frågor (vilket i så fall kan bero på att det blivit uppenbart för lagrådets ledamöter att vissa frågor, som Sterzel uttryckt det, helt enkelt i sig är av politisk natur[208]). Den successiva attitydförändring i lagrådets arbete som jag menar är skönjbar kan illustreras med ett yttrande från 1976 om ett förslag till demokratisering av arbetslivet, där lagrådet uttalade sig på följande vis:

> Frågan om demokratisering av arbetslivet, liksom frågan hur långt man i lagstiftningen bör gå för att verka härför, är av utpräglat politisk natur. Lagrådet har såsom en icke politisk instans i princip att avhålla sig från att ge till känna någon uppfattning om vilka politiska ståndpunkter och värderingar som bör ligga till grund för en lagstiftning.[209]

Detta yttrande, och den principiella inställning det ger uttryck för, kan lämpligen jämföras med yttrandena cirka femton år senare om t.ex. målsägandes åtalsrätt eller förbudet mot åsiktsreklam.[210] Att lagrådet **totalt sett** (återigen bör här en reservation göras beträffande svårigheten att bedöma lagrådets »praxis», eftersom någon egentlig sådan inte kan finnas med de förutsättningar lagrådet har[211]) blivit tuffare i sin prövning åtmin-

206. A.a.s. 387. – Det sagda beror i viss mån på hur begreppet partipolitiskt kontroversiella argument definieras. Om detta innefattar sakargument i partipolitiskt kontroversiella frågor är det klart att Algotsson har fel. Om termen däremot tolkas som argument vilka i en debatt används av något politiskt parti i strid med ett annat parti så är det möjligt att Algotsson har rätt, men å andra sidan är det svårt att hitta något exempel på ett yttrande där lagrådet resonerar på det sättet. Vidare bör, vid bedömningen av om Algotssons slutsats är riktig eller inte, hänsyn tas till att hans studie förutom särskilda ämnesområden omfattar fem utvalda år under en åttioårsperiod (1910, 1930, 1950, 1970 och 1990).
207. Därutöver kan givetvis lagrådet genom sin blotta existens ha haft ett betydande **preventivt** inflytande på lagstiftningen. Jfr Algotsson, a.a. och KU 1978/79:39 s. 9. Även detta är dock – liksom minoritetsskyddsregelns i 2:12 st. 3 preventiva betydelse – omöjligt att belägga.
208. Se Lagrådet och engångsskatten s. 126.
209. Yttrande 10 mars 1976, prop 1975/76:105 bil. 1 s. 470.
210. Jfr dock ett yttrande från den 25 oktober 1993 (prop 1993/94:75 bil. 5) där frågan var om ändrade regler för läkarvårdsersättning var förenliga med EES-avtalet. Lagrådet menade att avtalets räckvidd var en fråga med politiska implikationer, som rådet inte borde ta ställning till! »Tvekan kan således råda om den föreslagna regleringen är förenlig med EES-avtalet. Lagrådet vill dock inte motsätta sig förslaget eftersom det närmast får ses som ett politiskt ställningstagande hur nära EES-regleringen svenska bestämmelser bör utformas.»
211. Jfr ovan i 17.1.2.1 under a. vid n. 37.

stone enligt 8:18 st. 3 p. 1 är enligt min mening uppenbart[212]; jfr t.ex. de skiftande ställningstagandena till frågan om »särskilt viktiga skäl» jämlikt 2:13 förelegat. Jag vill inte utesluta att detta kan ha haft viss betydelse även för lagrådets inflytande: Även om lagrådet härigenom riskerar att reta regeringen oftare än tidigare torde det nämligen, inte minst i politiskt kontroversiella frågor, vara svårare att ignorera ett skarpt än ett försiktigt formulerat lagrådsyttrande.

17.2 De materiella begränsningskravens betydelse i lagstiftningsarbetet

Till vad som ovan anförts bör ytterligare några anmärkningar om de materiella begränsningskraven i 2:12 st. 2 samt 2:13-14 fogas. Frågan hur dessa skall tolkas och huruvida de är för politiska för en rättslig prövning har betydelse både för lagrådets granskning av lagförslag och för domstolarnas lagprövning. Lagrådet har dock, som vi sett, varken tvekat att pröva om syftet med ett lagförslag är godtagbart eller om proportionalitetskravet är uppfyllt. Sedan lagrådet också – åtminstone tills vidare – bestämt sig för att frågan om särskilt viktiga skäl för begränsning av yttrande- och informationsfriheten föreligger är en rättslig fråga, som skall granskas från rent rättsliga synpunkter[213], kan det konstateras att lagrådet känt sig oförhindrat att ta ställning till om de materiella kraven för begränsning av de relativa rättigheterna är för handen. Lagprövningsaspekten behandlas i kap. 18.4. I detta avsnitt är avsikten att diskutera bestämmelsernas funktion i lagstiftningsarbetet.

Helt allmänt kan konstateras att rekvisiten i dessa bestämmelser – möjligen med undantag för 2:14 – är vaga och lämnar åtskilligt i övrigt att önska i fråga om juridisk precisering.[214] Detta kan möjligen ha betydelse i lagprövningssammanhang, men hindrar inte att hänsyn måste tas till de materiella begränsningskraven i lagstiftningen.[215]

212. Jfr Algotsson a.a.s. 366. Som Algotsson konstaterar (s. 370) gör dock lagrådet i allmänhet inga bedömningar av om lagförslagen i sig är lämpliga eller ej utan enbart en prövning av deras grundlagsenlighet. Att lagrådet i rättighetsfrågor ännu inte tagit steget fullt ut och uttryckligen förklarat ett granskat lagförslag grundlagsstridigt ändrar f.ö. inte den här gjorda bedömningen. (Grundlagsstridighet ansågs föreligga i yttrandet om kommunal skatteutlämning den 12 maj 1995.) Avstyrkande har skett vid fler tillfällen än i de rena undantagsfall då Bengtsson (Om lagrådsgranskningens gränser s. 196) menat att det kan förekomma.
213. Prop 1990/91:149, bil. 4 s. 329.
214. Jfr Petrén/Ragnemalm s. 69: »Såväl de allmänna som de speciella begränsningsföreskrifterna är relativt vagt utformade och tillåter skiftande tolkningar. De har därför från praktisk synpunkt ett begränsat värde som skydd mot intrång.» Se även Georg Hahn, Die Grundrechte der schwedischen Regierungsform, AöR 1978 s. 592 f samt Bo Westerhult, Juridik och politik, i Statsvetenskapens mångfald – Festskrift till Nils Stjernquist, Lund 1987 s. 318 f med befogad kritik mot bristen på vägledande definitioner i förarbetena (i prop 1975/76:209 s. 153 sägs t.ex. bara om de två inledande meningarna i 2:12 st. 2 att regleringen är »ägnad att understryka kravet på att lagstiftaren, när en fri- och rättighetsinskränkande lag beslutas, noga redovisar sina syften»).
215. Lagrådet menade vid tillkomsten av YGL att bestämmelserna i 2:12-13 rentav skulle få ökad betydelse på det yttrandefrihetsrättsliga området, eftersom YGL i så hög grad tillät reglering av yttrandefriheten i vanlig lag. Således måste bestämmelserna enligt lagrådet »tillmätas en reell betydelse av lagstiftaren.» Se prop 1990/91:64 bil. 5 s. 206 o. jfr kap. 14.3 in fine.

Frågan är dock vilka hänsyn som därvidlag bör tas. I de fall där bestämmelserna hittills aktualiserats i lagstiftningsarbetet har regering eller riksdag efter påpekanden från lagrådet tvingats ta ställning till om de materiella begränsningskraven är uppfyllda. Som vi sett har regering och riksdag därvidlag följt lagrådet beträffande förslaget till ändring av hämtningsreglerna, men inte beträffande förbudet mot åsiktsannonsering. Vad gäller förslaget om kroppsvisitation av misstänkta klottrare följde riksdagen men inte regeringen lagrådet. Därutöver är främst tre lagstiftningsärenden av betydelse i detta sammanhang.

Det första, som inträffade innan de nuvarande bestämmelserna om lagrådet hade trätt i kraft, gällde ett förslag till ny jordförvärvslag, enligt vilket lantbruksnämnd under vissa förutsättningar kunde ålägga köpare att under en tid på upp till fem år vara bosatt på en förvärvad fastighet. Lagrådet fann att ett sådant åläggande, även om det kunde ses som en följd av en frivillig ansökan om att få förvärva fastigheten, innebar en begränsning av rörelsefriheten. Begränsningen var enligt lagrådet i och för sig godtagbar i ett demokratiskt samhälle, men gick längre än vad som var nödvändigt med hänsyn till syftet (att säkerställa att ett utvecklat eller utvecklingsbart jordbruk kom att brukas och i vissa fall bebos av ägaren själv), varför en omformulering föreslogs.[216] Jordbruksministern följde emellertid inte lagrådets förslag, bland annat med den något märkliga motiveringen att bestämmelsen utöver vad som anförts i lagrådsremissen även hade ett regionalpolitiskt syfte. På detta sätt avfärdades således lagrådets bedömning av proportionalitetsprincipen.[217] Rimligen borde ett sådant agerande från regeringens sida te sig vanskligare i dag, då kontrollen av ett lagförslags grundlagsenlighet uttryckligen anges som en av lagrådets huvuduppgifter.

Det andra ärendet gällde möjligheterna för polisen att företa kroppsvisitation. Som nämnts ovan infördes 1987 i 19 § i polislagen en möjlighet för polisman att kroppsvisitera eller undersöka handbagage för att söka efter föremål ägnade att användas som vapen mot liv eller hälsa. Förslaget godtogs av lagrådet och tillstyrktes av JuU.[218] Intressant var här att JuU uttryckligen fann att förslaget rymdes inom 2:12 st. 2:

> Det gäller här att värna om ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, och regleringen ligger enligt utskottets mening inom ramen för vad som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet samtidigt som den inskränkning i ett grundlagsskyddat intresse som sker är godtagbar.[219]

Den typ av bedömning som JuU här gjorde tillhör ännu så länge inte vanligheterna i lagstiftningsarbetet, men borde egentligen vara en självklarhet vid samtliga fall av rättighetsbegränsande lagstiftning.[220]

I ett ärende 1979 tog lagrådet ställning till om en begränsning av mötesfriheten jämlikt

216. Yttrande 23 oktober 1978, prop 1978/79:85 s. 125.
217. Anf prop s. 137 f.
218. Se prop 1986/87:115 s. 14 resp. JuU 1986/87:36.
219. JuU 1986/87:36 s. 7.
220. Som vi sett fann lagrådet när regeringen föreslog att möjligheterna till kroppsvisitation skulle utvidgas att detta förslag stred mot proportionalitetskravet. KU och JuU avvisade den föreslagna skärpningen enbart p.g.a. intresset att värna den personliga integriteten. Se prop 1987/88:143 s. 16, KU 1988/89:1y och JuU 1988/89:13 s. 10.

2:12 st. 2 p. 2 sträckte sig så långt att den hotade den fria åsiktsbildningen.[221] Frågan var om ett åläggande för arrangörer av sammankomster att bekosta ordningshållning vid sammankomsten genom anlitande av ordningsvakter gick så långt att den fria åsiktsbildningen kunde hotas. Enligt förslaget kunde polismyndighet i föreskrift för anordnande av sammankomsten ge anordnaren ett sådant åläggande. Lagrådet konstaterade att denna regel begränsade mötesfriheten men att alla sammankomster inte utgör led i den fria åsiktsbildningen; detta är t.ex. normalt inte fallet vid biografföreställningar och konserter, varför begränsningen av mötesfriheten normalt inte kunde bli något hot mot åsiktsbildningen. Behov av ordningsvakter fanns dock främst vid vissa konserter, t.ex. popgalor, varför regeln borde begränsas till att avse sådana »kommersiellt inriktade sammankomster med särskilda ordningshållningsproblem». Den skulle inte få tillämpas vid traditionella konserter eller konserter med opinionsbildande syfte. Riksdagen hörsammade lagrådet såtillvida att betalda ordningsvakter enligt lagen endast skulle kunna förordnas vid konserter, men lagrådets distinktion mellan olika slags konserter kom inte till uttryck i lagtexten.

221. Yttrande den 25 januari 1979, prop 1979/80:17 s. 146 ff.

18. Domstolarnas lag- och normprövningsrätt

18.1 Inledning. Historisk tillbakablick

18.1.1 Doktrin och praxis

Domstolars och myndigheters lag- och normprövningsrätt[1] blev inte grundlagsfäst förrän 1979, då den infördes i RF 11:14. Den svenska lagprövningsrättens historia är emellertid betydligt äldre än så.

Den normprövningsrätt som svenska myndigheter och domstolar sedan lång tid anses ha kan i mycket hög grad beskrivas som *decentraliserad*.[2] Dels tillkommer den inte bara alla domstolar, utan samtliga domstolar och myndigheter, dels omfattar den inte bara lagars eller lägre normers förenlighet med grundlagen utan **samtliga normers** formella och materiella förenlighet med normer av högre rang.

Något annat sätt att utöva normkontrollen, t.ex. genom en författningsdomstol, har egentligen aldrig övervägts som ett seriöst alternativ i svensk rätt. Tanken på införande av en författningsdomstol har vid ett flertal tillfällen avfärdats i grundlagsförarbeten och utredningar som behandlat rättighetsskyddet, bl.a. med motiveringen att en sådan vore främmande för svensk konstitutionell tradition.[3] I doktrinen har en författningsdomstol föreslagits av Strömberg, främst med motiveringen att en lagprövning i enskilda fall innebär ett för svagt rättighetsskydd.[4] Förslaget framfördes innan lagprövningsrätten erkänts i grundlagen, men torde i och för sig vara lika tillämpligt även sedan så skett. Icke desto mindre tycks Strömberg i denna fråga vara tämligen ensam i doktrinen.[5]

1. Här används omväxlande termerna lagprövningsrätt och normprövningsrätt, varvid normprövningsrätt givetvis är det vidare begreppet. RF 11:14 nämner bara att »föreskrift» som står i strid med grundlag eller annan överordnad författning inte får tillämpas. Häri inkluderas författningar och normer av alla slag, från lagar och neråt i normhierarkin. Normprövning är därför egentligen ett korrektare uttryck än lagprövning (jfr Grundlagarna s. 397 och Strömberg, Normprövning i nyare rättspraxis, FT 1988 s. 121 samt Ett rättsfall om prövning av ett regeringsbesluts lagenlighet, JT 1993/94 s. 366 f), men med hänsyn till denna avhandlings grundläggande tema ligger tyngdpunkten i framställningen trots allt på själva lagprövningsrätten.
2. Jfr kap. 3.3.1 samt i 10.3.1.4 under e. om USA.
3. Se SOU 1963:17 s. 156, prop 1975/76:209 s. 91, SOU 1978:34 s. 109, prop 1978/79:195 s. 41, KU 1984/85:5, 1985/86:5 och 1986/87:17, SOU 1987:6 s. 253-58 och SOU 1993:40 s. 227 f. Detta argument kan antingen, som i vissa av de nämnda förarbetena, syfta på det enligt lagstiftaren icke önskvärda i att politisk makt förs över till icke politiska organ, eller på att den i och för sig godtagbara lagprövningsrätten precis som hittills skall kunna utövas av samtliga domstolar och myndigheter, inte av ett enkom för detta ändamål tillskapat organ. Vilken variant av argumentet som åsyftas är inte alltid alldeles klart. Jfr om traditionsargumentets relevans på denna punkt nedan i kap. 20.
4. Grundlag och medborgarrätt s. 80-81.
5. Däremot har tanken på en författningsdomstol vid remissbehandlingen av FRK:s huvudförslag (SOU 1993:40) förordats av några remissinstanser, däribland Svenska avdelningen av Internationella Juristkommissionen. Se Ds 1993:90 s. 188 f.

Domstolarnas normprövningsrätt, som inte nämndes alls i GRF, blev först långt in på 1900-talet, genom den riktning rättspraxis tog, erkänd i doktrinen. Ännu i början av 1960-talet kunde frågan huruvida normprövningsrätten existerade ge upphov till ilsken rättsvetenskaplig polemik, vilket är märkligt eftersom denna fråga då debatterats i cirka etthundratrettio år.

I riksdagen (adelsståndet) väcktes redan vid 1828-30 års riksdag en motion om att riksdagen skulle granska alla formellt tvivelaktiga lagändringar som genomförts mellan år 1786 och 1809. LU avstyrkte motionen på den grunden att riksdagen 1809 haft rätt att granska och ogilla de ifrågavarande lagändringarna, men att dessa när så inte skett kommit att ingå i rättssystemet och därför endast kunde ändras eller upphävas i den ordning som GRF § 87 föreskrev. Samtidigt ville LU inte förklara alla dessa lagändringar gällande, emedan »...de ibland dem som uppenbarligen äro stridande antingen mot nu gällande grundlagar, eller mot allmän lag, som i grundlagsenlig ordning sedermera blivit stiftad, äro utan tvivel olämplige, och följaktligen kraftlöse, icke för sättets skull, på vilket de tillkommit, utan i stöd av den i sunda förnuftet grundade, allmängiltiga och av utskottet förut åberopade, regel, att enär tvenne mot varandra stridande lagar omöjligen kunna på en gång bestå, allmän lag skall vika för grundlag och en äldre lag för en nyare».[6] Grundlagsstridiga regler var med andra ord enligt LU ogiltiga; av särskilt intresse är att det enligt utskottet var den materiella oförenligheten med grundlag som ledde till denna effekt, inte formella fel vid lagens tillkomst.[7] Utskottets uttalande bifölls f.ö. av samtliga ständer utom adeln.

JO Theorell hävdade i sina ämbetsberättelser 1849 och 1851 att domstolarna ägde en formell normprövningsrätt i form av en rätt att pröva om den regel som skulle tillämpas var beslutad av behörig lagstiftare.[8] När LU vid 1853-54 års riksdag kommenterade dessa JO-utlåtanden fann dock utskottet med knapp majoritet att domstolarna inte ägde en allmän prövningsrätt av detta slag.[9] LU ändrade således inställning mellan 1830 och 1854.

I doktrinen började frågan om domstolarnas normprövningsrätt diskuteras under 1880-talet, då till att börja med Naumann och Blomberg uttalade sig till stöd för en

6. LU 1828-30:34 s. 30.
7. Se närmare SOU 1941:20 bil. 3 s. 117 (Jörgen Westerståhl, Frågan om domstolarnas judiciella lagprövningsrätt i Sverige.) I samma anda fann LU vid 1840-41 års riksdag att ett förbud från 1812 mot kontakt med Gustav IV Adolf och dennes familj inte kunde upphävas p.g.a. formella fel, eftersom det godtagits av 1815 års riksdag.
8. Se JO:s ämbetsberättelser 1849 s. 188 ff och 1851 s. 8 ff: »Lag vore vad rätter lagstiftare stadgat, och det endast; vad icke från behörig myndighet utgått, finge domaren ej lyda.»
9. LU 1853/54:4 s. 5 ff: »Satsen att en i behörig ordning icke tillkommen lag icke bör komma att gälla såsom lag, förnekas således icke i sin allmänlighet, men att utan vidare bemyndigande, utan vidare föreskrifter överlåta åt varje domare, att efter sitt enskilda omdöme bestämma, huruvida en i den ordning grundlagen utstakar promulgerad lag må vara giltig eller ej, vore dock för rättssäkerheten alltför äventyrligt, och skulle därjämte kunna leda till inskränkning i regeringsmaktens verksamhet av icke mindre betänklig art. Man kan därför icke antaga, att stiftaren av vår grundlag velat medgiva en sådan ovillkorlig och allmän rättighet.»

tämligen vidsträckt normprövningsrätt.[10] Det var emellertid först under början av 1900-talet som diskussionen kom att bli livlig, samtidigt som rättspraxis började utvecklas.

Ett viktigt och intressant inlägg i debatten gjordes 1918 av C.A. Reuterskiöld, som anförde rena maktdelningsargument till stöd för domstolarnas lagprövningsrätt. Enligt Reuterskiöld innebar nämligen 1909 års grundlagsreform – då kungen förlorade sina endast en gång utnyttjade två röster i HD, samtidigt som HD:s laggranskningsrätt överfördes till lagrådet – i förening med parlamentarismens framväxt att grundsatsen i 1809 års RF, balansen mellan statsmaktens högsta organ, rubbats. Denna balans kunde dock återställas om domstolarna själva tillerkände sig den lagprövningsrätt eller »all nödig makt» som behövdes för att de skulle kunna upprätthålla den lagbundna frihet som grundlagarna velat skapa.[11] Någon grundlagsändring var således inte nödvändig. I samma anda och med liknande argument kritiserade Sundberg 1930 de förslag som förekommit i äldre doktrin om att domstolarna hade rätt att åsidosätta vissa typer av regler men inte andra, respektive att lagprövningsrätt fanns vid viss slags oförenlighet med grundlagen men inte i andra fall; någon anledning att göra åtskillnad mellan olika grundlagsregler fanns enligt Sundberg inte.[12] Reformerna 1909 hade medfört en maktkoncentration till riksdagen, men samtidigt gjort domstolarna i reell mening självständiga från kung och riksdag, varför det inte kunde strida mot RF att »bevara dualismen genom att låta domstolarna vara den självständiga statsmakt, som skall övervaka grundlagarnas efterlevnad och sålunda övertaga rollen av folkfrihetens väktare.» Sundberg menade att lagprövningsrättens syfte var att värna »folkfriheten, sådan denna i grundlagen utformats», varför domstolar och myndigheter borde ha en tämligen fri normprövningsrätt.[13]

Reuterskiölds och Sundbergs pläderingar för lagprövningsrätt var utpräglade de lege (eller de sententia) ferenda-resonemang.[14] Bägge såg en utvidgad lagprövningsrätt som det bästa – eller rentav enda – sättet att värna vissa väsentliga värden. Den maktdelning som de menade att GRF gav uttryck för var på intet sätt oomstridd.[15] (Deras resonemang

10. Se närmare om denna tidiga doktrin (Naumann menade att domstolarna hade rätt att åsidosätta sådan författning som hade beslutats av konungen ensam, medan Blomberg hävdade att lagprövningsrätten även omfattade lagar som beslutats av konungen och riksdagen gemensamt) Westerståhl, a.a.s. 114 ff samt Sundberg, Domstolarnas befogenhet att åsidosätta grundlagsstridiga lagar, StvT 1930 s. 364 f.
11. Vår rättsordnings omvandling, StvT 1918 s. 69-97. Jfr s. 96 f: »Ju mera statsskicket demokratiseras, ju mera K.M:t i statsrådet blir ett rent verktyg för riksdagsdemokratien...desto skarpare framträder behovet av någon annan självständig och kontrollerande makt i det svenska samhället vid demokratiens sida. Den enda makt, som här kan komma i fråga, är just domstolarna. Och ju förr domstolarna bliva varse och inse denna sin uppgift och ställning, desto bättre för Sveriges gamla rättsordning.»
12. Domstolarnas befogenhet...s. 367 ff.
13. Ibid.
14. Se beträffande Reuterskiöld härvidlag Jägerskiöld, Om domstols lagprövningsrätt, StvT 1964 s. 11 och för en närmare analys av det nya i Sundbergs resonemang i förhållande till äldre doktrin Westerståhl, a.a.s. 119 ff.
15. Jfr ovan kap. 16.2. Till stöd för resonemanget åberopades inte sällan KU:s av Järta vid upprättandet av GRF författade memorial, där det sägs att utskottet sökt bilda en styrande och en lagstiftande makt samt »en domare makt, självständig under lagarna men ej självhärskande över dem». Vidare förklaras att KU sökt rikta dessa makter till inbördes bevakning, »utan att lämna den återhållande något av den återhållnas verkningsförmåga». Se KU 1809/10:1 s. 6-7. Argumentationen skulle f.ö. återkomma i RÅ:s och Svea Hovrätts remissyttranden över FU:s diskussion om normprövningsrätten. Se SOU 1965:2 s. 64 f. Mot resonemanget kan bl.a. in-

illustrerar f.ö. hur osäkerheten om GRF:s innebörd på vissa punkter i efterhand ökade.) När Sundberg presenterade sina teser 1930 hade emellertid en viss lagprövningspraxis börjat utvecklas, även om domstolarna till en början var mycket försiktiga och närmast trevade sig fram.

Även om flera exempel finns redan från 1800-talet på att domstol prövat och även underkänt giltigheten av kommunala stadganden[16] liksom, från 1900-talets början, av förordningar som inneburit ändringar i civila rättsförhållanden[17], så var det först 1928 som vissa formuleringar i några HD-avgöranden gav anledning att diskutera utövandet av någon reell normprövning i betydelsen prövning av en norms förenlighet med normer av högre rang. Det första mål som härvidlag är av intresse är det s.k. Neuendorffska målet (NJA 1928 s. 88), där bakgrunden var att en person vid namn Neuendorff 1921 utnämnts till kanslisekreterare i ecklesiastikdepartementet. Kort tid därefter utkom ett nytt Kungl.Maj:ts reglemente för befattningshavare vid statsdepartement och vissa andra verk, där det stadgades att tjänsteman vid statsdepartement skulle vara skyldig att på Kungl. Maj:ts begäran låta sig förflyttas till annan befattning inom statsdepartement eller annat till den centrala statsförvaltningen hörande verk. Neuendorff, som inte utnyttjat en möjlighet reglementet gav tjänstemän vilka innehade sina befattningar när det trädde i kraft att kvarstå i sin gamla tjänst, ålades så av Kungl.Maj:t att tjänstgöra som notarie i kammarrätten, varvid han instämde kronan till Stockholms Rådhusrätt med yrkande att han skulle befrias från denna tjänstgöringsskyldighet. Till grund härför åberopades bl.a. att förflyttningsbeslutet stred mot § 36 GRF, där det stadgades att ämbets- och tjänstemän inte kunde förflyttas till andra tjänster »utan efter egna ansökningar». Kronan invände att beslutet överensstämde med reglementet, vars grundlagsenlighet domstolarna inte var behöriga att pröva. Rådhusrätten godtog uttryckligen dessa invändningar och ogillade därför talan. Svea HovR fastställde rådhusrättens dom, ehuru två ledamöter fann att beslutet stred mot RF och att Neuendorff därför inte var skyldig att följa det. Nedre justitierevisionen hemställde att Neuendorffs talan skulle ogillas och åberopade till stöd därför bl.a. att § 36 RF modifierats avsevärt i praxis, ett resonemang som onekligen antyder att en normprövningsrätt enligt revisionens mening existerade. (Revisionens uppfattning kan ju tolkas som att talan skulle ha bifallits om inte denna modifiering skett.) I HD biföll en ledamot denna uppfattning, medan tre ledamöter utan kommentarer fastställde hovrättens dom och tre kom till samma slut med motiveringen att Neuendorff underkastat sig reglementet och vad han »anfört därom att han ändock skulle vara fritagen från skyldighet att låta sig förflyttas till den ifrågavarande tjänsten icke förtjänar avseende».

Den senare formuleringen tyder snarast på att ledamöterna inte ansåg sig behöriga att pröva reglementets grundlagsenlighet.[18] Som påpekats i doktrinen skulle väl annars en normal sådan prövning givit vid handen att reglementet faktiskt stred mot GRF § 36.[19]

Liknande formuleringar användes samtidigt i NJA 1928 s. 125, där en tobakshandlare ansåg sig ha lidit skada av en förordning 1922 om förbud mot import av tobak, vilken delvis hade retroaktiv verkan. Handlaren stämde kronan, generaltullstyrelsen och AB Svenska Tobaksmonopolet vid

vändas att dessa principer kom till mycket svagt uttryck i själva grundlagstexten; jfr Westerståhl s. 121. Se även Jägerskiöld, a.a.s. 12 ff och Östen Undén, Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagsenlighet, SvJT 1956 s. 261, med kritik mot resonemanget.

16. Se t.ex. NJA 1885 s. 381 samt vidare Sundberg, a.a.s. 377.
17. Viktigast härav kanske NJA 1907 s. 188. Se vidare Westerståhl s. 126 o. Sundberg s. 378 resp. s. 66 m.h.t. praxis.
18. Se Westerståhl, a.a.s. 127. Jfr dock Sundberg, Om svensk domstols rätt att pröva lagars och andra författningars giltighet, JFT 1960 s. 68 och Petrén, Domstols lagprövningsrätt, SvJT 1956 s. 506, vilka hävdar att denna formulering kan betyda både att HD avstått från prövning och att invändningen om grundlagsstridighet prövats men ogillats. Även Lavin tycks luta åt denna uppfattning; se Lagprövningsrätten i en ny regeringsform, FT 1973 s. 14.
19. Jfr Jägerskiöld, a.a.s. 17 och Undén, a.a.s. 261.

Stockholms Rådhusrätt och yrkade ersättning för den skada han lidit. Han hävdade bl.a. att Kungl.Maj:t jämlikt 60 § GRF saknat befogenhet att utan riksdagens hörande utfärda importförbudet samt att de retroaktivt verkande bestämmelserna stred mot näringsfrihetens princip, som skyddades av 16 och 114 §§ GRF. Svarandena invände att importförbudet var grundlagsenligt och att handlaren hursomhelst inte visat att han lidit någon skada, vartill kom att domstol inte kunde pröva den i behörig ordning utfärdade skatteförordningens grundlagsenlighet. Både rådhusrätten och hovrätten förnekade att de hade normprövningsrätt, medan HD biföll ett revisionsbetänkande enligt vilket vad handlaren gjort gällande om grundlagsstridighet »icke lärer förtjäna avseende». Till skillnad från i föregående fall tycks HD här således ha ansett att domstol ägde rätt att pröva förordningens grundlagsenlighet; ledamöterna var denna gång helt eniga, i motsats till splittringen på tre linjer i det Neuendorffska målet.[20]

Viktigare är kanske NJA 1934 s. 515, där en kommendörkapten i flottan, Lübeck, 1926 utnämnts till kommendör vid flygvapnet, med förpliktelse att underkasta sig en kunglig kungörelse från 1926 om anställningsförhållanden i flygvapnet. 1932 blev Lübeck mot sin vilja men i enlighet med nämnda kungörelse återtransporterad till flottan. Eftersom han då uppnått inom flottan gällande pensionsålder erhöll han samtidigt avsked därifrån. Lübeck instämde kronan och menade att förflyttningen stred mot § 36 GRF. Rådhusrätten och hovrätten formulerade sig här på samma sätt som HD gjort i det snarlika Neuendorffska målet, medan HD denna gång konstaterade att bestämmelserna i kungörelsen inte stred mot § 36 i GRF.

Detta senare mål kan ses som något av en normprövningsrättens milstolpe och med Petréns ord sägas innebära ett »omslag», i det att det här uttryckligen framgick att HD prövade om en kunglig kungörelse var förenlig med GRF (till yttermera visso måste prövningen i detta fall karakteriseras som materiell). Därefter rådde inget tvivel om domstolars rätt att pröva administrativa författningars förenlighet med normer av högre rang.[21]

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

I NJA 1948 s. 188 var bakgrunden att regeringen i reglerna om rätt att driva apoteksnäring, de s.k. apoteksprivilegierna, intagit förbehåll om avgiftsskyldighet för apoteksinnehavare, avseende dels pensionering av den farmaceutiska personalen, dels skapande av en fond för – förbilligande – prisreglering av läkemedlen. En apotekares dödsbo gjorde gällande att den senare delen av avgiften utgjorde en skatt och därför endast kunde ha beslutats av riksdagen.[22] Enligt de lägre instanserna hade dödsboet »icke fog» för sin uppfattning, varför käromålet inte kunde bifallas. Nedre justitierevisionen hemställde att hovrättens domslut skulle fastställas »(E)när det icke är uppenbart, att K.M. överskridit sin grundlagsenliga befogenhet genom att utan riksdagens medgivande utfärda de i målet ifrågavarande avgiftsbestämmelserna, samt vid sådant förhållande domstol icke äger åsidosätta nämnda bestämmelser». Här antyddes således, sannolikt för första gången, möjligheten att **ett uppenbart fel** måste föreligga för att en författning skall kunna åsidosättas som grundlagsstridig. HD biföll dock inte betänkandet utan nöjde sig med att fastställa hovrättens domslut.

1951 års avgörande, NJA 1951 s. 39, gällde den mycket omdiskuterade kvarlåtenskapsskatten, som införts 1947. I två fall besvärade sig tämligen välbärgade dödsbon mot skatten och gjorde gällande att denna inte var en skatt utan innebar konfiskation och därför stred mot § 16 GRF. Dessutom hävdades, i det ena fallet, att lagen tillkommit i grundlagsstridiga former. Göta HovR nöjde sig i det ena fallet med att konstatera att det var fråga om en statlig beskattning, som tillkommit i den ordning RF stadgade, medan Svea HovR, som – f.ö. i likhet med Göta HovR – i ett remissytt-

20. Den valda formuleringen kan dock även tolkas på motsatt sätt; så Undén, a.a.s. 263.
21. Petrén, a.a.s. 506, jfr även Jägerskiöld, a.a.s. 18 och Lavin, a.a. Se särskilt om administrativa författningar Jägerskiöld s. 19 o. Sundberg, Om svensk domstols rätt...s. 66 m.h.t. fortsatt praxis på detta område.
22. Jfr § 57 st. 1 GRF: »Svenska folkets urgamla rätt att sig beskatta utövas av Riksdagen allena.»

rande över den föreslagna skatten funnit att denna utgjorde en grundlagsstridig konfiskation[23], uttalade sig om lagprövningsrätten: »Väl tillkommer domstol rätt att pröva, huruvida en författning med avseende å innehållet eller sättet för dess tillkomst är grundlagsenlig, men denna prövningsrätt måste anses vara begränsad sålunda att domstolen ej annat än i uppenbara fall äger åsidosätta författningen såsom grundlagsstridig...Vid övervägande av förordningens innehåll och vad förekommit i samband med dess tillkomst kan HovR:n icke finna uppenbart, att riksdagen med antagandet av förordningen överskridit sin enligt § 57 regeringsformen tillkommande beskattningsrätt.» HD var försiktigare och följde Göta Hovrätts linje (vilken dock måste tolkas som att normprövningsrättens existens erkändes).

Det är i dessa avgöranden det s.k. uppenbarhetskravet i RF 11:14[24] har sitt ursprung. Vad gäller Svea Hovrätts uttalande i 1951 års fall kan särskilt uppmärksammas att ingen åtskillnad görs mellan formell och materiell lagprövning; bägge formerna finns enligt hovrätten, och uppenbarhetskravet äger motsvarande tillämpning i bägge fallen. Intressant är också att Svea Hovrätt egentligen inte retirerade från sitt remissyttrande om att kvarlåtenskapsskatten var grundlagsstridig. Efter att ha refererat till kritiska remissyttranden och en livlig riksdagsdebatt om förslagets grundlagsenlighet konstaterar emellertid hovrätten smått uppgivet att riksdagen trots allt antog förslaget och att Kungl.Maj:t sedan i överensstämmelse med riksdagens beslut utfärdade förordningen om kvarlåtenskapsskatt. Därefter kommer så hovrättens slutsats, dvs att det inte är uppenbart att riksdagen genom antagandet av förordningen överskridit sin beskattningsrätt. Uppenbarligen menade Svea Hovrätt här att det krävdes mer för att konstatera att en bestämmelse var grundlagsstridig i en normprövningssituation än för att uttala sig på detta sätt i ett remissyttrande, vilket är ett symptomatiskt uttryck för den återhållsamhet som svenska domstolar alltid visat i norm- eller åtminstone lagprövningssammanhang.[25]

Särskilt vid beaktande av att HD 1954 i ett plenumavgörande (NJA 1954 s. 532) åsidosatte en kunglig kungörelse, grundad på ett riksdagsbeslut, måste en normprövningsrätt för domstolarna vid denna tidpunkt sägas ha existerat. Icke desto mindre ifrågasattes detta 1956 av Undén, varvid en livlig polemik utvecklades mellan honom och Petrén.[26] Undén framhöll att domstolarna ännu inte hade åsidosatt någon bestämmelse på grund av bristande grundlagsenlighet. Detta var visserligen sant, men överskuggade för Undén uppenbarligen det faktum att domstolarna funnit sig oförhindrade att **pröva** olika reglers – utom lagars – grundlagsenlighet. Petrén pekade på detta faktum och menade, precis som Sundberg ett kvartssekel tidigare[27], att det inte fanns någon anledning att anta att domstolarna när frågan aktualiserades skulle komma att göra någon åtskill-

23. Se prop 1947:212 s. 304 f.
24. Jfr härom kap. 18.2.4. – Ett annat avgörande från GRF:s tid där ett uppenbarhetskrav iakttogs, denna gång av HD, var NJA 1961 s. 253, som gällde ett i valutaförordningen meddelat förbuds (o)förenlighet med valutalagen. HD godtog inte den tilltalades invändning härom, eftersom det inte kunde anses uppenbart att stöd i valutalagen saknades för förbudets tillämpning i det aktuella fallet.
25. Jfr Undén, a.a.s. 263.
26. Se SvJT 1956, Undén på s. 260-263 och Petrén på s. 500-509. Undén var i sin genomgång av praxis betänkligt selektiv och nämnde varken NJA 1934 s. 515 eller 1948 s. 188. I genomgången av hovrättens dom i NJA 1951 s. 39 nämner han bara att Svea HovR inte upprätthöll sin hårda linje från 1947 års remissyttrande, men icke de formuleringar i domen vilka visar att en lagprövning faktiskt ägde rum.
27. Sundberg upprepade f.ö. sin ståndpunkt härvidlag 1960. Se Om svensk domstols rätt...s. 70.

nad mellan författningar av olika slag, utan att domstolarna ägde pröva även lagars förenlighet med grundlagen.

På denna punkt skulle Petrén bli sannspådd (dock först sedan *lag*prövningsrättens existens ännu en gång ifrågasatts, denna gång av Jägerskiöld).[28] I NJA 1964 s. 471 prövade nämligen både hovrätten och HD om den s.k. butiksstängningslagen stred mot GRF (vilket de inte fann vara fallet).

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

Rättsläget var efter detta avgörande tämligen klart: Domstolarna – men troligen inte andra förvaltningsmyndigheter[29] – ansågs ha rätt att pröva både lagars och andra normers förenlighet med grundlag och andra normer av högre rang, en rätt som dock utövades med stor försiktighet; enligt det uppenbarhetskrav som fått fäste i praxis åsidosattes en författning endast om den uppenbart stred mot en norm av högre rang.[30] Detta var således utgångspunkten när det konstitutionella reformarbete som skulle leda fram till en ny regeringsform inleddes.

18.1.2 Lagprövningsrättens behandling i det konstitutionella reformarbetet

I den motion 1938 där ett antal högerpartister föreslog att en utredning om förstärkt rättighetsskydd borde tillsättas nämndes också lagprövningsrätten.[31] Motionärerna ville dock inte jämsides med förstärkta materiella skyddsregler för de medborgerliga rättigheterna föreslå införandet av en allmän lagprövningsrätt, bland annat av omsorg om domstolarnas anseende; domstolarnas auktoritet kunde diskrediteras om de anförtroddes ömtåliga politiska uppgifter. Detta argument har inte senare i debatten om lagprövnings-

28. Se Jägerskiöld i StvT 1964 s. 1-20 och 1965 s. 249-252, med svar av Petrén i StvT 1964 s. 403-407 och 1965 s. 558-559 samt i SvJT 1966 s. 432.
29. Jfr Petrén, Lagprövningsrätten, SvJT 1966 s. 432.
30. Däremot är det oklart vilken **status** lagprövningsrätten i detta skede ägde. Frågan om den utgjorde konstitutionell sedvanerätt eller hade kunnat förbjudas genom en lagändring har inte analyserats närmare. Algotsson hävdar (Medborgarrätten och regeringsformen s. 45 vid not 4) att lagprövningsrätten utgjorde »konstitutionell praxis som måste betraktas som jämställd med själva grundlagen», en slutsats som tycks vara väl långtgående.
31. Mot. FK 1938:128 o. AK 1938:232, jfr ovan kap. 16.3.

rätten anförts av dem som **velat ha ett starkare rättighetsskydd**, utan är såtillvida tidsbundet.[32]

KU var i sitt utlåtande över motionen, där det beslöts att den begärda utredningen skulle tillsättas, kritiskt till lagprövningsrätten. Utskottet konstaterade att någon lagprövningsrätt inte fanns och inte borde införas i grundlagen.[33] Den tingstenska utredningen förhöll sig 1941 avvaktande; den ansåg det inte klarlagt huruvida någon lagprövningsrätt existerade och ville inte föreslå att en klarläggande bestämmelse därom infördes.[34] Utan den analys Westerståhl gjorde för utredningens räkning (vilken fogades till utredningen som bil. 3) hade därför den ovan skildrade utvecklingen i doktrin och praxis försiggått helt utan kommentarer från de utredningar och utskott som hade anledning att befatta sig med frågan.

Situationen ändrades i början av 1960-talet. Strax innan HD 1964 funnit sig ha rätt att pröva även en lags förenlighet med grundlagen hade nämligen FU konstaterat att det framgick av rättspraxis att domstolarna ansåg sig behöriga att pröva en författnings grundlagsenlighet.[35] HD fann i sitt remissyttrande över förslaget att utredningen »riktigt angivit vad som får anses vara gällande rätt på detta område», ett uttalande som senare kom att åberopas i den debatt om lagprövningsrättens existens vilken upphörde med NJA 1964 s. 471.[36] Utredningen uttalade sig också till stöd för bevarandet av denna – formella och materiella – normprövningsrätt. Eftersom det inte fanns anledning att befara att den skulle komma att aktualiseras särskilt ofta föreslogs emellertid inte att normprövningsrätten skulle grundlagsfästas.[37]

GLB uttalade sig kortfattat om lagprövningsrätten. Någon förändring i rådande rättsläge eftersträvades uppenbarligen inte. Som framgått i kap. 16.4 mynnade utredningens betänkande ut i en ovanligt öppet redovisad kompromiss, som även omfattade lagprövningsrätten. Här förklarades att vissa av ledamöterna »vidare, då regler om kvalificerad majoritet inte längre har påyrkats från motsidan, avstått från att kräva ett förbud i grundlag för rättstillämpande myndigheter att pröva om en av riksdagen beslutad lag är grundlagsenlig med avseende på tillkomst eller innehåll; ett väsentligt motiv har då varit

32. Däremot har det i modifierad form senare anförts av lagprövningsrättens motståndare; se nedan i 18.4 på s. 699.
33. KU 1938:16.
34. SOU 1941:20 s. 16.
35. De stora riksdagspartiernas representanter i utredningen var eniga på denna punkt, vilket som Algotsson konstaterat innebar att de socialdemokratiska ledamöterna gick emot vad en av partiets ledande politiker och främsta juridiska experter, Undén, några år tidigare uttalat. Se Medborgarrätten och regeringsformen s. 40.
36. Petrén menade, möjligen något förhastat, att HD:s utlåtande gav ett »facit» på frågan om lagprövningsrättens existens, varemot Jägerskiöld, med hänvisning till Svea Hovrätts ställningstaganden till kvarlåtenskapsskatten, med fog invände att ett remissyttrande inte har samma vikt som en dom och att inget tydde på att HD i framtida avgöranden skulle vara bunden av remissyttrandet och verkligen utöva någon lagprövningsrätt. Se StvT 1964 s. 404 f resp. 1965 s. 250 f.
37. Se SOU 1963:17 s. 155 f. – Mot bakgrund av de nämnda diskussionerna om lagprövningsrättens existens var utredningens konstaterande att en sådan fanns och även fortsättningsvis borde finnas givetvis inte okontroversiellt. Utredningen kritiserades också på denna punkt av Jägerskiöld , som fann det »...stötande att författningsutredningen med glidande motiveringar sökt, utan lagtext, allenast genom motiv, smuggla in en så viktig och ur många synpunkter betänklig reform i vår statsrätt som en allmän lagprövningsrätt skulle utgöra.» Se StvT 1965 s. 250. De flesta remissinstanser som uttalade sig om utredningens förslag ansåg emellertid att utredningen gjort en korrekt bedömning av gällande rätt; se närmare SOU 1965:2 s. 60 ff.

att de rättstillämpande myndigheternas praxis hittills knappast har utgjort anledning till farhågor för konflikter mellan lagstiftande organ och rättstillämpande.»[38] I klartext innebar detta att utredningens socialdemokratiska ledamöter avstod från att kräva förbud mot lagprövningsrätt, vilket de tydligen hotat med under utredningsarbetets gång.

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

Efter att först ha slagit fast att lagprövningsrätt tillkom inte bara domstolar utan även andra myndigheter (»samtliga organ som tillämpar rättsregler under utövande av rättskipning eller offentlig förvaltning») och uttalat sig till stöd för ett bibehållet uppenbarhetskrav, beskrev han den formella och materiella lagprövningsrätten som självfallen respektive naturlig. En lagprövningsrätt med denna omfattning skulle emellertid inte ge upphov till några praktiska problem, eftersom den överhuvudtaget inte skulle få någon praktisk betydelse. »Att grova formfel eller andra uppenbara åsidosättanden av grundlagsregler skulle förekomma vid normgivningen framstår som i hög grad osannolikt...»[39]

Innebörden är således att lagprövningsrätten godtas men att dess betydelse tonas ner.[40] Denna hållning skulle komma att prägla också det återstående utredningsarbetet.

FRU föreslog två år senare, utan att önska någon förändring i rättsläget, att lagprövningsrätten skulle inskrivas i grundlag. Detta var så att säga den judiciella delen i utredningens förslag till en »materiell metod i förening med ett judiciellt skydd».[41] Även nu tonades emellertid de rättsliga effekterna av lagprövningsrätten ner; tanken med lagprövning som kontrollmedel sades vara att den skall tjäna som en säkerhetsanordning vilken utlöses i de sällsynta fall då den demokratiska beslutsprocessen som sådan av någon anledning inte har utgjort ett tillräckligt skydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna. Dessutom framhölls att den kunde ha en viktig preventiv effekt på lagförslagens utformning. Samtidigt gjordes dock vissa förtydliganden av lagprövningsrättens innebörd:

> Detta får inte förstås så att landet måste befinna sig i ett krisläge i yttre bemärkelse för att lagprövningen skall bli en verklighet att räkna med, låt vara att det är svårt att föreställa sig att riksdagen annars skulle fatta beslut som flagrant kränker grundlagsskyddet för rättigheterna. Det uppenbarhetsrekvisit som måste vara uppfyllt för att en domstol skall åsidosätta en lag som är i konflikt med grundlag är inte heller att fatta så att endast brott mot grundlagsregler som är entydiga till sin lydelse kan utlösa ett underkännande.[42]

Här betonades att lagprövningen inte enbart var avsedd för rena krissituationer, en tanke som annars ibland framskymtat i debatten om de konstitutionella reformerna. På denna punkt måste uttalandet beskrivas som klargörande (även om justitieministern i prop 1975/76:209 talade om vikten av att lagprövningsrätten fick »verklig effekt i de krissi-

38. SOU 1972:15 s. 107-08.
39. Prop 1973/90 s. 200 f.
40. Jfr Algotsson, a.a.s. 60.
41. Se ovan kap. 16.4.
42. SOU 1975:75 s. 108 f. Sistnämnda omständighet exemplifierades med RF 2:14 (sedermera 2:13) om skydd för yttrandefriheten, som förvisso var oklar. Trots detta menade utredningen att det ålåg domstol »att i sin rättstillämpning sätta åt sidan en lagbestämmelse genom vilken riksdagen tydligt har förgripit sig på den intresseavvägning som har kommit till uttryck i paragrafen.»

tuationer för vilka det i första hand är avsett»[43]). Vidare tycks FRU i sin definition av uppenbarhetskravet ha gått längre än senare motivuttalanden.

Justitieministern var i nämnda proposition, till synes närmast av politiska skäl[44], inte beredd att föreslå något grundlagsfästande av lagprövningsrätten, utan förordade ytterligare utredning av frågan. Trots att denna vid det laget redan behandlats av fyra utredningar instämde KU i kravet på ytterligare en utredning.[45]

RSU fick därför, som nämnts i 16.4, i uppdrag att utreda förutsättningarna för en grundlagsreglering av lagprövningsrätten. Utredningen anslöt i hög grad både till justitieministerns uttalanden från 1973 och till FRU. En från riksdagen fristående kontrollapparat kunde enligt RSU »svårligen undvaras» om grundlagens rättighetsskydd skulle bli tillräckligt effektivt. Det konstaterades att en lagprövningsrätt sedan länge existerade i Sverige och att det saknades anledning att göra några sakliga ändringar i denna. Den grundlagsreglering som föreslogs avsåg därför endast att kodifiera gällande rätt, inklusive uppenbarhetskravet.[46]

Justitieministern anslöt sig denna gång helt till utredningens linje.[47] Även KU förordade ett grundlagsfästande, men framhöll precis som justitieministern att detta inte innebar att lagprövningen skulle bli ett normalt inslag i rättstillämpningen, utan att dittillsvarande försiktiga praxis även fortsättningsvis skulle vara vägledande. Återhållsamhet rekommenderades således än en gång. Dessutom uppställdes betydligt hårdare krav för tillämpning av uppenbarhetskravet än FRU gjort 1975. KU menade att detta krav måste få en särskild betydelse vid prövning av av riksdagen beslutad lag, eftersom endast riksdagen, den främste lagstiftaren, kan stifta grundlag och därför borde vara bäst ägnad att pröva om en föreskrift är grundlagsenlig. Mot denna bakgrund förordades en betydande försiktighet från domstolarnas sida:

> Uppenbarhetsrekvisitet medför i detta fall enligt utskottets mening att riksdagens tillämpning av visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga.[48]

Detta motivuttalande, som sannolikt haft stort inflytande på domstolarnas praxis i lagprövningsfrågor, är mycket långtgående. Bortsett från att det är en något märklig tanke att riksdagen i kraft av sitt grundlagsstiftningsmonopol också skulle vara särskilt skickad

43. Prop 1975/76:209 s. 94. FRK menade i SOU 1993:40 s. 229 att lagprövningen som kontrollmedel är tänkt att verka som en säkerhetsanordning som utlöses i de sällsynta fall då lagstiftningen inte utgjort ett tillräckligt skydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna. Här understryks således att lagprövningen är avsedd för sällsynta undantagsfall, men inget tyder på att dessa behöver ha något samband med krissituationer av olika slag. Jfr även Bengtsson, Om lagprövning från domstolssynpunkt, SvJT 1989 s. 676.
44. Jfr Algotsson, a.a.s. 181 ff.
45. KU 1975/76:56 s. 17 ff.
46. SOU 1978:34 s. 108 f. – Det kan nämnas att RegR 1978 prövade en retroaktiv skattelags grundlagsenlighet. Invändningen om grundlagsstridighet ogillades dock, eftersom målet gällde 1972 års taxering och GRF inte innehöll något förbud mot retroaktiv skattelag. Den retroaktiva skattelagen var således inte uppenbart grundlagsstridig. Se RÅ 1978 1:29.
47. Se prop 1978/79:195 s. 39 ff.
48. KU 1978/79:39 s. 13.

att avgöra en lagbestämmelses grundlags*enlighet*[49] – här förväxlas uppenbarligen rättslig behörighet att stifta grundlag med faktisk juridisk kompetens att pröva lagars förenlighet med grundlag[50] – måste det konstateras att domstolarnas möjlighet att åsidosätta lagar på grund av materiell grundlagsstridighet enligt uttalandet är synnerligen starkt beskurna, för att inte säga minimala. Först om det skulle vara fullkomligt **omöjligt** för en domstol att tolka en bestämmelse som förenlig med grundlagen skulle domstolen kunna åsidosätta bestämmelsen; detta skulle däremot inte vara möjligt om bestämmelsen av allt att döma, med tillämpning av normala tolkningsmetoder, framstår som oförenlig med en grundlagsregel.[51]

Under alla omständigheter var det denna normprövningsrätt som 1979 infördes i RF.[52] Det är därför av stort intresse att undersöka hur den har fungerat i praxis. Innan så sker bör emellertid ytterligare något sägas om den gällande normprövningsrättens rättsliga innebörd.

18.2 Lagprövningsrätten enligt regeringsformen 11:14

18.2.1 Allmänt

Justitieministern gjorde i prop 1973:90 en definition av lagprövningsrätten, enligt vilken denna innebar att en myndighet har rätt och skyldighet att i sin rättstillämpande verksamhet sätta åt sidan en föreskrift som strider mot en bestämmelse i en författning av högre konstitutionell valör.[53] Denna av allt att döma ännu giltiga definition är tillämplig också på övrig normprövningsrätt i såväl dess formella som materiella former.

49. Jfr Bengtsson, Om konstitutionsutskottets lagprövning s. 359. Resonemanget återkommer f.ö. i SOU 1993:40 s. 229 (som argument mot ett avskaffande av uppenbarhetskravet). – I den tidigare nämnda KU-utfrågningen om lagrådet den 18 mars 1986 hänvisade justitierådet Hult till uttalandet. Hult menade då att om det rådde bred enighet om antagandet av en lag i KU och riksdagen, så kunde denna knappast sägas vara uppenbart grundlagsstridig. Detta kunde däremot vara fallet om riksdagen var delad (»...om det råder stor uppslutning i riksdagen kring en grundlagstolkning, är det riksdagens ord som gäller. Men en helt annan situation är den som råder i det fall...där riksdagen är delad. Då kan det naturligtvis vara problematiskt»). Hult, och i viss mån även Höglund, fick vid tillfället uppbära viss, till synes berättigad kritik för sitt sätt att relatera uppenbarhetskravet till storleken på den riksdagsmajoritet som antagit en lag. Se KU 1985/86:25 bil. A 5.
50. En liknande inställning till lagprövningsrätten har i den teoretiska litteraturen förts fram av Ross, Dansk Statsforfatningsret s. 178. Se ovan i 3.2.4.1.
51. KU var bara något generösare i förhållande till den formella lagprövningsrätten: »För att underlåta tillämpning av en av riksdagen beslutad föreskrift måste det därför fordras att föreskriften materiellt sett är oförenlig med ett grundlagsstadgande eller att det vid föreskriftens beslutande förekommit ett klart och direkt åsidosättande av ett uttryckligt stadgande i grundlag eller RO om lagstiftningsproceduren som uppenbarligen måste anses vara av väsentlig betydelse för denna.» Smärre, men i och för sig tydliga formella fel skulle således inte vara tillräckligt för att en bestämmelse skulle kunna åsidosättas, en restriktivitet som återspeglas i 11:14, där krav ställs på att stadgad ordning »i något väsentligt hänseende» skall ha åsidosatts för att en föreskrift skall kunna åsidosättas av formella skäl.
52. FRK föreslog som tidigare nämnts ingen förändring i rättsläget. Se ovan i 16.5 samt SOU 1993:40 del A s. 217-229.
53. Anf prop s. 200 f.

En lagprövning av detta slag behöver i och för sig inte motiveras med några särskilda maktdelningsteorier, utan kan härledas från och sägas stå i ett naturligt samband med två grundläggande principer i svensk statsrätt. I st. 3 i RF:s portalstadgande, 1:1, anges att den offentliga makten utövas under lagarna. Härav följer att riksdagen och alla andra offentliga organ är bundna av gällande rätt, varför normprövningsrätt eller, för att tala med justitieministern, »(F)örekomsten av ett från den politiska makten fristående men av rättsordningen styrt kontrollsystem med uppgift att ingripa för det fall att riksdagen till äventyrs skulle förbryta sig mot grundlagen»[54] knappast kan stå i strid med statsskickets grundläggande principer. Framförallt kan normprövningen sägas vara en logisk konsekvens av den i Sverige gällande *normhierarkin*, enligt vilken normer skapas på skilda konstitutionella nivåer och har olika konstitutionell status. Detta system förutsätter att en norm på högre nivå har företräde framför en norm av lägre rang och i händelse av oförenlighet dememellan ges företräde, vilket i RF delvis kommer till uttryck i de regler om den formella lagkraftens princip i RF 8:14 o. 17, enligt vilka en förordning kan ändras genom en lag, men en lag inte genom en norm av lägre rang.[55] Även de särskilda reglerna för stiftande av grundlag återspeglar detta förhållande: Normgivningsreglerna i RF:s 8 kap är givetvis av högsta tänkbara konstitutionella rang, varför formella brister som medfört att föreskrifter utfärdats i strid med dem innebär att en norm av högre rang trätts för när. På samma sätt förhåller det sig med föreskrifter som strider mot rättighetsreglerna i 2 kap RF, eller i TF eller YGL. Att någon rättslig instans – i Sverige samtliga domstolar och myndigheter – givits befogenhet att kontrollera att dessa regler iakttas måste ses som en förutsättning för att det normhierarkiska systemet skall ha någon mening.[56]

Normprövningsrätten i Sverige är som nämnts starkt decentraliserad. Detta innebär dels att **alla** rättstillämpande organ i teorin har rätt och även skyldighet att företa normprövning när behov därav yppar sig[57], dels att normprövning bara aktualiseras när det i ett konkret rättsfall eller ärende finns anledning för en domstol eller myndighet att kontrollera huruvida en föreskrift överensstämmer med en norm av högre rang.[58]

Frågan är då när det finns anledning härtill. Är domstolar och myndigheter skyldiga att pröva denna fråga ex officio?

Detta spörsmål har inte analyserats närmare i doktrinen, vilket är beklagligt eftersom motivuttalandena på denna punkt är tämligen förvirrande. I förarbetena sägs nämligen flera gånger att lagprövningsrätten i princip skall utövas ex officio, samtidigt som uttalandena härom omges med så många reservationer att den angivna huvudregeln tycks förlora sin mening. Som exempel kan hänvisas till prop 1978/79:195 med förslag bl.a. till grundlagsfästande av lagprövningsrätten:

54. Prop 1975/76:209 s. 93.
55. Jfr Grundlagarna s. 248 f.
56. Jfr justitieministern i prop 1973:90 s. 201.
57. Denna grundlagsreglering motsvarar dock dåligt de konstitutionella realiteterna; jfr nedan i 18.2.2.
58. Någon möjlighet att väcka fastställelsetalan vid domstol om en bestämmelses grundlagsenlighet finns inte i svensk rätt. Se NJA 1987 s. 198, där HD uttryckligen slog fast detta. Jfr Lavin, a.a.s. 20 och Petrén, Vägar för medborgarna att hävda sina rättigheter, i Om våra rättigheter II, Stockholm 1983, s. 13.

> Lagprövningsrätten utövas i princip ex officio. Detta innebär emellertid inte att prövning av ev. motstridighet mellan författningar på olika nivåer ingår som ett mera normalt led i myndigheternas rättstillämpning. Lagprövning kan enligt gällande synsätt bli aktuell endast om en påstådd normkonflikt uttryckligen åberopas som grund för ett yrkande eller om en myndighet i ett visst fall har särskild anledning att förmoda att en normkonflikt föreligger. I lagprövningsrätten ligger med andra ord inte någon allmän skyldighet för myndigheterna att undersöka om de rättsregler som skall tillämpas till äventyrs står i strid med föreskrifter på högre nivå.[59]

Uttalandet är märkligt. Om lagprövningsrätten inte innebär någon skyldighet för myndigheterna att undersöka om de rättsregler som skall tillämpas står i strid med föreskrifter av högre rang så kan det knappast hävdas att den utövas ex officio. Om huvudregeln är att prövningen sker ex officio gäller denna under alla omständigheter med mycket stora modifikationer.[60]

Resultatet av lag- eller normprövningen kan aldrig bli att den granskade föreskriften ogiltigförklaras, utan antingen upprätthålls denna och läggs till grund för ett avgörande eller beslut, eller också underlåter domstolen/myndigheten att tillämpa den i det konkreta rättsfallet eller ärendet. Om HD eller RegR åsidosätter en bestämmelse kan detta givetvis leda till att bestämmelsen sedan ändras eller upphävs, men det finns absolut inga garantier för att så sker.[61]

18.2.2 Lagprövningsrätt för alla myndigheter

När normprövningsrätten diskuterades i äldre doktrin – dvs i stort sett fram till dess att lagprövningsrätten 1964 blivit tydligt erkänd i praxis – gällde diskussionen, som torde ha framgått ovan, enbart domstolarnas normprövningsrätt. När justitieministern 1973 konstaterade att den lagprövningsrätt som hade utvecklats i rättspraxis tillkom samtliga organ som tillämpar rättsregler under utövande av rättskipning eller offentlig förvaltning[62] förefaller detta ha varit första gången som denna aspekt av normprövnings-

59. Anf prop s. 40. Se även prop 1975/76:209 s. 93 och KU 1978/79:39 s. 11.
60. Jfr Eivind Smith, Rettslig prøving s. 122. – Längst i doktrinen i uttolkningen av att normprövningen skall ske ex officio har Holmberg/Stjernquist gått. Enligt dem åligger det varje myndighet som skall tillämpa en bestämmelse att förvissa sig om att denna ingår i en utfärdad författning som har utfärdats av ett behörigt organ, trätt i kraft och inte blivit upphävd. Att kontrollera att författningen ingår i SFS räcker inte, utan myndigheten måste också förvissa sig om att det ligger inom regeringens kompetens att besluta om författningen liksom, såvitt gäller lagar, att lagbeslutet verkligen fattats av riksdagen i grundlagsenlig ordning samt att lagen till sitt innehåll är grundlagsenlig. Se Vår författning, 8 uppl. s. 212 f. Om alla myndigheter gjorde denna prövning varje gång de har att tillämpa en norm så är det givetvis ingen tvekan om att det vore fråga om en prövning ex officio, men denna idealmodell ligger nog dessvärre en bit ifrån verkligheten. (Jfr Petrén, a.a.s. 15: »Varje myndighet är sålunda i princip ålagd en plikt att ex officio överpröva bl a grundlagsenligheten av varje rättsregel som myndigheten har att tillämpa. Så sker ej.»)
61. Jfr Grundlagarna s. 398, Algotsson, a.a.s. 255 och Smith, a.a.s. 124. Givetvis kan det också tänkas att det normgivande organet godtar att bestämmelsens räckvidd blivit preciserad genom lagprövningen och finner att den kan fortsätta att gälla med denna innebörd. – Bengtsson menar att det vore orimligt, därest en bestämmelse inte skulle tillämpas p.g.a. oförenlighet med ersättningsregeln i RF 2:18, att låta ersättningsregeln »smitta av sig på lagstiftningen i övrigt». I stället borde själva ingreppet tillåtas men ersättning utgå till det belopp 2:18 kan anses föreskriva. Se Ersättning vid offentliga ingrepp I s. 59. Detta är dock i så fall en – i sak något tveksam – specialkonsekvens vid oförenlighet just med 2:18.
62. Prop 1973:90 s. 200.

rätten poängterades särskilt.[63] Att så skall vara fallet framgår emellertid numera uttryckligen av första meningen i RF 11:14[64] och har sällan diskuterats eller ifrågasatts i doktrinen.

Bengtsson har dock, i samband med ett resonemang närmast de lege ferenda om för- och nackdelarna med en utvidgad lagprövningsrätt, anmärkt att en sådan måste reserveras för domstol, eftersom det är otänkbart att varje förvaltningsmyndighet skulle få åsidosätta en lagregel så snart denna ter sig grundlagsstridig.[65] I anslutning till Bengtssons befogade påpekande kan här den reflektionen göras, att det faktum att samtliga svenska myndigheter tillerkänts normprövningsrätt möjligen kan ha bidragit till att domstolarnas lag- och normprövningsrätt även sedan 11:14 infördes spelat så anmärkningsvärt liten praktisk roll i rättslivet. Denna för Sverige något särpräglade ordning, som teoretiskt sett skulle kunna leda till att föreskrifter underkändes i tid och otid både av myndigheter och domstolar, har troligen i praktikén snarast tunnat ut den betydelse den i 11:14 reglerade normprövningsrätten skulle kunna ha. Anledningen härtill är uppenbar: Flertalet svenska förvaltningsmyndigheter drar sig nog i det längsta för att utöva normprövning och åsidosätta av andra myndigheter beslutade föreskrifter (att en vanlig svensk myndighet skulle åsidosätta en av riksdagen beslutad lag framstår t.ex. som mycket osannolikt). Samtidigt framhäver inte det förhållandet att samtliga myndigheter formellt har samma befogenheter som domstolarna den huvudroll i upprätthållandet av rättighetsskyddet som på detta område naturligen tillkommer domstolarna.[66] Att alla myndigheter har normprövningsrätt ökar inte domstolarnas benägenhet att utöva sin normprövningsrätt.

Att talmannen har en form av lagprövningsrätt framgår av RO 2:9, där det sägs att talmannen skall vägra proposition på yrkande som strider mot grundlag eller RO. Riksdagsutskotten får vidare anses ha en allmän lagprövningsrätt i form av en skyldighet att avstyrka lagförslag som enligt ifrågavarande utskott är svårförenliga med grundlagen; här torde således, liksom för talmannnen, inget uppenbarhetskrav föreligga.[67] Även regeringen kan sägas ha en lagprövningsrätt, innebärande en skyldighet att vägra utfärda en lag som har tillkommit i uppenbart grundlagsstridig ordning eller som till sitt innehåll uppenbart strider mot grundlag.[68] Huruvida talmannen eller regeringen någonsin inlåtit sig på någon lagprövning är dock tveksamt.

18.2.3 Formell och materiell lagprövningsrätt

En punkt där terminologin i den svenska doktrinen inte är alldeles klar eller, för att tala med Westerståhl, »de begrepp, varmed de olika formerna för domstolarnas här avhand-

63. Frågan lyftes dock fram i vissa remissvar på FU:s förslag. Se SOU 1965:2 s. 73.
64. »Finner domstol *eller annat offentligt organ* (min kursivering) att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas.»
65. Se Om lagprövning ur svenskt perspektiv, NAT 1989 s. 331.
66. Jfr Brewer-Carías, a.a.s. 132: »Theoretically, all public authorities and individuals could be entitled to inspect the irregularity of state acts and to consider whether the act is valid and obligatory. Since this would lead to juridical anarchy, positive law normally reserves this power to the judges.»
67. Jfr Bengtsson, Om konstitutionsutskottets lagprövning s. 356.
68. Se Vår författning, 8 uppl. s. 142-43.

lade prövningsbefogenhet betecknats, ha icke alltid använts i samma betydelse»[69] är de olika formerna av norm- eller lagprövningsrätt. Oklarheten gäller huruvida det bara finns två former av lagprövning, den formella och den materiella, eller om den s.k. kompetensprövningen skall räknas som en särskild, tredje form.

Den materiella lagprövningen, prövningen av huruvida innehållet i en lag eller förordning överensstämmer med innehållet i ett stadgande av högre rättslig valör, kan som nämnts härledas från normhierarkin och den *lex superior*-princip som anses följa härav, enligt vilken föreskrifter i en författning av högre valör äger företräde framför en föreskrift av lägre valör.[70] Det var på detta förhållande LU vid 1828-30 års riksdag ville grunda en lagprövningsrätt och resonemanget har inte förlorat sin giltighet sedan dess. Den formella normprövningsrätten i sin tur innebär givetvis en granskning av om några formella fel begåtts vid antagandet av en föreskrift.

Så långt råder knappast några oklarheter. Vad som emellertid komplicerat bilden är att flera författare hävdat att det dessutom finns en särskild kompetensprövning, innebärande en prövning av om det organ som utfärdat författningen med hänsyn till dennas innehåll varit behörigt därtill.[71] Vad som åsyftas är således en prövning av att det normgivande organet inte överträtt sin normgivningsbehörighet. Denna uppfattning har å andra sidan kritiserats i doktrinen, främst på den grunden att kompetensprövningen i grunden är en materiell prövning eftersom den syftar till att utröna om författningens innehåll är av sådant slag att det normgivande organet varit behörigt att besluta föreskriften. Prövningen avser med andra ord förhållandet mellan författningens innehåll och en normgivningsregel i RF 8 kap.[72] Vissa författare betonar samtidigt att kompetensprövningen knappast är helt materiell till sin karaktär utan kan ses både som en materiell och formell prövning, materiell mot bakgrund av vad som här anförts och formell därigenom att den syftar till att utröna om det normgivande organet haft formell behörighet att besluta föreskriften, eller om denna skulle ha beslutats av något annat organ.[73]

Själv föredrar jag att enbart tala om formell och materiell lagprövning, eftersom all prövning som inte ägnas den materiella, innehållsmässiga förenligheten mellan normer av olika rang enligt min mening är en formell prövning, i den bemärkelsen att det är en prövning av om »stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts» vid föreskriftens tillkomst (jfr 11:14). Detta gäller oavsett om prövningen ägnas proceduren vid föreskriftens tillkomst eller det beslutande organets normgivningskompetens.[74] Att som Holmberg/Stjernquist specifikt hänföra kompetensprövningen till lokutionen

69. SOU 1941:20 bil. 3 s. 120.
70. Se till det sagda Lavin, a.a.s. 13 f, Sundberg, Om svensk domstols rätt...s. 63 och prop 1973:90 s. 201.
71. Se Grundlagarna s. 397, Westerståhl i SOU 1941:20 s. 120 samt Lavin, a.a.s. 15 not 6 m.h.t. ytterligare doktrin. Jfr SOU 1975:75 s. 211.
72. Jfr bl.a. Sundberg i Medborgarrätt s. 42 f och Lavin, a.a.s. 15 f. Ett liknande synsätt framförs f.ö. av Eivind Smith i Høyesterett og folkestyret s. 322.
73. Se Grundlagarna s. 397 och Lavin, a.a. Jfr nedan i 18.2.4 om justitieministerns bitvis snarlika resonemang i prop 1975/76:209 s.92.
74. Denna uppfattning har i doktrinen varit mindre vanlig, men dock förfäktats av Jägerskiöld, Om domstols lagprövningsrätt, StvT 1964 s. 1 och Lysén, Något om lagprövning och skadestånd, FT 1983 s. 133.

»stadgad ordning...» i 11:14[75] förefaller tveksamt, eftersom denna lokution rimligen också måste avse prövningen av om korrekt procedur iakttagits vid föreskriftens utfärdande.[76]

18.2.4 Uppenbarhetskravet

Den mest omdiskuterade delen av RF 11:14 är stadgandet i andra meningen, enligt vilket tillämpning av en av riksdag eller regering beslutad föreskrift får underlåtas endast om den bristande grundlagsenligheten är **uppenbar**. Detta uppenbarhetskrav har i doktrinen och den (rätts)politiska debatten kritiserats från flera olika utgångspunkter; det har hävdats att det är fel att riksdag och regering åtnjuter en större felmarginal än andra normgivande organ[77], att det är konstitutionellt tvivelaktigt att på detta sätt skriva in en form av *judicial restraint* i grundlagen, att innebörden av rekvisitet är oklar[78], vilket försvårar utövandet av lagprövningsrätten i praxis samt kanske framförallt att uppenbarhetskravet gör det svårt för domstolarna att bidra till upprätthållandet av en hög nivå i rättighetsskyddet.

Vad gäller den första frågan har även den motsatta uppfattningen framförts, dvs att det är naturligt att av de högsta politiska organen beslutade föreskrifter är svårare att åsidosätta än andra.[79] Det är f.ö. detta synsätt som ligger till grund för det ovan citerade KU-yttrandet om att riksdagens tillämpning av ett grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga. Det verkligt anmärkningsvärda – och för Sverige något särpräglade – är kanske snarare att regeringen i detta avseende jämställts med riksdagen. Som Smith anmärkt är de i och för sig vägande politoideologiska argument som kan åberopas mot en omfattande *lag*prövningsrätt för domstolarna – dvs främst att domare inte bör sätta sig över beslut fattade av parlamenten, de folkvalda politiska organen – inte möjliga att med tillnärmelsevis samma styrka åberopa mot regeringsbeslut, även om regeringen stöds av en majoritet i parlamentet.[80] Regeringen borde knappast ha ställts i en mer gynnad position i detta avseende än den övriga förvaltningen.

Denna för Sverige något speciella ordning kan kritiseras på goda principiella grunder. Holmberg förde 1987 ett principresonemang, enbart med utgångspunkt från svenska förhållanden och utan hänvisning till utländsk doktrin, om uppenbarhetskravets konsekvenser och om vådan av att åsidosätta en lagbestämmelse i förhållande till det **åsidosät-**

75. Se Grundlagarna s. 398.
76. Lavin menar (s. 27) med utgångspunkt från det ursprungliga förslaget till RF:s normgivningsregler att den grundläggande kompetensprövningen såvitt avser av regeringen utfärdade förordningar oftast gäller huruvida ett bemyndigande meddelats, vilket givetvis är riktigt. Denna normprövning måste dock enligt min mening beskrivas som formell.
77. Jfr remissyttrandena över RSU, prop 1978/79:195 bil. 2 s. 44. Se även Wennergren, a.a.s. 120 f.
78. Se bl.a. Erik Holmberg, På spaning efter rättigheterna, SvJT 1987 s. 662 ff.
79. Se t.ex. JK i prop 1978/79:195 bil 2 s. 46, som menar att det är »givet att den tröskel som bör vara passerad innan en föreskrift får åsidosättas inte kan undgå att påverkas av frågan vem som beslutat föreskriften».
80. Se Smith, Rettslig prøving...s. 122 f. Även i det nämnda KU-uttalandet görs f.ö. en distinktion mellan riksdag och regering (se ovan avsn. 18.1.2). Se för kritik mot den rådande ordningen även Strömberg i JT 1993/94 s. 367 f, Bernitz i JT 1994/95 s. 265 f och Lysén, Europas grundlag s. 144 samt allmänt till det sagda ovan kap. 3.3.2. Jfr även i 18.3.2 vid n. 171-73.

tande av en grundlagsregel som blir resultatet av upprätthållandet av en lag vilken, ehuru grundlagsstridigheten inte är uppenbar, tycks strida mot grundlagen. Holmberg menar att om frågan betraktas »från normlogisk synpunkt», så borde ett åsidosättande av en grundlagsregel vara politiskt känsligare än ett underkännande av en nyligen stiftad lag. Lika väl som konflikter mellan riksdagen och domstolarna kan förringa allmänhetens förtroende för lagarna så kan en programmatisk försiktighet vid lagprövningen förringa allmänhetens förtroende för grundlagen. Resonemanget – som får Holmberg att ifrågasätta hela tanken bakom uppenbarhetskravet[81] – får naturligtvis än större tyngd om det åsyftar regeringsförordningar i stället för lagar.

Vad innebär då uppenbarhetskravet? Vad betyder det att domstol eller annat offentligt organ får underlåta att tillämpa en av riksdag eller regering beslutad föreskrift endast om felet – dvs den bristande förenligheten med grundlag eller lag – är uppenbart? När kan så sägas vara fallet? Finns det överhuvudtaget något utrymme kvar för domstolarna att åsidosätta lagar och förordningar?

Som vi sett ovan i avsnitt 18.1.1 kan ett uppenbarhetsrekvisit, omfattande både den formella och materiella lagprövningen, så småningom sägas ha vuxit fram i praxis under GRF:s tid. Denna praxis var i och för sig varken särskilt omfattande eller direkt entydig, men existensen av ett uppenbarhetskrav togs under 1970-talets konstitutionella reformarbete för given vid samtliga de tillfällen då lagprövningsrätten behandlades i utredningar och förarbeten.[82] Ett av de få tillfällen då lagprövningsrätten analyserades närmare var i prop 1975/76:209, där justitieministern gjorde en till synes något konstlad distinktion mellan lagprövning som är ofrånkomlig i en rättsordning av svenskt slag och lagprövning som innebär att myndigheterna kontrollerar att normgivaren tillämpat vissa regler rätt.[83] Enligt justitieministern var det uppenbart att myndigheterna inte skulle tillämpa en lag som utfärdats utan föregående riksdagsbeslut, liksom att i den situationen då två motstridiga regler på olika nivåer vände sig direkt till de rättstillämpande organen den högre skulle ha företräde. Som exempel pekades på TF 1:2, som förbjuder myndigheterna att hindra en skrifts spridning på grund av dess innehåll; myndigheterna skulle givetvis vägra tillämpa en lag som föreskrev sådant hindrande. Justitieministern fann det »knappast ens adekvat att tala om lagprövning i situationer av detta slag», ett uttalande som är något märkligt. I stället rörde det sig »närmast om en lagtolkningssituation där myndigheterna har att handla efter den för vårt rättssystem grundläggande principen att högre föreskrift går före lägre.» Annorlunda förhöll det sig däremot med lagprövning som innebär att en myndighet kan åsidosätta en föreskrift som beslutats med åsidosättande av gällande procedurregler, eller av ett icke behörigt organ eller med ett innehåll

81. A.a.: »Kanske ligger en feltanke i botten? Kanske borde hela frågan övervägas på nytt med större allvar och med djupaste känsla för de, om inte eviga så dock långsiktiga, värden som ligger i vågskålen när man överväger att nonchalera en grundlagsbestämmelse.» Det övervägande Holmberg här efterlyste skulle FRK enligt direktiven befatta sig med, men kommittén fann i sitt betänkande som nämnts inget skäl att föreslå någon förändring. Se SOU 1993:40 s. 229. Jfr till det sagda Bengtsson, Om lagprövning ur svenskt perspektiv s. 333 vid not 10, som medger att Holmbergs synpunkter väger tungt i sammanhanget.
82. Se prop 1973:90 s. 200 f, SOU 1975:75 s. 108 f, prop 1975/76:209 s. 93, SOU 1978:34 s. 109, prop 1978/79:195 s. 40 och KU 1978/79:39 s. 13. Viss kritik mot detta faktum antyds av Petrén/Ragnemalm s. 311 och Lysén, a.a.s. 134 f. Kritiken mot att alltför långtgående slutsatser här drogs av några få rättsfall kan inte sägas vara helt obefogad.
83. Se anf prop s. 92.

som överhuvudtaget inte kunde beslutas (t.ex., får man förmoda, ett innehåll som stred mot 2 kap. RF). Skillnaden mot de förra fallen sades vara att det bara är den lägre föreskriften som vänder sig direkt till rättstillämparen, medan den högre norm med vilken jämförelsen görs är riktad enbart till normgivaren. Denna senare form av lagprövning var enligt justitieministern ingen nödvändig konsekvens av rättsordningens uppbyggnad med föreskrifter på olika nivåer, men å andra sidan inget som uteslöts av grundlagens uppbyggnad och allmänna innehåll.

Justitieministerns distinktion mellan olika lagprövningsfall förefaller som sagt konstlad.[84] Även de första, enligt honom okontroversiella fallen måste sägas utgöra typisk formell respektive materiell lagprövning; också här är det fråga om att pröva en lags förenlighet med grundlagen. Uppenbarhetskravet torde gälla med samma styrka i bägge fallen.

Som vi sett ovan står FRU:s mot domstolarna »generösa» definition av lagprövningsrättens omfång i motsättning till KU:s snäva definition från 1979.[85] Någon vägledning beträffande uppenbarhetsregelns innebörd tycks därför inte stå att finna i motiven. Praxis är, som framgår i nästa avsnitt, ganska intetsägande.[86] Vad finns då att hämta i doktrinen?

Den mest ingående analysen av uppenbarhetskravet har gjorts av Bengtsson, som behandlat ämnet i en mängd artiklar. Bengtsson avvisar till att börja med all analogisering med andra uppenbarhetskrav i lagstiftningen, varav det viktigaste torde vara resningsgrunden »uppenbar lagstridighet» i 58 kap. 1 § 4 och 2 § 5 RB.[87] Detta är befogat, eftersom andra uppenbarhetsregler har andra syften och skall tillämpas i andra situationer. Vidare menar Bengtsson att utgångspunkten vid lagprövning är att 11:14 endast kan tillämpas då den underkända lagregeln är helt oförenlig eller åtminstone svårförenlig med grundlagstexten och dessutom **helt saknar** stöd i grundlagens motiv eller stadgad konstitutionell praxis. Härifrån vill han dock göra undantag för lagstiftning som **avsiktligt kringgår** grundlagen, vilken enligt Bengtsson kan underkännas också när den inte strider mot grundlagens ordalag.[88] Detta kan motiveras med att rent missbruk av lagstiftningsmakten rimligen inte skyddas av grundlagen. I de mer normala fallen av lagprövning menar Bengtsson, i nära anslutning till KU-uttalandet från 1978, att en lags grundlagsstridighet inte kan sägas vara uppenbar så länge meningarna därom bland kvalificerade juridiska bedömare kan vara delade. »Bara om juristen måste komma till annat resultat än lagstiftaren tydligen gjort, kan man överväga att tillämpa 11:14.»[89] Följaktli-

84. Det är möjligt att oklarheterna i justitieministerns resonemang beror på att han påverkats av den ovan i 18.2.3 behandlade diskussionen om huruvida det vid sidan av den formella och materiella lagprövningen finns en särskild kompetensprövning. Det är också möjligt att justitieministern tog denna diskussion till intäkt för att försöka finna en formel som skulle kunna utesluta lagprövningsrätt i flertalet fall då sådan annars borde kunna ske. Detta går det inte att ha någon klar uppfattning om, men distinktionerna mellan de olika fallen är så oklara att det inte går att utesluta någon dylik tanke bakom formuleringarna.
85. Jfr SOU 1975:75 s. 108 o. 211 med KU 1978/79:39 s. 13.
86. Jfr även Bengtsson, Om lagprövning ur svenskt perspektiv s. 332 o. Om domstolarnas lagprövning, SvJT 1987 s. 236.
87. Om expropriation och grundlagstolkning s. 54.
88. Se Om domstolarnas lagprövning, SvJT 1987 s. 230 o. Om lagprövning från domstolssynpunkt, SvJT 1989 s. 675.
89. Om expropriation...s. 56 o. Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 676.

gen menar han att grundlagsstridigheten inte kan vara uppenbar därest meningarna om den är delade bland ledamöterna i en domstol.[90] Här förordas således, precis som i KU-uttalandet, en långtgående återhållsamhet från domstolarnas sida. Frågan är dock om en så långt driven återhållsamhet verkligen är rimlig i fall lagprövningsrätten skall ha en reell, självständig juridisk betydelse; förutsätter inte denna att varje domare gör en självständig prövning av lagens grundlagsenlighet (även om de givetvis kan ta intryck av andras argument)?[91]

Schematiskt sett finns det enligt Bengtsson fyra typer av lagprövning. Det klaraste alternativet är givetvis att en lag strider både mot klar grundlagstext och mot grundlagsregelns förarbeten. Att tillämpa 11:14 torde inte vara särskilt svårt i dessa fall, vilket dock inte innebär att uppenbarhetskravet alltid är uppfyllt. Nästa alternativ är att lagen strider mot klar grundlagstext, men skulle kunna godtas enligt grundlagens förarbeten. Här är det enligt Bengtsson »tänkbart» att 11:14 kan bli aktuell, ehuru den omständigheten att avvikelsen har åtminstone visst stöd i motiven bör beaktas vid prövningen av om felet är uppenbart. En lag som däremot är förenlig med grundlagens text men inte med dess förarbeten kan enligt Bengtsson åsidosättas bara i den mån det står klart att den strider mot en grundtanke bakom grundlagsregeln; felet torde i detta läge sällan kunna anses vara uppenbart.[92] Om en lag är förenlig med såväl grundlagens ordalydelse som grundlagens förarbeten lär den överhuvudtaget inte kunna åsidosättas.[93]

Denna schematiska genomgång av de olika tänkbara situationerna torde på ett korrekt sätt återge gällande rätt. Riktigt samma synpunkter gör sig dock inte gällande när det är fråga om att döma i strid med **den vanliga lagens** motiv. Som Bengtsson konstaterar är skillnaden mellan att avvika från lagtext och att avvika från lagmotiv väsentlig.[94] Även om en domstol som ger grundlagen företräde framför klara och entydiga lagmotiv kan sägas handla mot lagstiftarens mening, vore det orimligt om en domstol följde grundlagsstridiga lagmotiv.[95] Slutsatsen är därför att lagregelns innehåll bör tolkas enligt sin ordalydelse. Om en sådan tolkning ger vid handen att bestämmelsen skulle göra det rättighetsskydd grundlagsregleringen syftar till meningslöst, så bör detta vara tillräckligt för att bestämmelsen skall anses stridande mot RF.[96]

90. Detta resonemang torde vara mer tillämpligt på materiell än formell lagprövning. Bengtsson menar också att uppenbarhetskravet inte nödvändigtvis måste tillämpas på samma sätt vid formell och materiell lagprövning. Se Ersättning vid offentliga ingrepp I s. 52. Bengtsson exemplifierar det sagda med sin egen hållning i NJA 1981 s. 1, där Bengtsson enligt egen utsago fann att en regel om samernas jakt- och fiskerätt innebar en grundlagsstridig diskriminering av folkgrupp, men att grundlagsstridigheten inte rimligen kunde vara uppenbar eftersom hans fem kollegor i HD hade en annan uppfattning. Ett helt motsatt resonemang fördes av Petrén i RÅ 1980 2:69, där Petrén som dissident inte drog sig för att bedöma en förordning som uppenbart grundlagsstridig. Se närmare Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 676 f samt nedan kap. 18.3.
91. Jfr Curt Olsson, Om lagprövning, JFT 1994 s. 498 i n. 127 samt nedan i kap. 19.5.
92. Bengtsson har senare, med anledning av ändringen av 2:18 den 1 januari 1995, kritiserat bristen på överensstämmelse mellan den nya regelns motiv och dess ordalydelse. Se SvJT 1994 s. 932. Någon ändrad ståndpunkt i sak beträffande förutsättningarna för lagprövning i de olika fallen torde dock inte följa härav.
93. Se Ersättning vid offentliga ingrepp I s. 53 f.
94. A.a.s. 60 f. Se också SOU 1975:75 s. 211.
95. Ibid samt Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 680-81.
96. Se Om expropriation...s. 58.

Westerberg tog för sin del fasta på FRU:s uttalanden i frågan och menade att uppenbarhetsrekvisitet kunde uppfyllas genom tolkning enbart **av den högre bestämmelsen.** Om denna tolkning ger vid handen att det föreligger en motstridighet och domstolen anser att dess tolkning är den enda möjliga, föreligger enligt Westerberg en uppenbar normkonflikt, varvid det vore stötande om domstolen tillämpade den rättsstridiga lägre normen. Om däremot domstolen finner att flera tolkningar är möjliga, borde domstolen besinna det nämnda KU-uttalandet och respektera riksdagens och regeringens tillämpning av ett visst grundlagsstadgande så länge den håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga.[97]

Westerberg bryr sig här inte om att göra den enligt min mening önskvärda åtskillnaden mellan riksdag och regering som normgivare, men fångar ändå ett av de stora problemen med tillämpningen av uppenbarhetsregeln, nämligen det stötande i att en troligen rätts- och grundlagsstridig norm kommer att tillämpas därför att den **inte uppenbart** strider mot en högre norm. I praktiken kan detta av grundlagstiftaren påbjudna förfaringssätt aldrig upplevas som särskilt tilltalande för den rättstillämpande myndigheten. Ett sätt att undvika att hamna i denna situation är givetvis att försöka tolka bort motsättningen mellan reglerna; i förarbetena påpekas rentav att lagprövning bör ske först om detta är omöjligt.[98] Men om detta verkligen är omöjligt undgår knappast rättstillämparen det angivna problemet. Genomgången av rättspraxis nedan i 18.3 visar f.ö. att s.k. grundlagskonform lagtolkning är ovanlig i svenska domstolar.

På åtskilliga håll i förarbeten och doktrin framhålls att det praktiska värdet av lagprövningsrätten till stor del hänger samman med grundlagens innehåll. Ju mer precist reglerna om normgivningskompetens respektive medborgerliga rättigheter är formulerade, desto större är möjligheterna till lagprövning.[99] Från denna utgångspunkt har kritik riktats främst mot de materiella begränsningskraven i RF 2:12 st. 2 och 2:13-14, vilka av flera bedömare ansetts vara alltför vaga för att kunna ligga till grund för lagprövning.[100] Onekligen har kritikerna en poäng däri att dessa regler har haft en minimal betydelse i lagprövningssammanhang (till skillnad från i lagrådets verksamhet[101]).

Vid formell lagprövning avseende en av riksdag eller regering beslutad föreskrift tillkommer den komplikationen, förutom att tillämpning får underlåtas endast om felet är uppenbart, att stadgad ordning vid tillkomsten skall ha åsidosatts i något **väsentligt hänseende** för att föreskriften inte skall tillämpas. Som Holmberg/Stjernquist påpekar

97. Se FT 1985 s. 255 ff. Enligt Westerberg innebär därför uppenbarhetskravet att motstridigheten skall framstå som **entydig,** men däremot inte att domstol enbart skall sätta åt sidan en lag när kränkningen av grundlagsbudet framstår som grov. Exakt samma uppfattning tycks Bogdan ha; se Grundlagsskyddet för äganderätten s. 93 f. Denna uppfattning strider dock mot vad FRU uttalade i SOU 1975:75 s. 108 f; se ovan s. 668 f.
98. SOU 1975:75 s. 108, jfr Lavin, a.a.s. 13 och Bengtsson, Om expropriation...s. 57.
99. Se bl.a. HD:s och RegR:s remissyttranden över FU, SOU 1965:2 s. 68 f, Strömberg, Lagprövningsrätt och medborgerliga rättigheter, StvT 1964 s. 23 och Westerberg, a.a.s. 254. Också FRU, som menade att även brott mot grundlagsregler vilka inte var entydiga till sin lydelse kunde utlösa ett underkännande, framhöll detta. Se SOU 1975:75 s. 108 jfr med s. 211. Se även Smith, a.a.s. 134.
100. Se t.ex. Algotsson, Lagrådet...s. 338, Holmberg, a.a. och Anders Fogelklou, Constitutionalism: The swedish experience, Swedish National Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law, 1990 s. 221. Jfr dock SOU 1975:75 s. 108. Se vidare kap. 18.4, där frågan med utgångspunkt från Holmbergs resonemang behandlas mer ingående.
101. Jfr härom kap. 17.1.2 o. 17.2.

hör de ovan behandlade kompetens- eller behörighetsbristerna (se 18.2.3) hit, medan procedur- eller förfarandefelen kan vara av olika slag; att ett riksdagsutskott behandlat en lagproposition under arbetsplenum i kammaren är enligt Holmberg/Stjernquist inte något fel i väsentligt hänseende, men däremot att ett riksdagsbeslut fattats med enkel majoritet när kvalificerad majoritet krävs enligt RF.[102] Mer svårbedömda är kanske invändningar om bristande grundlagsenlighet på grund av att KU jämlikt RF 2:12 st. 5 prövat om ett lagförslag omfattats av det kvalificerade förfarandet i 2:12 st. 3 och funnit att så inte är fallet. Det gäller då för domstolen att pröva om stadgad ordning åsidosatts i något väsentligt hänseende *och* om felet är uppenbart; lagen kan åsidosättas endast om bägge kraven är uppfyllda. Om KU gått emot lagrådets bedömning torde invändningen ha viss tyngd, men av hänsyn till uppenbarhetskravet knappast annars.[103] Att både KU och lagrådet felbedömt lagen i fråga kan givetvis dock inte helt uteslutas.

Vad gäller förhållandet till själva lagrådsgranskningen är det en vanlig uppfattning i doktrinen att det är mycket svårt att åsidosätta en lag som godtagits av lagrådet, men att behovet av lagprövning å andra sidan är desto starkare om regering och riksdag inte godtagit invändningar som lagrådet framfört mot ett lagförslag.[104] Denna uppfattning är logisk mot bakgrund av den utformning uppenbarhetskravet fått, eftersom det svårligen kan hävdas att en lag som lagrådet godtagit är **uppenbart** grundlagsstridig[105], men är egentligen diskutabel eftersom lagrådsgranskning och lagprövning är två principiellt helt skilda företeelser (*judicial preview* respektive *review*).[106]

Det är tydligt att uppenbarhetskravet, med den uttolkning det givits i förarbeten och doktrin – som egentligen inte avvikit särskilt mycket från KU:s 1978 förordade återhållsamhet – placerar Sverige i något av en internationell särställning på rättighetsskyddets område, bland de länder som trots allt tillåter någon form av lagprövningsrätt. Detta gäller inte bara i förhållande till USA och länder som tillämpar den europeiska modellen för lagprövningsrätt, som Tyskland. Även i förhållande till Danmark och framförallt Norge märks väsentliga skillnader. Det krav som de danska domstolarna i praxis uppställt på att lagar endast kan åsidosättas när det föreligger en **nödvändig säkerhet** för att lagen är grundlagsstridig måste som Smith konstaterat, även om det tillämpats ytterligt sällan i praxis[107], sägas vara mindre långtgående än det svenska uppenbarhetskravet, vilket i KU:s tappning tycks innebära att även snudd på orimliga tolkningar av bestämmelserna i RF 2 kap. måste accepteras.[108] Vad gäller Norge menar Smith f.ö. att ingen av domarna i Kløftamålet, där Høyesterett som nämnts i kap. 5.2.2 delade sig i tre fraktioner, gick så långt i att begränsa domstolarnas prövningsbefogenhet som KU önskat att de svenska domarna bör

102. Se Grundlagarna s. 398.
103. Jfr ovan i 15.1.3 in fine samt Grundlagarna s. 118.
104. Se framförallt Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp s. 54 och Om lagprövning ur svenskt perspektiv s. 327. Detta var också ett av de vanligaste argumenen, i den allmänna debatten våren 1995 efter lagrådets avstyrkande av regeringens förslag till kommunal skatteutjämning, mot eventuella planer från regeringens sida att trots allt försöka driva igenom förslaget i riksdagen. Jfr ovan i 1.3 vid n. 58-60.
105. Jfr Bengtsson, ibid och i Om domstolarnas lagprövning s. 230, Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 676 samt Om expropriation och grundlagstolkning s. 57.
106. Jfr kap. 1.3 och 19.2.
107. Se närmare kap. 4.3.
108. Se Smith, a.a.s. 128.

göra.[109] Jag instämmer i denna bedömning. Det framstår som märkligt att detta betydelsefulla KU-uttalande inte granskats mer kritiskt i den svenska doktrinen.

Diskussionen om uppenbarhetskravets innebörd hänger naturligtvis i stor utsträckning samman med frågan hur grundlagen skall tolkas. I GRF fanns en särskild bestämmelse härom, § 84, enligt vilken grundlagarna skulle »efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas». Någon motsvarighet till denna bestämmelse om bokstavstolkning finns inte i RF; såväl FU som GLB rekommenderade att paragrafen inte skulle få någon motsvarighet i nya RF och menade att det naturliga i stället är att grundlag tolkas enligt samma principer som gäller för lagtolkning i allmänhet.[110] Detta tycks också vara den helt dominerande uppfattningen i doktrinen.[111] Bengtsson framhåller att denna tolkningsmetod ter sig naturlig när en grundlag tillkommit under sådana förhållanden som nuvarande RF, vilken inte syftat till att befästa vissa rättigheter mot statsmakterna eller ens är ett uttryck för någon ny syn på statsskicket, utan enbart avser att kodifiera redan gällande praxis.[112] Ett problem, som torde vara särskilt stort vid tolkning av 2 kap. RF, är dock om detta innebär att grundlagsmotiv vid grundlagstolkning skall tillmätas samma betydelse som lagmotiven har vid vanlig lagtolkning. Som Bengtsson anmärker är flera av bestämmelserna i 2 kap resultatet av politiska kompromisser, varvid motiven ofta är »kortfattade och innehållslösa på ett sätt som helt avviker från det normala i annan central lagstiftning».[113] Dessutom yttrar sig lagrådet sällan om förslag till ändringar i RF. Motivuttalanden bör därför begagnas med viss försiktighet vid grundlagstolkning, i synnerhet vid tolkning av 2 kap. RF. Detta gäller desto mer som rättighetsregler överhuvudtaget bör tolkas generöst mot den enskilde.[114] På just detta område kan rentav en tolkning som ligger nära stadgandets ordalydelse i vissa fall vara önskvärd, även om detta kan vålla svårigheter vid tillämpningen av vaga bestämmelser som 2:12 st. 2 eller 2:18.[115] Här märks en skillnad mellan domstolarnas och lagrådets grundlagstolkning.[116]

109. Ibid s. 129 f.
110. Se SOU 1963:17 s. 513 resp. 1972:15 s. 319.
111. Se Bengtsson, Om expropriation s. 38, Om lagprövning ur svenskt perspektiv s. 331 f, Om konstitutionsutskottets lagprövning s. 346 f, Om lagrådsgranskningens gränser s. 199, Ersättning... s. 29 f och En problematisk grundlagsändring s. 122 samt Westerberg, a.a.s. 255 f. Jfr även Sterzel, a.a.s. 122, som dock vill ge konstitutionell praxis ökad betydelse. En delvis avvikande mening har framförts av Strömberg, som förordar en mer strikt grundlagstolkning. Hans definition av strikt tolkning är dock att stadgandets innehåll skall fastställas med ledning av dess ordalydelse i belysning av lagmotiven, vilket ligger nära vad den övriga doktrinen förordar. Se Normgivningsmakten s. 211-214.
112. Se Ersättning...s. 30 och Om expropriation...s. 38 f.
113. Om expropriation...s. 39. Bengtssons kritik mot ändringen av RF 2:18 bottnar f.ö., som nämnts ovan i 14.1.2, i att den kompromiss som låg till grund för ändringen var olycklig. Problemet här var dock enligt Bengtsson inte att motiven var oklara utan att de inte stämmer överens med lagtexten; se En problematisk grundlagsändring s. 922 f o. 932.
114. Se Grundlagarna s. 20 och Bengtsson, Ersättning...s. 31.
115. Jfr lagrådet i yttrande 18 november 1977, prop 1977/78:75 s. 144 f: »Kravet på en grundlagstillämpning i strikt överensstämmelse med lagtexten (legalitet) framträder dock knappast genomgående med samma styrka. Det får sålunda anses ha större tyngd, när det gäller exempelvis innebörden av de absoluta fri- och rättigheterna eller när det gäller vad regeringen utan bemyndigande äger förordna om, än när fråga är om riksdagens möjlighet att delegera normgivningsmakt till regeringen.» Se även Bengtsson, Om lagprövning ur svenskt perspektiv s. 332.
116. Jfr ovan kap. 17.1.2.1 under c. samt Bengtsson, Om lagrådsgranskningens gränser s. 199. Se även Sterzel, a.a.s. 124.

18.2.5 Europakonventionen i lagprövningen

ECHR införlivades som tidigare nämnts i svensk nationell rätt den 1 januari 1995. En fråga som sannolikt kommer att befinna sig i centrum för lagprövningsdebatten under de närmaste åren är vilken rättslig ställning som hädanefter tillkommer konventionen och framförallt om domstolar kommer att kunna åsidosätta lagar för att de strider mot ECHR (utan att domstolen behöver pröva lagens förenlighet med RF). Anledningen till ovissheten härvidlag är det faktum att ECHR införlivas i svensk rätt genom en vanlig lag, samtidigt som det har införts en bestämmelse i RF 2:23 om att lagar och andra föreskrifter inte får meddelas i strid med konventionen.

Frågan om vilken ställning ECHR har i svensk rätt är i och för sig inte en renodlad lagprövningsfråga, utan har givetvis flera aspekter. Ändå behandlas frågan i ett enda sammanhang här, av framställningstekniska skäl och för att frågan troligen kommer att få störst praktisk betydelse just i lagprövningssammanhang.

Det sagda hänger samman med att RF 2:23 inte är någon lagvalsregel, som generellt ger ECHR företräde framför svensk lag. En sådan regel, riktad till domstolar och andra myndigheter, finns beträffande EES-avtalet i 5 § EES-lagen (1992:1317).[117] Vid införlivandet av ECHR i svensk rätt tycks det däremot ha varit något av en ambition för de lagstiftande och -förberedande organen att efter den politiska kompromiss om införlivandet som uppnåtts undvika alla besvärliga frågor om konventionens ställning efter införlivandet.[118] Ingenstans i lagens förarbeten – bortsett från i remissyttrandena[119] – behandlas nämligen denna fråga på ett redigt och någorlunda uttömmande sätt.

Oklarheten i förarbetena gäller egentligen två frågor, nämligen konventionens **rang** i förhållande till svensk lag och grundlag samt möjligheterna för domstolar och myndigheter att använda ECHR i lagprövningsfall. FRK, som avvisade tanken att ge ECHR grundlagsstatus eftersom detta skulle leda till en dubbelreglering i grundlag av vissa rättigheter där konventionen enligt lex posterior-principen stundtals skulle få företräde[120], ansåg att RF 2:23 ger ECHR »en särskild betydelse», som markerar att dess regler inte skall kunna åsidosättas genom senare stiftad lag.[121] Att detta är målsättningen är givet, men frågan är ju vad som händer om nu en lag som strider mot ECHR skulle komma att stiftas. Att så kan komma att ske är knappast uteslutet, men FRK förklarar glatt att 2:23 främst riktar sig till lagstiftaren, att det ankommer på lagstiftaren att tillse att den inhemska rätten överensstämmer med ECHR, att svensk lag står i överensstämmelse med konventionens krav samt att domstolar och myndigheter kan utgå från att så är

117. Se närmare prop 1991/92:170 s. 136-141 samt för kritik lagrådets yttrande av den 15 maj 1992, i samma prop s. 225.
118. Enligt Bernitz, JT 1994/95 s. 266 vid n. 32 försökte de dåvarande regeringspartierna vid partiledaröverläggningarna inför utformandet av propositionen få in en liknande lagvalsregel, som skulle givit ECHR generellt företräde framför svensk lag. Socialdemokraterna motsatte sig dock detta. Av KU:s betänkande, KU 1993/94:24 s. 18 ff framgår att texten om konventionens status i svensk rätt bestämts i detalj vid partiledaröverläggningarna, vilket tillsammans med den våldsamma socialdemokratiska reaktionen mot att en viss inte överenskommen bisats (»i enlighet med vad som ovan anförts») återfanns i propositionstexten ger en antydan om hur känsligt lagstiftningsärendet varit.
119. Vilka finns samlade i Ds 1993:90.
120. SOU 1993:40 A s. 25 o. del B s. 127.
121. SOU 1993:40 A s. 22 f o. 228.

fallet.[122] Följaktligen är det naturligt att de vidgade möjligheter till lagprövning som ett införlivande av konventionen borde kunna resultera i tonas ner eller helt förnekas. Ingen förändring av lagprövningsrätten är som vi tidigare sett avsedd.[123] Att lagprövningen i fortsättningen även skall innefatta en prövning gentemot ECHR innebär enligt FRK ingen förändring, eftersom 11:14 i oförändrat skick skall gälla även här. Svenska domstolar och myndigheter bör därför tolka ECHR med försiktighet.[124] Samtidigt förklaras att syftet med 2:23 är att skapa en garanti för att ECHR inte sätts åt sidan genom senare antagna inhemska föreskrifter.[125] Men vad är det för en garanti, som domstolar endast skall kunna övervaka med stor försiktighet, om alls (de kan enligt FRK »i vart fall knappast åläggas att i alla typer av mål pröva vår lagstiftning mot konventionen»[126]) och som i första hand skall övervakas av lagstiftaren, dvs just den som skyddet riktar sig mot?

Det är uppenbart att dessa uttalanden är motsägelsefulla. Flera remissinstanser framhöll t.ex. det märkliga i att FRK vid upprepade tillfällen påpekade att 2:23 främst riktade sig till lagstiftaren och att det ålåg denne att tillse att svensk lagstiftning överensstämmer med konventionen; denna skyldighet följer ju redan av allmänna folkrättsliga regler.[127] En särskild grundlagsregel av denna innebörd är därför komplett överflödig. Om 2:23 skall ha någon självständig betydelse måste den alltså ha någon ytterligare innebörd, t.ex. att skapa förutsättningar för domstolar att pröva lagars förenlighet med ECHR. Detta uppmärksammades av flera remissinstanser, som angav olika lösningar på frågan vilken status ECHR skall ha vid lagprövning, varom mera nedan. Av intresse är dock att även regeringen i propositionen där införlivandet behandlades och sedan KU, bägge med tillgång till de kritiska remissvaren, höll fast vid den av allt att döma mödosamt hopsnickrade kompromissen. Varken regeringen eller KU spred något som helst ljus över oklarheterna.

Propositionens och KU:s uttalanden om konventionens ställning[128] är identiska, så när som på att orden »i enlighet med vad som ovan anförts» inte återfinns i KU-uttalandet. Både KU och regeringen är vidare eniga om att konventionens införlivande inte innebär att någon ny nivå i normhierarkin mellan vanlig lag och grundlag skapas.[129] Detta måste tolkas som att ECHR i svensk rätt skall ha samma status som vanlig lag, särskilt som det sedan talas om vad som skall gälla vid konflikter mellan ECHR »och annan lag». Sådana skall lösas »genom lagtolkning eller med hjälp av rättstillämpningsmetoder». I tolv stycken ges sedan anvisningar för hur denna lagtolkning och/eller rättstillämpning kan eller skall gå till. Få domstolar lär dock bli särskilt mycket klokare av dessa motivuttalanden.[130]

Inledningsvis hänvisas till traditionella rättstolkningsprinciper (fördragskonform

122. Ibid s. 22 f, 25 o. 225.
123. Jfr ovan kap. 16.5.
124. SOU 1993:40 A s. 25 o. 228.
125. Ibid s. 238 samt del B s. 127.
126. Ibid s. 225.
127. Se JO:s och HD:s yttranden, Ds 1993:90 s. 200 o. 203.
128. Se prop 1993/94:117 s. 37-38 resp. KU 1993/94:24 s. 19-20.
129. KU s. 18, anf prop s. 36 f.
130. Enligt prop (s. 33) är syftet med införlivandet dels att markera konventionens betydelse för svensk rätt och klargöra dess status (!), dels att skapa ett uttryckligt underlag att direkt tillämpa ECHR vid domstolar och andra rättstillämpande myndigheter. Något sådant »underlag» skapas dock knappast av dessa formuleringar, vilka snarare ökar oklarheten ytterligare.

tolkning m.m.). Först när dessa möjligheter är uttömda utan att konflikten mellan lagen och ECHR kunnat lösas föreligger en verklig lagkonflikt. Är då den svenska lagregeln antagen före den 1 januari 1995 skall ECHR ha företräde enligt lex posterior-principen. Denna princip kan dock hamna i konflikt med lex specialis-regeln, som någon gång (normalt?[131]) lär ge den svenska regeln företräde. Här uppkommer då en besvärlig situation, men motiven undviker att ta ställning till denna genom att plötsligt inskjuta (st. 8) att lagrådets granskning motverkar risken för att situationen uppkommer. Detta är förvisso troligt, men säger absolut ingenting om hur domstolarna skall agera i fall situationen trots allt skulle uppkomma. I st. 9 nämns så ett remissyttrande från HD[132] enligt vilket en konvention om mänskliga rättigheter på grund av sin speciella karaktär bör ges en särskild vikt vid konflikt med inhemska lagbestämmelser. Det framgår inte om regeringen och KU delar denna uppfattning, men möjligen kan st. 10-11 lästa mot bakgrund av detta uttalande uppfattas som att ECHR trots allt skall ha ett visst försteg även framför senare antagna lagar:

> Det synsätt som Högsta Domstolens ledamöter har anlagt kan också sägas ansluta till principen om fördragskonform tolkning, även om den principen gäller i förhållande till internationella överenskommelser i allmänhet.
>
> Härtill kommer att en rättstillämpare, *om han inte genom sina tidigare överväganden kommit fram till att konventionsbestämmelsen bör tillämpas*, med tillämpning av lagprövningsregeln kan pröva den svenska lagregeln mot den föreslagna grundlagsregeln i 2 kap. 23 RF. Därvid gäller att han kan sätta lagregeln åt sidan om den uppenbart strider mot grundlagens förbud mot konventionsstridig lagstiftning. (Min kursivering.)

Slutligen sägs i st. 12 bara att eventuella konflikter får lösas av domstolar och förvaltningsmyndigheter. (Det var f.ö. här de famösa orden »i enlighet med vad som ovan anförts» kom in; enligt propositionen gällde det nu sagda »i enlighet med vad som ovan anförts», men denna formulering var för svårsmält för socialdemokraterna. Att dessa ord utgick i KU:s betänkande berodde på att de enligt en socialdemokratisk motion inte ingått i en överenskommelse mellan regeringen och socialdemokraterna om hur motivtexten skulle lyda[133]; huruvida de i sak innebar någon förändring är dock mycket tveksamt.) Slutsatsen att propositionen föredrar att ECHR ges företräde framför vanlig lag ligger enligt min mening något närmare till hands än uppfattningen att inget ställningstagande alls görs; härför talar uttalandet att det är först när rättstillämparen **inte på något annat sätt** kunnat ge ECHR företräde som RF 11:14 skall tillämpas. Å andra sidan kan det givetvis hävdas att om detta verkligen var propositionens mening så borde förhållandet kommit till tydligare uttryck. Sällan torde motivuttalanden i en så viktig konstitutionell fråga ha varit så otydliga och sagt så lite som här, men man kan nog ändå sammanfatta motiven så att ECHR gäller som en vanlig lag, men att det vid lagkonflikt finns en

131. Eftersom konventionsbestämmelserna är mycket allmänt hållna torde det inte vara svårt att få en svensk lag att framstå som lex specialis vid sidan av dessa. Jfr Bernitz, a.a.s. 268.
132. Ds 1993:90 s. 204.
133. Motion 1993/94:K25 av Ingvar Carlsson m.fl. (s).

svag presumtion för att ECHR skall ha företräde framför andra lagar.[134]

Det finns därutöver ytterligare aspekter på frågan om konventionens ställning i olika lagprövningssammanhang. ECHR är som bekant en del av EG-rätten. I flera remissyttranden har oro uttalats över att ECHR mot bakgrund av oklarheterna kring innebörden av 2:23 kan komma att få olika status i svensk rätt beroende på om EG-rätten är tillämplig i ett visst fall eller inte.[135] Den bakomliggande tanken är då att svenska domstolar svårligen kan tillämpa uppenbarhetskravet vid prövning av svenska lagars förenlighet med EG-rätten.[136] Detta torde i och för sig vara korrekt, men frågan kommer troligen sällan att ställas på sin spets eftersom svenska domstolar regelmässigt lär hänskjuta frågor om svensk rätts förenlighet med EG-rätten till ECJ för tolkningsbesked enligt art. 177 RomF. Är den svenska domstolen övertygad om att en svensk lag strider mot EG-rätten **skall** den dock jämlikt art. 177 vägra att tillämpa den svenska regeln, utan prövning av om något uppenbarhetsrekvisit är uppfyllt. En annan fråga som lagstiftaren rimligen måste ha förutsett, men inte anvisat någon lösning på gäller förhållandet mellan uppenbarhetskravet och den prövning som utförs av ECtHR. Det kan ju tänkas att frågan om förenligheten mellan ECHR och en senare antagen svensk lag prövas av en svensk domstol, som med tillämpning av 11:14 inte anser sig kunna åsidosätta den svenska lagen, varefter samma mål kommer upp i ECtHR, som inte lär lägga uppenbarhetskravet i RF 11:14 till grund för sin prövning (även om principen om *margin of appreciation*[137] kanske kan leda till ett liknande resultat i sakfrågan). Denna eller liknande situationer kan förvisso drabba fler länder än Sverige, men borde kanske ha kommenterats något i förarbetena. Eftersom det lär dröja några år innan en praxis av nu antytt slag blir skönjbar lär dock uppenbarhetskravet behålla sin nuvarande betydelse ännu en tid. I sammanhanget kan också nämnas att den uppfattningen att 2:23 snarast kommer att hämma konventionens genomslagskraft i svensk rätt framförts i doktrin och förarbeten.[138] Farhågan bottnar just i kopplingen mellan 2:23 och 11:14 och tanken är att domstolarna skulle stå friare att ge ECHR företräde om de inte i den konkreta lagprövningssituationen var bundna av uppenbarhetskravet i 11:14. (Dock kan det som framgick ovan utläsas av motiven att domstolarna inte omedelbart skall vara hänvisade till en prövning jämlikt 11:14, utan dessförinnan skall ha haft möjlighet att beakta konventionens »särskilda vikt», i enlighet med vad HD förordat i sitt remissyttrande.) Denna skepsis mot den valda lösningen är besläktad med det i andra sammanhang framförda argumentet att införandet av 11:14 var till nackdel för lagprövningsrätten i Sverige, ef-

134. Denna ståndpunkt kan sägas innebära att »alla lagar har lika rang, men ECHR är mer lik än andra». Frågan är givetvis om detta trots allt inte innebär att en ny nivå skapats i normhierarkin (vilket RegR hävdade i sitt remissyttrande, Ds 1993:90 s. 212 och även Strömberg tycks mena (Europakonventionen och lex posterior-principen, FT 1993 s. 225-26)). Eftersom denna konventionens särställning inte följer av någon lagvalsregel ligger givetvis slutsatsen att det i realiteten är fråga om en ny nivå i normhierarkin nära till hands; åtminstone framstår gränsen mellan ny nivå och »särskild vikt» (jfr HD:s remissyttrande, s. 204) som flytande.
135. Jfr även Bernitz, a.a.s. 268, som påpekar att det är svårt att rationellt motivera att rättighetsskyddet på det i vid mening ekonomiska området i Sverige som en följd av den valda regleringen blir starkare än på andra områden.
136. Se Juridiska fakulteten vid Stockholms Universitet och Svenska avdelningen av Internationella Juristkommissionen, Ds 1993:90 s. 174 resp. 188.
137. Jfr kap. 12.2.
138. Se HD i Ds 1993:90 s. 204 f och Lysén, Europas grundlag s. 154 i n. 4.

tersom uppenbarhetskravet då gavs en strikt lagreglering men tidigare var mer otydligt till sin innebörd[139] och bygger givetvis på en mörk syn på möjligheterna att med stöd av 11:14 bedriva lagprövning. Huruvida denna svartsyn är befogad är en särskild fråga som det finns anledning att återkomma till[140], men så mycket står nog klart att den **rättsliga** betydelsen av RF 2:23 kan ifrågasättas. Ett av syftena med införlivandet av ECHR är enligt motiven att skapa ett underlag för tillämpning av konventionen inför domstolar och myndigheter[141], men detta syfte hade av allt att döma uppnåtts lika bra utan införandet av 2:23.[142] Den »särskilda betydelse» som denna bestämmelse sägs ge ECHR finns närmare besett inte, åtminstone inte i rättslig bemärkelse.[143] Däremot är det givetvis möjligt att omnämnandet av ECHR i grundlagen kan ha en viss symbolisk betydelse, men detta är en annan sak.

18.3 Lag- och normprövningsrätten i praxis

18.3.1 Genomgång av fall där lag- eller normprövning förekommit

Som konstaterats i inledningen till kap. 18 är normprövningsrätt egentligen en korrektare benämning än lagprövningsrätt på den befogenhet som domstolar och övriga rättstillämpande myndigheter tillerkänns i RF 11:14, eftersom denna avser alla »föreskrifter» som står i strid med grundlag eller annan överordnad författning. De genomgångar som gjorts av hur normprövningsrätten utövats i praxis visar till yttermera visso att prövningen av föreskrifter beslutade av förvaltningsmyndigheter eller kommuner är kvantitativt helt dominerande.[144] Trots detta kommer denna genomgång, främst av hänsyn till avhandlingens ämne, i princip helt att ägnas prövningen av lagars och förordningars

139. Jfr t.ex. Holmberg i SvJT 1987, anförd nedan i 18.4, och Bernitz, a.a.s. 265.
140. Se kap. 18.4 o. 19.5.
141. Se prop 1993/94:117 s. 33.
142. För att den genomförda regleringen kan leda till ett vidgat utrymme för lagprövningsrätten talar egentligen bara en omständighet, nämligen att de genomgångna motivuttalandena är så oklara att den domstol som inför ett lagprövningsavgörande konsulterar dem inte lär få mycket vägledning. Följaktligen kan då domstolen, om den är lite frimodig, välja att bortse från dem och utföra en något friare prövning av lagens förenlighet med ECHR. Här märks en klar skillnad mot det ovan i 18.1.2 behandlade KU-uttalandet, som oavsett vad man må tycka om det är entydigt till sin innebörd såvitt gäller domstolarnas möjlighet att utöva lagprövning. – Tilläggas kan, att den praxis som hittills förekommit inför svenska domstolar under 1995, enligt vad som framgår av en av Domstolsverket den 10 oktober 1995 upprättad sammanställning inte ger vederlag för några slutsatser i här berört sammanhang, eftersom inga direkta lagprövningsfall ännu tycks ha aktualiserats.
143. I sammanhanget bör dock beaktas att den rättsliga oklarheten främst avser själva lagprövningssituationen. Den valda regleringen av ECHR i den nationella rätten avviker annars inte särskilt mycket från de lösningar som valts i Danmark och Norge; jfr kap. 4.4 och 5.3.
144. Se särskilt Strömberg, Normprövning i nyare rättspraxis, FT 1988 s. 121-143 samt i Sveriges författning s. 141 f.

grundlagsenlighet.[145] Förutom de rena lagprövningsfallen och vissa fall som gällt prövning av förordningars grundlagsenlighet kommer dock även några särpräglade fall, där myndighetsbeslut prövats, att tas upp.

Bland lagprövningsfallen märks till en början de fall som gällt prövning av reglers förenlighet med 2 kap. RF. Detta är f.ö. den kvantitativt dominerande typen av lagprövningsfall. Dessa kan i sin tur indelas i olika grupper, varav en är de fall som gällt förbudet mot retroaktiv skattelag i 2:10 st. 2.

Ett sådant fall var RÅ 1982 1:74, som gällde grunderna för beräkning av inkomst av kapital enligt vissa anvisningar till kommunalskattelagen. Som sådan inkomst räknades bostadsförmån som medlem i en bostadsrättsförening åtnjöt, varvid beräkningen av förmögenheten utgick från medlemmens andel i föreningens tillgångar. Genom en lag (1980:1054) om ändring i kommunalskattelagen, som trädde i kraft den 1 januari 1981 och skulle tillämpas första gången vid 1982 års taxering, ändrades beräkningsgrunderna på två sätt: Dels skulle beräkningen utgå från föreningens bokslut för det senaste räkenskapsår som avslutats före den 1 juli året före taxeringsåret, dels skulle skuld som kunde likställas med insats inte tas med i beräkningen. Effekten härav blev att värdet av medlems andel vid 1982 års taxering kom att beräknas med bortseende från vissa skulder som upptagits i bokslut per den 31 december 1980 och som tidigare skolat medräknas. RegR fann i ett mål om förhandsbesked att de nya bestämmelserna inte kunde tillämpas, eftersom detta skulle strida mot 2:10. Enligt RegR var nämligen bokslutet per den 31 december 1980 – ett datum som låg före lagändringens ikraftträdande – den omständighet som utlöste skattskyldighet för föreningsmedlem.

Detta fall förefaller okomplicerat. Som synes drog sig inte heller RegR för att förklara lagändringen grundlagsstridig. (Det kan dock anmärkas att detta skedde i ett överklagat ärende om förhandsbesked, inte i ett mål om konkret tillämpning av bestämmelsen.) Överhuvudtaget torde det vara något lättare och mindre rättspolitiskt känsligt för domstolarna att underlåta att tillämpa denna typ av ikraftträdande- eller övergångsbestämmelser än att åsidosätta andra, mer materiella regler.[146] Det finns dock exempel på att »harmlösa» bestämmelser av detta slag upprätthållits, trots att grundlagsstridigheten snarast förefaller ha varit klarare än i det nämnda fallet.

Detta hände i NJA 1986 s. 428, som är särpräglat genom att HD där gick emot ett avgörande i Svea Hovrätt som meddelats två år tidigare (RH 102:84). Än märkligare var dock att även hovrätten gick emot sin tidigare bedömning, trots att två av de tre ledamöterna var identiska i de bägge fallen! Fallen gällde stämpelskatt vid förvärv av s.k. äldre tomträtt. Enligt p. 4 i öb till stämpelskattelagen (1964:308) förelåg inte skatteplikt vid sådant förvärv. Lagen (1984:404) om stämpelskatt vid inskrivningsmyndigheter, som trädde i kraft den 1 juli 1984, innehöll emellertid inget motsvarande undantag och inga övergångsbestämmelser. Avsikten med lagen var enligt motiven att också förvärven av de äldre tomträtterna i fortsättningen skulle vara skattepliktiga. Skattskyldighet inträdde när ansökan om inskrivning beviljades, vilket i 1984 års fall skett den 15 maj 1984. Här borde alltså

145. Det är också på detta område uppenbarhetskravet gäller. Beträffande föreskrifter av lägre rang är normprövningsrätten inte underkastad någon motsvarande begränsning, varför det är logiskt att domstolarna här varit mindre försiktiga med att åsidosätta föreskrifter som strider mot normer av högre rang. De genomgångar av praxis som gjorts visar dock att åtminstone HD även i dessa fall visat stor återhållsamhet. Se Strömberg i FT 1988 s. 132-142, Sveriges författning s. 141 f och Normgivningsmakten s. 213.
146. Här kan även hänvisas till RÅ 1993:79, där RegR upphävde ett avgiftsbeslut från kemikalieinspektionen främst p.g.a. att övergångsbestämmelserna var oklara och därför borde ges en för den enskilde generös tolkning, vilken i detta fallet ledde till att den avgiftsökning som skett befanns strida mot 2:10 st. 2 RF.

uppenbarligen ingen skatt ha utgått, men så hade felaktigt skett. Svea HovR, som prövade besvären häröver den 2 oktober 1984, skulle enligt den nya lagen varit förhindrad att befria klagandena från skatteplikt, men fann i RH 102:84 att en sådan rättstillämpning uppenbart skulle strida mot 2:10 st. 2 RF och valde därför att tillämpa 1964 års lag vid prövning av besvären.

I 1986 års fall förelåg den skillnaden att inskrivning beviljats den 11 januari 1985, men i övrigt var omständigheterna de samma. Förvärvet hade skett genom köpebrev av den 4 juni 1984. Hovrätten fann denna gång, på grund av denna ändrade omständighet, att skatt skulle utgå. HD konstaterade att särskilda övergångsproblem förelåg när förvärvet skett före men inskrivningen beviljats efter lagens ikraftträdande, men tolkade den nya lagens avsaknad av övergångsbestämmelser så att skatteplikt måste föreligga i ett sådant fall som det ifrågavarande. Särskilt intressant – och särskilt diskutabel – är HD:s bedömning av lagens förenlighet med 2:10 st. 2:

> Enligt 2 kap 10 § 2 st regeringsformen får, såvitt nu är i fråga, skatt inte tas ut i vidare mån än som följer av föreskrift som gällde när den omständighet inträffade som utlöste skattskyldigheten. Huvudskälet mot retroaktiv lagstiftning är att en sådan lagstiftning bryter mot grundsatsen att man i förväg skall kunna bedöma de rättsliga konsekvenserna av ett handlande. Avgörande är därför om den omständigheten som utlöser skattskyldigheten inträffar före eller efter den nya lagens ikraftträdande...Goda skäl kan alltså anföras för att förvärvet skall anses vara den omständighet som, i den mening 2 kap 10 § 2 st regeringsformen innefattar, utlöser skattskyldigheten...Förutsättningar för att, som klagandena yrkat, med stöd av 11 kap 14 § regeringsformen underlåta att i förevarande fall tillämpa 1984 års lag föreligger emellertid inte.

Denna formulering tyder närmast på att HD inte ansåg det uppenbart att förvärvet var den skatteutlösande omständigheten, vilket måste ses som exempel på en mycket restriktiv grundlagstolkning. Särskilt med tanke på att retroaktivitetsförbudet i förarbetena motiverats med att den skattskyldige måste kunna förutse konsekvenserna av sitt handlande, borde tidpunkten för förvärvet vara avgörande för när skattskyldigheten skall inträda.[147]

Ett fall där de materiella bestämmelserna i en skattelag prövades var RÅ 1992 ref 10, som gällde den s.k. engångsskatten (behandlad närmare ovan i kap. 17.1.2.1 under c.). Försäkringsbolaget Skandia hävdade att lagen var grundlagsstridig. RegR fann att även om syftet med lagen var att ta ut skatt med anledning av att de skattskyldiga haft mycket stora inkomster under tiden före lagens ikraftträdande den 2 december 1986, så var skatten utformad som en skatt på de tillgångar de skattskyldiga hade kvar en viss dag (normalt den 31 december 1986) efter det att lagen trätt i kraft. Lagen var således inte grundlagsstridig. Bedömningen, som det saknas anledning att ifrågasätta riktigheten av, kan mot bakgrund av lagrådets milt kritiska synpunkter ses som ett exempel på skillnaden i de krav som ställs vid lagrådsgranskning och vid lagprövning.[148]

Ett bekant rättsfall, som inte gällde skattelag, är NJA 1981 s. 1, det s.k. skattefjällsmålet, där en grupp samer gjorde gällande att bestämmelserna i 32-34 §§ rennäringslagen (1971:437) om upplåtelse av jakt- och fiskerätt innebar en diskriminering av samerna som folkgrupp och därför stred mot RF 2:15. Majoriteten menade att bedömningen av om dessa upplåtelseregler innebar en diskriminering av samerna som folkgrupp måste

147. Se prop 1978/79:195 s. 55 f. Jfr Strömberg, Normprövning...s. 125 med kritik mot avgörandet från just denna utgångspunkt. Strömberg kritiserar i denna artikel HD för överdriven försiktighet i lagprövningssammanhang. Bengtsson bedömer detta fall som det »allvarligaste» av dem som Strömberg riktat kritik mot. Se Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 677 f.
148. Jfr om lagrådets bedömning ovan kap. 17.1.2.2 under rubriken »Några speciella utlåtanden».

göras »med utgångspunkt i vår tids förhållanden och med hänsyn till de förutsättningar som nu råder», varvid samerna närmast var föremål för en positiv särbehandling. Dissidenten Bengtsson, som anlade ett historiskt betraktelsesätt, menade däremot att det fanns goda skäl »att anse det som en otillåten diskriminering, att rennäringslagen ger myndigheterna möjlighet att på angivet sätt förfoga över jakt- och fiskerätten på skattefjällen utan samtycke från samernas sida», men tillade:

> Emellertid står det under alla omständigheter klart, att något sådant uppenbart fel inte förekommer som avses i 11 kap 14 § regeringsformen...framför allt bör betonas, att mitt synsätt inte är det enda som kan anläggas på rennäringslagens regler. Om man anser förhållandena idag böra vara ensamt avgörande utan att hänsyn tas till den historiska bakgrunden, kan de kritiserade bestämmelserna te sig fullt godtagbara – något som framgår bl a av majoritetens uttalanden i domen. Jag kommer alltså fram till att rennäringslagens bestämmelser om jakt- och fiskerätt i vart fall inte kan betraktas som uppenbart grundlagsstridiga och att de därför bör tillämpas i detta mål.[149]

Bengtssons uttalande är av särskilt stort intresse mot bakgrund av den återhållsamhet han så ofta pläderat för och kan givetvis ses som ett exempel på hållningens praktiska konsekvenser: Att Bengtsson fann bestämmelserna grundlagsstridiga framgår klart[150], men ändå menade han att de – på grund av uppenbarhetskravet – borde tillämpas, vilket är tänkvärt.

Den ovan i 14.1.2 och 17.1.2.2 utförligt behandlade lagen (1985:139) om ersättning för intrång i enskild fiskerätt, som föranleddes av det fria handredskapsfisket, har behandlats i två rättsfall.

I det första, NJA 1992 s. 337, tog underinstanserna överhuvudtaget inte ställning till lagprövningsfrågan, medan HD konstaterade att det var osäkert om 2:18 överhuvudtaget omfattade denna utvidgade fiskerätt och att det därför omöjligen kunde vara fråga om uppenbar grundlagsstridighet. Av visst intresse är här att det var fråga om en lag som lagrådet, utan att få gehör från regeringen, under åberopande av grundlagen önskat se kompletterad med en utvidgad ersättningsregel. Detta var således ett sådant fall där enligt doktrinen åsidosättande av en lag ligger särskilt nära till hands[151], men HD visade inget intresse för denna aspekt. Desto djärvare var Linköpings Tingsrätt i en dom den 13 november 1991, där domstolen fann att 20 a § fiskelagen innebär att fastighetsägarens ensamrätt till handredskapsfiske, som var en del av egendomsrätten, avskaffats. Eftersom ersättningslagen inte medgav någon ersättning härför till fastighetsägaren stred den uppenbart mot RF 2:18, varför den jämlikt 11:14 inte kunde tillämpas i målet.[152] Detta torde faktiskt vara det mest långtgående exemplet på åsidosättande av en lag som svensk rättspraxis kan visa upp, men Göta Hovrätt återställde i en dom den 21 september 1992 ordningen genom att förklara att ett sådant försämrat marknadsvärde på fastigheten som käranden åberopade som grund för sin talan inte var ett sådant inkomstbortfall som kan ersättas enligt ersättningslagens regler. Vad gällde lagens grund-

149. Se NJA 1981 s. 247 ff. Bengtsson har själv förklarat att han fann det omöjligt att konstatera att uppenbar grundlagsstridighet förelåg när hans kollegor i HD fann bestämmelserna grundlagsenliga. Se Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 676 f. Jfr också ovan kap. 18.2.4 vid not 86 samt kap. 18.4. Se beträffande Bengtssons nuvarande inställning till samernas sak och förhållandet till RF 11:14 SvJT 1994 s. 527.
150. Bengtsson har senare återkommit till samernas rättsställning och bl.a. hävdat att deras skyldighet att enligt gällande regler upplåta fiskerätt gratis till utomstående strider mot 2:18 RF; se SvJT 1994 s. 525-33.
151. Se ovan i 18.2.4 på s. 680.
152. Dom 1991-11-13 nr DF 33, mål nr F 18/90.

lagsenlighet nöjde sig så hovrätten med att hänvisa till NJA 1992 s. 337.[153]

Yttrandefrihetens räckvidd har varit föremål för prövning i två fall, vilka möjligen numera är av mindre intresse i själva sakfrågan men dock något belyser lagprövningsfrågan.

I det första, RÅ 83 2:5, som gällde Skånepartiets närradiosändningar, vilka innehöll reklaminslag, fann RegR att reklamförbudet i den dåvarande närradiolagen inte stred mot 2:12-13 RF, eftersom det intagits i lag och, trots att det berövade Skånepartiet möjligheten att finansiera sin verksamhet genom annonsbetalda sändningar i närradio, inte kunde anses innefatta ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Det framhölls särskilt att friheten att yttra sig i näringsverksamhet enligt 2:13 st. 1 fick begränsas. Av intresse är också att RegR tog ställning till proportionalitetsprincipen: Närradions syfte var att möjliggöra för lokala sammanslutningar att »inom orten sända meddelanden om sin verksamhet och i övrigt ge spridning åt sitt budskap» och reklamförbudet kunde »inte anses gå utöver det som behövs för att bevara angiven karaktär åt närradioprogrammen».

I det senare, mer uppmärksammade fallet, RH 56/92, var omständigheterna i sak oförändrade. Anledningen till att detta mål kom att uppmärksammas betydligt mer var att reklamförbudet i närradio kommit att kritiseras allt oftare i den allmänna debatten, främst på grund av en kampanj till stöd för närradiostationen Radio Nova i Södermanland, vars chef Claes Nydahl i detta mål var åtalad för brott mot närradiolagens reklamförbud. Svea HovR anslöt sig här – liksom Nyköpings TR, som dock förde ett något mer självständigt resonemang – till RegR:s bedömning från 1983 och dömde Nydahl, som ansvarig för reklamsändningarna, till tjugo dagsböter för brott mot radiolagen.

Domstolarnas bedömning i dessa mål tycks ha varit korrekt.[154] Att reklamförbudet i närradiolagen senare avskaffats beror på andra faktorer än att det skulle varit uppenbart grundlagsstridigt.

Samtliga ovannämnda fall får sägas vara exempel på materiell lagprövning. Mer formella är de lag- eller normprövningsfall som avser invändningar om att en viss rättighetsbegränsande åtgärd jämlikt RF 2:12 st. 1 (och 8:1) hade krävt lagform, men grundlagsstridigt beslutats i annan form. Här kan prövningen således sägas gälla om RF:s normgivningsregler iakttagits.

Bland dessa fall märks till en början RÅ 1981 2:14, som gällde skolpliktens förhållande till rörelsefriheten (vilken enligt 2:12 st. 1 kan begränsas genom lag). Skolplikten reglerades på den tiden i skolförordningen (1971:235). RegR:s majoritet fann detta godtagbart, eftersom skolplikten inte inskränkte rörelsefriheten, en ståndpunkt som är mycket diskutabel.[155] Numera regleras dock skolplikten i skollagen (1985:1100), varför kravet på lagform i 2:12 är uppfyllt.

Även de tidigare i kap. 15.1.2 nämnda fallen RÅ 1981 2:1 och 2:15 hör till denna kategori. I bägge fallen överklagades kommunfullmäktiges beslut att anta en arbetsordning, enligt vilken ordföranden kunde frånta den som i sitt yttrande avlägsnade sig från ämnet eller uppträdde på ett sätt som stred mot god ordning ordet. I det första fallet invände klaganden bara mot den del av föreskriften som gällde avlägsnande från ämnet, medan besvären i det andra fallet avsåg arbetsordningen i dess helhet. Såvitt gällde avlägsnande från ämnet fann RegR att det var fråga om en ordningsföreskrift som jämlikt 2:13 st. 3 inte innebar någon begränsning av yttrandefriheten, men bedömningen blev en annan i 1981 2:15; domstolen fann där att arbetsordningen gav ordföranden möjlighet att ingripa mot talare även på grund av innehållet i dennes yttrande (närmast avsågs väl stadgandet

153. Dom 1992-09-21, DT 3035, mål nr T 452/91.
154. Radio Novas talan avvisades f.ö. av Europakommissionen i januari 1993 som uppenbart ogrundad; Nydahl v. Sweden, 17505/90, 11 januari 1993.
155. Jfr Strömberg, Normprövning...s. 130.

om god ordning) och därför innebar en begränsning av yttrandefriheten, som endast kunde beslutas i lagform.

De senare avgörandena visar, även om de i sak är helt okontroversiella, hur RegR ibland visat en tydlig ambition att värna rättigheterna i 2 kap. RF och att precisera gränserna för deras tillämpningsområde.[156]

En näraliggande grupp av lag- och normprövningsfall är de som mer renodlat gäller förenlighet med normgivningsreglerna i RF 8 kap. Även dessa kan ha visst intresse i detta sammanhang.

Fallet RÅ 1980 1:92 gällde RF:s förbud mot lagstiftning för enskilda fall (som dock närmast regleras i 11:8).[157] Bakgrunden var att staten enligt ett avtal med Kockums AB övertog samtliga bolagets tillgångar och skulder. I samband därmed beslöt riksdagen om vissa lagändringar, enligt vilka företag som övertogs av staten inte längre skulle ha rätt att utnyttja förlustavdrag enligt den s.k. förlustutjämningsförordningen. AB Skåne-Gripen (f.d. Kockums AB) gjorde i en ansökan om förhandsbesked gällande att denna lagstiftning var ogiltig, eftersom den tillkommit på grund av Kockumsaffären och enbart tog sikte på detta företag. Lagen (»Lex Kockum») uppfyllde därför enligt bolaget inte de krav som gällde för att en lag skulle föreligga. RSV menade att lagen visserligen föranletts av affären mellan staten och Kockums, men att den dock hade en sådan generell utformning att den inte endast berörde Skåne-Gripen och att den därför inte stred mot RF. RegR instämde helt i denna bedömning.[158]

NJA 1984 s. 648 gällde regler om återbetalning i en förordning (1976:263) om statliga bostadsbidrag. En Roland J ålades av tingsrätten att återbetala felaktigt uppburna bostadsbidrag till kommunen, men Svea HovR ogillade kommunens talan med motiveringen att denna gällde ett åliggande för enskild i hans förhållande till det allmänna och därför enligt 8 kap. RF inte kunde bifallas endast med stöd av en förordning. HD fann dock att återbetalningsreglerna var sammankopplade med gynnande föreskrifter som regeringen jämlikt RF 8:13 st. 1 p. 2 RF ägde besluta om med stöd av sin restkompetens, varför de inte rubbade regleringens gynnande karaktär och följaktligen inte krävde lagform. Avgörandet är ännu ett exempel på HD:s försiktighet i lagprövningsfrågor. De ifrågasatta bestämmelserna har f.ö. senare givits lagform.

RÅ 1987 ref 21 gällde en ovanligt renodlad normgivningsfråga. Enligt lagen (1984:151) om punktskatter fick RSV meddela föreskrifter om befrielse från skyldighet att betala restavgift. Normprövningsfrågan gällde huruvida riksdagen kan delegera normgivningsmakt **direkt** till förvaltningsmyndighet under regeringen (jfr 8:11 och 8:13 st. 3). Kammarrätten menade att detta inte var möjligt, varför RSV:s på bemyndigandet grundade föreskrifter var ogiltiga. RegR menade att eftersom riksdagen enligt 8:14 har rätt att lagstifta i vilket ämne som helst, så var det i varje fall inte uppenbart att det ifrågavarande bemyndigandet var grundlagsstridigt.[159]

I målet RÅ 1980 2:69 aktualiserades uppenbarhetskravet på ett ovanligt tydligt sätt.

156. Här kan också hänvisas till RÅ 1993:10 och 79, där avgiftsförordningar åsidosatts för att de stridit mot lag och grundlag (RF 2:10).
157. Jfr kap. 15.2 in fine.
158. En annan fråga som diskuterades i detta mål var om RSV i ett ärende om förhandsbesked var behörigt att göra en lagprövning av detta slag. RegR:s majoritet tyckte uppenbarligen detta, men regeringsråden Simonsson och Mueller var av skiljaktig mening och ansåg att RSV hade bort avvisa bolagets ansökan. Att RegR sedan ansett sig vara behörig därtill visas av det ovannämnda fallet RÅ 1982 1:74.
159. Strömberg menar att riksdagen vid lagstiftning enligt RF 8:14 endast kan överta regeringens behörighet att besluta föreskrifter i visst ämne, men inte regeringens behörighet att delegera normgivningsmakt till underordnad myndighet. Se Normprövning...s. 126. Frågan förefaller vara öppen för olika tolkningar, varför RegR:s bedömning att grundlagsstridigheten inte var uppenbar bör ha varit riktig.

Enligt en lag (1975:90) med bemyndigande att meddela föreskrifter om betalningsvillkor vid yrkesmässig försäljning av bilar fick regeringen meddela sådana föreskrifter, vilket skett genom en förordning enligt vilken säljaren inte ägde lämna ut en såld bil om inte köparen betalt en viss kontantinsats och förbundit sig att betala återstoden inom viss tid. Säljare som bröt mot reglerna kunde ådömas böter. Ett bilföretag i Stockholm ålades av kommerskollegium att vid vite lämna vissa uppgifter till två revisorer, som av myndigheten utsetts att granska bolagets verksamhet. Bolaget överklagade detta beslut, varvid den nämnda förordningens grundlagsenlighet blev föremål för RegR:s prövning. Domstolens majoritet »fann förutsättning för tillämpning av 11 kap 14 § regeringsformen ej föreligga», en ståndpunkt som endast regeringsrådet Brink bemödade sig om att utveckla. Orsaken härtill var enligt honom att föreskrifterna i förordningen inte grep in i enskildas inbördes ekonomiska förhållanden, utan i stället reglerade förhållandet mellan det allmänna och den som yrkesmässigt sålde bilar och därför inte var av sådant slag att lagform jämlikt 8:2 RF krävdes. Petrén var skiljaktig och förklarade i ett långt yttrande varför föreskriften om betalningsvillkor var en sådan föreskrift om avtal mellan enskilda som avses i RF 8:2, varvid delegation inte var möjlig (jfr RF 8:7 e contrario). Av särskild betydelse i sammanhanget är Petréns bedömning av uppenbarhetskravet: Petrén konstaterade att både regeringen och riksdagen medverkat vid tillkomsten av den lag där bemyndigandet till regeringen gavs och att det var osannolikt att bägge organen skulle ha förbisett det rätta förhållandet om saken varit uppenbar. Men, menade Petrén, med detta resonemang skulle uppenbarhetskravet snart sagt aldrig kunna anses uppfyllt. I stället fick en »objektiv bedömning» göras, varvid det framstod som tydligt att ett misstag gjorts, ett misstag som vid en mer inträngande analys framstod som uppenbart. Därigenom var uppenbarhetskravet uppfyllt.

Petréns resonemang i detta mål – som inte gällde någon rättspolitiskt känslig fråga, utan snarare en rent teknisk bedömning av vissa föreskrifters rättsliga karaktär – framstår som raka motsatsen till Bengtssons återhållsamma dissens i NJA 1981 s. 1. Att kollegorna i RegR var av annan mening än han själv bekymrade inte Petrén (vars resonemang i sakfrågan från rent juridisk synpunkt förefaller högst hållbart). Det är dock osäkert om han gjorde en korrekt uttolkning, de lege lata, av uppenbarhetskravet. Icke desto mindre bör den frimodiga attityd Petrén här visade i förhållande till normprövningsrätten kunna ses som ett föredöme för de svenska domare vilka ser som sin uppgift att värna om de medborgerliga rättigheterna **och** inte motsätter sig ett visst litet mått av *judicial activism*; i själva verket är denna dissens, tillsammans med den ovan nämnda domen från Linköpings Tingsrätt, sannolikt det tydligaste uttrycket för activism i svensk rättshistoria.

Allmänt kan konstateras att det i de senast nämnda fallen normalt blir fråga om en formell lagprövning. Denna lagprövning är vanligtvis, som exemplen ovan torde visa, rättspolitiskt mindre kontroversiell än bedömningen av om en lag är förenlig med en bestämmelse i 2 kap. RF.[160] Som framgår av RÅ 1980 1:92 kan det dock i praktiken bli fråga om en form av materiell lagprövning också i denna typ av mål.[161]

Förutom de genomgångna fallen, som alla gällt lagars eller förordningars grundlagsenlighet, skall här några fall som gällt myndighetsbeslut behandlas. Frågan i dessa fall har sålunda varit om myndighet i sin tillämpning av en lag agerat i strid med grundlagen.

160. Här kan också hänvisas till RH 1987:105 rörande pristillägg på fläsk.
161. I målet RÅ 1993:10 förekom vad som kan kallas materiell normprövning i form av en bedömning av en förordnings materiella förenlighet med en lag. Bestämmelser om s.k. lagringsavgift för oljebolag i en förordning om beredskapslagring av olja och kol ansågs uppenbart strida mot lagen (1984:1049) om beredskapslagring av olja och kol, eftersom den kontinuerliga ändring och översyn av gällande avgifter som förutskickades i lagen och i motivuttalanden vid dess tillkomst uppenbarligen inte skett.

Fallen tas upp här eftersom de kan bidra till belysningen av svenska domstolars attityder till norm- och lagprövning.

Viktigast av dessa fall är sannolikt de s.k. kurdmålen, NJA 1989 s. 131 och NJA 1990 s. 636, vilka bägge gällde den mycket omdiskuterade »kommunarrest» som en grupp kurdiska flyktingar under drygt sex år var underkastade. Bakgrunden var att dessa flyktingar, som var turkiska medborgare, enligt regeringsbeslut av den 10 december 1984 skulle utvisas till Turkiet. Eftersom de riskerade politisk förföljelse i Turkiet verkställdes inte utvisningarna. Med stöd av bestämmelser i dåvarande utlänningslagen förordnade regeringen att kurderna inte fick vistas utanför sina respektive hemkommuner och att de var skyldiga att anmäla sig hos polismyndigheten på orten tre gånger i veckan. De lagrum som regeringen åberopade till stöd för detta beslut om restriktioner för kurdernas vistelse i landet talade om hänsyn till rikets säkerhet; i praktiken avsågs att kurderna misstänktes för att vara terrorister. Regeringens beslut var inte tidsbegränsat och kunde inte överklagas i domstol, varför kurderna saknade möjlighet att bemöta terroristanklagelserna. Kurderna struntade konsekvent i de restriktioner de ålagts, vilket ledde till att de vid upprepade tillfällen blev dömda för brott mot utlänningslagen (varvid straffet så gott som undantagslöst blev en månads fängelse). Denna behandling av kurderna kom successivt av alltfler jurister och debattörer att uppfattas som något av en rättssäkerhetsskandal. HD prövade i två fall 1989 och 1990 i överklagade mål om brott mot utlänningslagen huruvida regeringens tillämpning av de s.k. terroristbestämmelserna i utlänningslagen stred mot regeln i RF 2:9 om att frihetsberövanden alltid skall prövas av domstol. Enligt detta lagrum skall den som blivit berövad friheten antingen på grund av brott eller misstanke om brott eller den som av annan anledning blivit omhändertagen tvångsvis utan oskäligt dröjsmål kunna få saken prövad av domstol. Utlänningar har ingen grundlagsskyddad rörelsefrihet, men däremot, om inte annat följer av lag, samma skydd mot frihetsberövande som svenska medborgare (2:22, dåvarande 2:20 st. 2 p. 4).

I 1989 års fall gjorde den åtalade gällande dels att de nämnda terroristbestämmelserna inte var tillämpliga på honom, dels att regeringsbeslutet om vistelseort och anmälningsplikt var ett grundlagsstridigt frihetsberövande, emedan det inte prövats av domstol. Vad gällde den första frågan konstaterade HD att domstolen var hänvisad till att godta regeringens utvisningsbeslut. Den andra invändningen analyserades betydligt noggrannare. HD fann att föreskrifterna i utlänningslagen inneburit en inskränkning i kurdens – icke grundlagsskyddade – rörelsefrihet samt att han jämlikt RF 2:9 st. 1 var berättigad till domstolsprövning av denna frihetsinskränkning, **under förutsättning att den utgjorde ett frihetsberövande.** Att bakgrunden till frihetsinskränkningen inte var brott eller misstanke om brott kunde enligt HD inte innebära att kurden skulle få ett sämre skydd i fråga om domstolskontroll än en brottsmisstänkt person. Vidare konstaterade HD att ett tillfälligt förbud att lämna en kommun inte utgjorde ett frihetsberövande, men att det kunde ifrågasättas, med tanke på betydelsen av RF:s skydd för den personliga friheten, »om inte en utlännings situation vid ett mycket långvarigt förbud att lämna en kommun i förening med en anmälningsplikt kan i sådan grad likna ett frihetsberövande, att regeringsformens regler härom kan bli tillämpliga åtminstone analogt». Inskränkningen i den i målet åtalade kurdens rörelsefrihet ansågs emellertid vid den tid åtalet avsåg (december 1984 – 26 oktober 1987) inte ha varat så länge och haft sådana verkningar att det kunde jämställas med ett frihetsberövande, varför den tilltalade dömdes till en månads fängelse.

Dessa domskäl ansågs allmänt indikera att en viss tidsfrist gällde för kommunarresten. Förr eller senare skulle denna komma att innebära ett grundlagsstridigt frihetsberövande. HD undvek dock helt att på något sätt antyda hur lång tid det kunde vara fråga om.[162]

162. Jfr kritik häremot av Lennart Groll i Domstolarna och rättsutvecklingen s. 118: »HD...berövade – som jag ser det – den enskilde det skydd som regeringsformen egentligen vill ge vederbörande.»

Bengtsson var i målet skiljaktig beträffande påföljden och avgav med anledning därav ett yttrande, som inte minst i förhållande till diskussionen i avsnitt 18.4 är av intresse:

> Som anförs i domen kan det vid långvariga förbud att lämna en kommun sättas i fråga, om inte föreskriften kan likställas med ett frihetsberövande. När påföljden skall bestämmas bör enligt min mening beaktas att regleringen i utlänningslagen här ligger nära gränsen för vad som med grundlagens synsätt kan anses godtagbart. Det är inte rimligt att den som en gång antagits vara terrorist skall under år efter år få sin rörelsefrihet väsentligt inskränkt utan möjlighet till domstolsprövning. Rättssäkerhetsgarantierna i utlänningslagen måste anses otillräckliga i detta avseende.

Bengtsson spädde på med ytterligare kritik mot lagregleringen. Bl.a. anförde han att den tilltalade såvitt framkommit enbart brutit mot bestämmelserna om anmälningsplikt hos polisen, vilka knappast kunde antas vara verkningsfulla ur terroristbekämpningssynvinkel, samt att det var otillfredsställande att döma till frihetsstraff på grundval av ett beslut vars riktighet inte gick att kontrollera. Följaktligen ville han endast utdöma böter.

I 1990 års fall fann hovrätten över Skåne och Blekinge att terroristbestämmelserna var uppenbart grundlagsstridiga.

Utgången motiverades delvis med utförliga hänvisningar till Europadomstolens praxis, i syfte att visa att det verkligen var fråga om ett frihetsberövande. Denna genomgång var måhända inte helt övertygande, såvitt gällde att visa likheterna med den inskränkning i rörelsefriheten som kurderna drabbats av.[163] Däremot befann sig hovrätten på fastare mark när det gällde att bedöma frihetsinskränkningarnas förhållande till 2:9 RF. Domstolen konstaterade att det rörde sig om beslut som verkställts under nästan fem års tid (åtalet avsåg här tiden fram till den 11 oktober 1989) och att inskränkningarna medfört betydande personliga problem för de tilltalade (vilket var utrett), varför det blivit fråga om ett frihetsberövande som de tilltalade kurderna hade rätt att begära domstolsprövning av. Troligen med anledning av en artikel av Strömberg som innehöll kritik mot HD:s resonemang i NJA 1989 s. 131[164] tillade hovrätten att om kurderna inte haft möjlighet att föra talan mot regeringsbeslutet, detta inneburit att utlänningslagen **tillämpats** på ett grundlagsstridigt sätt. (Någon reell sådan möjlighet hade i praktiken inte funnits.) Huruvida det enbart var regeringsbeslutet eller också de aktuella bestämmelserna i utlänningslagen som stred mot RF var dock enligt hovrätten inte nödvändigt att ta ställning till för att konstatera att regeringsbeslutet stred mot RF. Åtalen mot de två tilltalade kurderna ogillades därför.

Riksåklagaren överklagade domen till HD, som helt ignorerade hovrättens tämligen utförliga analys av den förmenta grundlagsstridigheten och nöjde sig med att konstatera att inskränkningarna i rörelsefriheten, trots att de varat i nästan fem år, inte kunde anses vara så långtgående att de var att betrakta som ett frihetsberövande (samt att domstolarna var hänvisade till att godta regeringens utvisningsbeslut). Eftersom »kommunarresten» upphävts av regeringen genom beslut den 11 oktober 1990 bestämdes påföljden denna gång till böter.

HD:s avgörande i detta andra mål kan kritiseras för ståndpunkten att inte heller fem år ansågs vara tillräckligt lång tid för att det skulle vara fråga om ett frihetsberövande (samtidigt som HD inte heller denna gång hade något att säga om när tillräckligt lång tid skulle ha gått). Dessutom får det sägas röja något av ett ointresse från HD:s sida inför själva lagprövningsproblematiken. Den slutsats hovrätten kom fram till behöver inte ha varit den slutgiltiga sanningen, men borde ändå ha kommenterats något närmare av HD.

163. Jfr NJA 1990 på s. 641.
164. Kommunarresten inför HD, JT 1989/90 s. 324-327.

Den förra invändningen har kanske mindre betydelse efter det att kommunarresten väl hade upphävts, men att HD helt undvek att göra en materiell prövning av bestämmelsernas/regeringsbeslutets grundlagsenlighet förvånar.

Tilläggas kan att den nuvarande lagen (1991:572) om särskild utlänningskontroll inte innehåller några motsvarigheter till de bestämmelser i den gamla utlänningslagen vilka möjliggjorde »kommunarresten».

Ett annat viktigt fall är NJA 1986 s. 489, som gällde ett åtal för rattfylleri baserat på ett blodprov vilket i strid med RB 28:13 tagits av en laboratorieassistent (i stället för som föreskrivet av en läkare eller sjuksköterska).

Den tilltalade gjorde gällande att beviset till följd härav var ogiltigt. I HovR och HD åberopade han också att blodprovstagningen inneburit ett åsidosättande av RF 2:6, eftersom det påtvingade kroppsliga ingrepp han utsatts för saknade stöd i lag (jfr 2:12 st. 1). Tingsrätten tog inte alls ställning till grundlagsenligheten i det skedda, utan nöjde sig med att konstatera att laboratorieassistenten i fråga var duktig och erfaren. Hovrätten fann att RF 2:6 var avsedd att skydda den enskilde individens kroppsliga integritet men inte reglerade frågan vilken bevisning som får åberopas i brottmål. Analysbeviset kunde, eftersom det inte förelåg någon omständighet som förringade tilltron till det, läggas till grund för bedömningen. Här avfärdades som synes RF utan närmare motivering. Slutsatsen att RF 2:6 inte säger något om vilken bevisning som får åberopas kan visserligen stödjas på regeln om fri bevisprövning i RB 35:1, men om hovrättens resonemang godtas kan ju frågan ställas vilken självständig betydelse RF 2:6 egentligen har.

HD:s majoritet stödde sin dom just på den fria bevisprövningens princip. Beträffande RF 2:6 anfördes helt kort att RB 28:13 tillkommit författningsenligt och att beslutet att underkasta den tilltalade blodprovstagning var lagligen grundat, varvid det förhållandet att provet tagits av en laboratorieassistent inte i sig gjorde åtgärden grundlagsstridig. En dissident ville ogilla åtalet, men inte på grund av grundlagsstridighet utan med hänvisning till allmänna rättssäkerhetskrav. Endast HD:s majoritet tog sålunda ställning till grundlagsenligheten, men inte heller av majoritetens resonemang framgår när ett åsidosättande av en viss lagbestämmelse i en situation som den ifrågavarande skulle bli så allvarlig att 2:6 åsidosatts. HD konstaterar bara, ytterst knapphändigt och i sak knappast invändningsfritt, att 2:6 inte kränkts i just detta fallet. Domstolen undvek härigenom att ta ställning till den mycket intressanta lagprövningsfråga som målet rymde.

Avgörandet är ett uttryck för restraint och just därför av ringa värde för den framtida rättstillämpningen. Antingen måste domen tolkas som att i princip inga felaktigheter vid bevisanskaffandet gör bevismaterialet ogiltigt jämlikt RF 2:6 (vilket knappast vore rimligt), eller också kan inga slutsatser alls dras inför framtiden.[165]

Ytterligare ett fall kan nämnas här, nämligen AD 1984:94, där AD fann att SJ inte haft rätt att föranstalta om att en anställd vid fyra tillfällen skulle genomgå läkarundersökningar. Efter en noggrann prövning fann AD att besluten om läkarundersökning var av offentligrättslig, inte av privat-

165. Som ett uttryck för restraint, av visst intresse i sammanhanget, kan även ett avgörande från 1993, NJA 1993 s. 260, rörande ett regeringsbeslut lagenlighet ses. Frågan gällde här ersättning till offentlig försvarare i mål där den gängse ersättningstaxan inte var tillämplig. I ett tidigare avgörande, NJA 1993 s. 114, hade HD underkänt den utdömda ersättning som baserades på regeringens beslut om timkostnadsnorm som uppenbart oskälig. Trots detta fann HD (med sifforna 3-2) i NJA 1993 s. 260 att ett hovrättsbeslut om ersättning, meddelat före HD:s beslut i NJA 1993 s. 114, vilket byggde på regeringens fastställda lägre taxa skulle godtas. I det första fallet var således denna ersättning uppenbart oskälig, men inte i det andra, där beslutet meddelades tre månader senare! Denna inkonsekvens kan knappast förklaras på annat sätt än att den olika sammansättningen i de bägge målen haft avgörande betydelse. Minoriteten i det senare fallet ville f.ö. följa NJA 1993 s. 114.

rättslig natur. Eftersom det närmast var självklart att beslutet att han skulle undergå läkarundersökning var betydelsefullt för den enskilde, var det enligt AD fråga om myndighetsutövning från SJ:s sida. Läkarundersökningarna ansågs vara påtvingade och därför oförenliga med 2:6 RF.

Beslutet, som gällde en rättspolitiskt tämligen okontroversiell sak, visar främst betydelsen av att arbetsgivaren kunde sägas ha ägnat sig åt myndighetsutövning. RF 2:6 går ej att åberopa mot ett privatföretag.[166]

18.3.2 Slutsatser om rättsläget

Det är vanskligt att med utgångspunkt från det i föregående avsnitt presenterade, förvisso inte överdrivet rikhaltiga rättsfallsmaterialet dra särskilt långtgående slutsatser. Vad som är slående är emellertid att domstolarna i allmänhet uppvisat en betydande återhållsamhet i lagprövningssituationer. Inte minst uppenbarhetskravet torde härvid ha en återhållande effekt på domstolarna. Ibland har uppenbarhetskravet tillämpats med förnuft och på ett sätt som givit goda resultat (RÅ 1987 ref 21), men i andra fall är konsekvenserna mer betänkliga (främst kanske NJA 1986 s. 428). NJA 1992 s. 337 kan kritiseras från utgångspunkten att HD här inte tog någon hänsyn till lagrådets betänkligheter. Att Bengtsson i två fall (NJA 1981 s. 1 och NJA 1989 s. 131) visat stor sympati för argument om grundlagsstridighet men ändå, åtminstone i det första fallet, av hänsyn till uppenbarhetskravet vägrat att åsidosätta de ifrågavarande bestämmelserna är också något av ett memento, eftersom det visar att en ledamot av HD kan tvingas upprätthålla en lag som han anser är grundlagsstridig.

Strömbergs utförliga rättsfallsanalyser har framförallt givit vid handen att HD uppvisat en betydligt större försiktighet än RegR.[167] Detta torde framgå med särskild tydlighet när också föreskrifter beslutade av förvaltningsmyndigheter och kommuner tas med i bedömningen. Så länge analysen endast gäller prövningen av lagars och förordningars grundlagsenlighet är dock ett annat fenomen väl så iögonenfallande, nämligen att underinstanserna i några fall känt sig oförhindrade att åsidosätta bestämmelser och beslut som uppenbart grundlagsstridiga, för att sedan korrigeras av högre instans. Detta gäller både Linköpings Tingsrätts dom om handredskapsfiske och Skånska Hovrättens dom om kommunarrest; Göta HovR (under hänvisning till NJA 1992 s. 337) respektive HD resonerade här inte med motsvarande djärvhet. Kanske kan det vara befogat att med Strömberg och Petrén erinra både om lagprövningens betydelse för grundlagen och om dennas betydelse för samhällets stabilitet.[168] Därtill kommer att grundlagsregler enligt doktri-

166. Se närmare härom kap. 19.9.
167. Se främst Normprövning... s. 143: »...det finns en markant skillnad mellan RegR och HD när det gäller den allmänna attityden till normprövningsrätten. RegR har, i varje fall när det gällt föreskrifter beslutade av förvaltningsmyndigheter och kommuner, utövat sin normprövningsrätt med ganska stor frimodighet. (Detta gäller även om man bortser från regeringsrådet Petréns insatser.) Något motsvarande kan inte sägas om HD. Hos HD finner man i stället en strävan att snart sagt till varje pris släta över brister i normgivningen...Jag kan inte ge någon förklaring till den angivna mentalitetsskillnaden mellan RegR och HD. Men jag känner mig frestad att ställa frågan: ser HD som sin främsta uppgift att vara ett värn för medborgarnas rättssäkerhet eller att fungera som maktens förlängda arm?» Se även Ett rättsfall om prövning av ett regeringsbeslut lagenlighet, JT 1993/94 s. 364-68, särskilt på s. 367.
168. Jfr Normgivningsmakten s. 214 resp. Vägar för medborgarna...s. 16.

nen faktiskt skall tolkas generöst mot den enskilde.[169]

Det kan vidare konstateras att vad som brukar kallas grundlagskonform lagtolkning, innebärande att en lag eller annan bestämmelse tolkas (normalt på ett för den enskilde generöst sätt) så att den blir förenlig med grundlagen[170], inte alls varit vanligt i svensk rättspraxis. Domstolarna har nästan aldrig ägnat denna fråga någon uppmärksamhet, utan koncentrerat sig på frågan om uppenbar grundlagsstridighet förelegat (vilket så gott som aldrig befunnits vara fallet). Det enda möjliga lilla undantaget gäller HD:s bedömning av kommunarresten, vilken ansågs komma att strida mot RF om den skulle vara för länge (hur länge angav HD dock inte). Trots att denna metod är vanlig i utländsk rätt och normalt lär vara betydligt mindre kontroversiell än ett underkännande av en lag har den alltså inte alls slagit igenom i svensk rätt, vilket kan bero på domstolarnas ovana vid lagprövningsmål eller på utformningen av RF 11:14, som leder till att domstolarnas uppmärksamhet helt riktas mot frågan om den grundlagsstridighet som möjligen förelegat varit »uppenbar» eller ej.

I doktrinen har uttalats viss, enligt min mening befogad kritik mot att även förordningar omfattas av uppenbarhetskravet.[171] Lika starka principiella skäl för återhållsamhet från domstolarnas sida som vid lagprövning kan knappast anföras här. Det kan observeras att detta synsätt möjligen börjar tränga igenom i praxis: RegR har i två fall 1993 (RÅ 1993:10 o. 79) åsidosatt regeringsförordningar som befunnits strida mot regler av högre rang. Inget av fallen var kontroversiellt[172] och dessa fall är för få för att några långtgående slutsatser skall kunna dras av dem, men förhållandet bör uppmärksammas.[173]

18.4 Ytterligare om synpunkter i doktrin och förarbeten

Som redan antytts har lagprövningen och inte minst uppenbarhetskravet diskuterats på ett betydligt mer tankeväckande sätt i doktrinen än i praxis. Även i doktrinen dominerar dock, liksom i förarbetena, plädering respektive försvar för domstolarnas försiktighet. De författare som efterlyser tuffare tag från domstolarnas sida, närmast kanske i form av en friare hållning till uppenbarhetskravet, har haft svårt att göra sig gällande.

Som exempel på en ytterlighet i debatten kan hänvisas till Holmberg/Stjernquist, vilka menar att det finns uppenbara skäl för domstolarna att iaktta försiktighet. Lagprövningen har viktiga preventiva effekter och kan få betydelse i »extraordinära situationer,

169. Jfr ovan i 18.2.4 in fine.
170. Jfr allmänt ovan i kap. 3.3.1 in fine.
171. Jfr ovan på s. 675 vid not 80. Se även remissyttranden över FRK:s delbetänkande Fri- och rättighetsfrågor från Juridiska fakulteterna vid Lunds Universitet respektive Stockholms Universitet samt Bengtsson, i Ds 1993:90 s. 173, 174 o. 194.
172. Se ovan på s. 681 i n. 114 o. s. 683 i n. 127.
173. Som ett uttryck för en ökad benägenhet i praxis att betrakta regeringens rättsakter mer kritiskt än riksdagen kan möjligen avgörandet NJA 1993 s. 114 ses; HD bedömde där den av regeringen fastställda timtaxan för offentliga försvarare som uppenbart oskälig. Majoriteten i NJA 1993 s. 260, ett beslut som meddelades knappt tre månader senare, hade dock, som framgick ovan i n. 165, en annan inställning till exakt samma fråga! Dessutom var det i detta mål inte fråga om en regeringsförordnings lagenlighet, utan snarare om ett regeringsbeslut; jfr Strömberg i JT 1993/94 s. 366 f.

när regeringen och riksdagen står under ett tryck, som föranleder dem att genom undantagsförfattningar åsidosätta hänsynen till medborgarnas personliga säkerhet», men om domstolarna i större utsträckning skulle underlåta att tillämpa lagar som de anser vara grundlagsstridiga skulle kanske regeringen söka gardera sig genom att utnämna politiskt pålitliga personer till de högsta domarämbetena. Domstolarna skulle med andra ord politiseras.[174] Här förordas som synes en mycket långtgående återhållsamhet. Holmberg/Stjernquist hänvisar rentav till några regeringsråd, som i ett remissyttrande över GLB:s förslag yttrat att det inte var »någon tacksam uppgift att med sådan argumentering (rättslig, min anm) utmana den mer eller mindre breda folkopinion, vilken står bakom en nytillkommen författning».[175] Häremot har t.ex. Lysén, som förespråkat en kraftigt utvidgad lagprövningsrätt, invänt att frågan inte är om uppgiften är tacksam eller inte, utan handlar om domstolarnas roll under konstitutionen; »ty det är domstolarnas uppgift att underkänna såväl populära som impopulära författningar, när dessa strider mot konstitutionen».[176]

De citerade regeringsrådens synpunkter är emellertid intressanta genom att de tar upp ett genomgående tema i kritiken mot en utvidgad eller regelbundet utnyttjad lagprövningsrätt, nämligen respekten för den folkvalde lagstiftarens vilja. Detta i svensk doktrin oerhört centrala argument kan här för enkelhetens skull kallas *majoritetsprincipen*[177] och har, i olika former, ständigt återkommit i debatten. Som vi sett ovan i 17.1.1 betraktades det av lagstiftaren vid införandet av minoritetsskyddsregeln i 2:12 st. 3 närmast som en fördel att en minoritet bara kunde driva igenom ett uppskov med, men inte förhindra antagandet av en lag. Likaså betonades vid den reform 1979 som stärkte lagrådets ställning att lagrådet absolut inte fick granska lagförslagens politiska sida.[178] På inget annat område har emellertid den uppenbarligen djupgående motviljan mot att någon form av politisk makt skulle kunna utövas av något icke-politiskt organ kommit till uttryck så tydligt som i diskussionen om domstolarnas lagprövningsrätt. Det anmärkningsvärda här är dock inte vaktslåendet om parlamentarismens princip, utan den oerhörda **motviljan** mot tanken att domstolarna någon gång skulle kunna sätta sig över beslut fattade av politiska organ. Med tanke på den intensitet varmed hotet att domstolarna eventuellt skulle klampa in på den politiska maktens domäner utmålats i såväl förarbeten som doktrin är det faktiskt befogat att tala om en ren skräck för att svenska domstolar någonsin skulle komma att överge den rena rättsttillämpningen och eventuellt ägna sig åt någon suspekt, rättsskapande verksamhet. Till varje pris gäller det att hindra dem därifrån. Härvidlag har olika justitieministrar, i högre grad än såvitt gäller lagråds-

174. Se Vår författning s. 190 o. i 8 uppl. s. 217 f.
175. Se prop 1973:90 s. 127 f.
176. Om svensk domstols lagprövning m.m. – några reflektioner, SvJT 1989 s. 119.
177. Jfr SOU 1975:75 s. 91: »Ett krav på den grundlagsmässiga fri- och rättighetsregleringen är alltså att den *inte får leda till hinder för* vad som kan kallas *den ordinära lagstiftningen*...Från en annan synpunkt sett innebär detta att man upprätthåller den för ett demokratiskt politiskt system grundläggande *majoritetsprincipen*.»
178. Se kap. 17.1.2. under c. Se även justitieministern i prop 1978/79:195 s. 43 o. 48.

granskningens karaktär och minoritetsskyddsregelns effekter, haft stöd i doktrinen.[179]

Som framgått i kap 18.1.2 ville inte de högerpartister vilka 1938 motionerade om förstärkt rättighetsskydd föreslå en allmän lagprövningsrätt för domstolarna, eftersom detta skulle kunna skada dessas anseende. Just detta argument mot lagprövningsrätten var dock tidsbundet och har sedan inte återkommit i denna renodlade form[180]; i stället har desto oftare påpekats hur olämpligt det är med konflikter mellan lagstiftande och dömande organ och hur viktigt det är att domstolarna inte får någon politisk makt. Att det förhåller sig på detta sätt ses genomgående som en självklarhet, som inte behöver motiveras närmare.[181]

Som exempel kan hänvisas till FRU, som definierar majoritetsprincipen så att den enkla majoriteten i »folkrepresentationen» skall ha möjlighet att med ansvar inför väljarna fatta de beslut som vid varje tillfälle anses bäst gagna samhället. Enligt utredningen bör inga andra avvikelser tillåtas från denna princip än sådana »som är nödvändiga för att skydda den demokratiska styrelseformen och andra värden som är oskiljaktigt förenade med demokratins idéer.»[182] Lagprövningsrätten var enligt FRU tydligen inte nödvändig för att skydda demokratin, eftersom utredningen fortsatte:

> I linje med vad som har sagts nu om majoritetsprincipen ligger att *politisk makt inte får skjutas över* från de politiskt sammansatta organen – främst då riksdagen – *till icke-politiska organ*, som saknar ansvar inför väljarna. Skall det rättsliga skyddet för fri- och rättigheterna få tillräcklig hållfasthet, *kan det visa sig behövligt* (min kursivering) att låta rättsliga instanser, främst då domstolar, kontrollera rättighetsreglernas efterlevnad...Men redan här bör slås fast, att det är oförenligt med folksuveränitetens och parlamentarismens principer att domstolar får i uppgift att träffa avgöranden som väsentligen grundas på politiska värderingar och som alltså faller vid sidan av rättstillämpning i den bemärkelse som detta ord av hävd har i vårt land.

Belysande är också att flera juridiskt sammansatta remissorgan instämde i den av utredningen gjorda bedömningen. Sålunda menade t.ex. RegR, i exakt samma anda, att det var »självklart» att lagprövningen inte fick ges ett sådant innehåll att domstolar och myndigheter mera reguljärt skulle komma att åsidosätta statsmakternas beslut. Men,

179. Här kan, förutom till Holmberg/Stjernquist, bl.a. hänvisas till Jägerskiöld, som i StvT 1964 menade att lagprövningsrätten innebar »en risk för att domstolarna dragas in i politiska debatter och konflikter, vilket icke kan vara ändamålsenligt eller lyckligt för deras auktoritet och ställning i samhället». Han fortsatte: »Framför allt torde det emellertid vara respekten för lagprodukten, som varit det främsta motivet att frånkänna domstolarna en lagprövningsrätt. Med denna synpunkt sammanfaller naturligtvis hänsynen för riksdagen såsom suverän lagstiftare, såsom uttryck för »folkviljan»...» Jägerskiöld ger således här en förklaring till motståndet mot lagprövningsrätten, vilket han samtidigt själv sympatiserar med. – Det kan nämnas att Eivind Smith i Höyesterett og Folkestyret, s. 290 o. 315, gör liknande reflexioner om majoritetsprincipens starka ställning i det norska samhällslivet under hela efterkrigsperioden. Samtidigt konstaterar han dock att detta perspektiv inte så kraftigt dominerat **i den konstitutionella debatten.** Iakttagelsen visar att denna debatt i Norge varit både livligare och mer fristående från den politiska debatten än i Sverige.

180. Jfr dock Jägerskiöld, ibid. – FRK anknöt f.ö. till argumentet i en så att säga inverterad, eller spegelvänd form. Se SOU 1993:40 A s. 23: »Genom den nuvarande ordningen har domstolarna och myndigheterna inte fått någon ställning som politiska maktfaktorer. De har härigenom möjligheter att utnyttja ett oförbrukat förtroendekapital, när ett ingripande till fri- och rättigheternas skydd undantagsvis måste ske.»

181. Jfr Westerhult, a.a.s. 320.

182. SOU 1975:75 s. 91.

tillade RegR lugnad, »(O)m någon kontroll i denna mening kan emellertid knappast bli fråga.»[183] Justitieministern uttalade i sin tur i prop 1975/76:209 att om rättighetsskyddet skall ha någon verklig effekt i de krissituationer, för vilka det i första hand är avsett, kan man *svårligen undvara* en från riksdagen fristående kontrollapparat (min kursivering). Han betonade också lagprövningsinstitutets preventiva funktion.[184] RSU stämde in i kören och betonade vikten av att ingen »verklig» politisk makt kom att ligga hos de rättstillämpande organen.[185]

I prop 1978/79:195 s. 42, där det föreslogs att lagprövningsrätten skulle grundlagsfästas, var tongångarna av förklarliga skäl annorlunda. Justitieministern lade där ner viss möda på att bemöta kritik som tidigare framförts mot lagprövningen.[186] I det KU-uttalande som föregick antagandet av RF 11:14 betonades emellertid än en gång att lagprövningsrätten borde utövas med stor återhållsamhet, samtidigt som uppenbarhetskravet tolkades strikt.[187] FRK, slutligen, anslöt sig inte bara till det nämnda KU-uttalandet om riksdagen som den främste lagstiftaren och därmed den främste grundlagsuttolkaren utan konstaterade också i god majoritetsvänlig anda att det är ett »grundläggande krav» att lagprövningen inte innebär att politisk makt förs över till domstolar och förvaltningsmyndigheter. Lagprövningsrätten, som bara skall vara en »säkerhetsanordning», befanns i sin dittillsvarande utformning svara mot detta krav, varför kommittén inte ville föreslå någon förändring.[188] Motviljan mot utvidgad lagprövningsrätt är också med stor sannolikhet en av huvudanledningarna till den oklara status som ECHR givits vid införlivandet i svensk rätt.

Häremot står enstaka remissyttranden, bland vilka kan nämnas Svea Hovrätts yttrande över FU:s förslag. Hovrätten önskade visserligen inte att domstolarna skulle tvingas till politiska ställningstaganden, som kunde ge upphov till icke önskvärda motsättningar mellan de politiska instanserna och de rättsvårdande, men menade samtidigt att för att rättighetsregler i grundlag, som sällan var detaljerat utformade, skulle få avsedd betydelse krävdes att domstolarna gavs en »rätt ingående materiell prövningsrätt».[189] Mer uttalat kritiska främst mot införandet av ett uppenbarhetskrav var de bägge juridiska fakulteterna i Lund och Stockholm i sina yttranden över FRU:s förslag. Bägge fakulteterna varnade för att rättigheterna kunde komma att begränsas steg för steg, varvid det – även i ett läge då en rättighet urholkats – kunde bli svårt för en domstol att hävda att grundlagsstridigheten var uppenbar. Om lagprövningsrätten skall fylla sin avsedda funktion måste den enligt fakulteten i Lund utövas innan det blir för sent, vilket uppenbarhetskravet

183. Se prop 1975/76:209 bil. 2 s. 203.
184. Anf prop s. 94. – Just den preventiva funktionen tycks ha varit ett populärt sätt att legitimera lagprövningen i förarbeten (och doktrin) där dess status annars inte varit särskilt hög; se bl.a. RegR, ibid, och Bengtsson, Om domstolarnas lagprövning s. 247.
185. SOU 1978:34 s. 51. »Verklig» politisk makt ställdes här i motsats till »granskning och verkställighet».
186. Se särskilt s. 42.
187. KU 1978/79:39, se närmare under 18.1.2.
188. SOU 1993:40 s. 23, 225 o. 229.
189. Se SOU 1965:2 s. 65.

försvårar.[190] Dessa avvikande röster är dock få under den långa period det här är fråga om (och dessutom i klar minoritet även bland remissinstanserna).[191]

I doktrinen har nyanserade resonemang om lagprövningsrättens karaktär och gränser från skilda utgångspunkter förts av Holmberg och Bengtsson. Holmberg (som konstaterar att ett åsidosättande av en regel i grundlag normalt bör uppfattas som en känsligare politisk gärning än ett underkännande av en nyligen stiftad lag), föreslog, för att uppenbarhetskravet inte skall ges en innebörd som helt förhindrar lagprövning, en distinktion mellan olika grundlagsregler.[192]

Holmbergs utgångspunkt är att grundlagarna i förhållande till vanliga lagar står i en särställning, som också måste värnas i praxis. Samtidigt instämmer han i att domstolarna inte bör »bedriva politik under sken av lagprövning». Detta kan dock enligt Holmberg undvikas om domstolarna generellt undviker att ta ställning till tre regler i RF 2:12-13, nämligen huruvida en rättighetsbegränsning sker för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, huruvida den sträcker sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen samt huruvida lagstiftaren särskilt beaktat vikten av vidaste möjliga yttrande- och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella angelägenheter.

Holmberg kommenterar inte närmare varför just dessa krav är omöjliga eller i vart fall olämpliga för domstolar att ta ställning till. (Beträffande kravet att en rättighetsbegränsning skall tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle menar han dock att politiker är bättre skickade att pröva den sortens frågor än domare.[193]) FRU menade som tidigare nämnts att uppenbarhetskravet inte kunde tolkas så att endast brott mot grundlagsregler som är entydiga till sin lydelse kan utlösa ett underkännande.[194] Holmberg menar för sin del att begränsningsramarna i 2 kap. RF kan ordnas i en glidande skala: Som exempel på sådana »med tämligen konkret innebörd och av allmänjuridisk karaktär» framhöll han kravet i 2:12 st. 2 att begränsning inte får genomföras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. Dessa regler av mindre normativ karaktär (även proportionalitetskravet, som han överhuvudtaget inte nämner, bör väl i så fall räknas till denna kategori) bör enligt Holmberg, liksom kompetens- och procedurregler – vilket väl närmast torde syfta på RF 8 kap. – »vara fullt ut underkastade den regel om lagprövning som finns i 11:14 RF», varvid domsto-

190. Se prop 1975/76:209 s. 206 ff. I sammanhanget kan även hänvisas till Juridiska fakultetsnämndens i Lund kritiska remissyttrande över RSU, där det ifrågasattes om den mycket återhållsamma utövning av lagprövningsrätten som bl.a. uppenbarhetskravet kunde förväntas leda till kunde fylla den avsedda funktionen att vara ett värn för de grundläggande fri- och rättigheterna i trängda lägen. Se prop 1978/79:195 bil. 2 s. 39.
191. Dock märks klara tendenser till tuffare tag från remissinstanserna i yttrandena över FRK:s förslag. Se Ds 1993:90 samt ovan i 18.2.5. Kanske skall HD:s, RegR:s och Svea Hovrätts skepsis förstås som att de egentligen önskar bli av med uppenbarhetskravet, så att det skall bli lättare att utföra lagprövning?
192. Se På spaning efter rättigheterna, SvJT 1987 s. 663 ff.
193. A.a.s. 662. Se närmare kap. 19.8.1. Jfr här Bengtsson, angående RF 2:18, en annan »vag» regel, i Om expropriation...s. 64: »Man kan också göra gällande, att väsentliga samhällsfrågor av denna art bättre löses genom förnuftiga och praktiska kompromisser än genom en aldrig så skarpsinnig grundlagstolkning.» Ändringen av 2:18 var dock en enligt Bengtsson olycklig kompromiss; se SvJT 1994 s. 922 f.
194. Se SOU 1975:75 s. 108.

larna bör tolka och tillämpa grundlagen med minst samma allvar som när de annars handhar rättsregler.

Varför kravet i 2:12 st. 2 att begränsning inte får genomföras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning skulle vara så mycket mer juridiskt och följaktligen mindre politiskt än t.ex. förbudet mot rättighetsbegränsningar som hotar den fria åsiktsbildningen är dock något svårbegripligt (och motiveras inte heller närmare av Holmberg). Att det i det senare fallet är fråga om ett kategoriskt förbud mot lagar som går för långt i angivet avseende är självklart, varför det i sista hand rimligen måste ankomma på domstolarna att tillse att förbudet efterlevs.

Holmberg ifrågasätter f.ö[195] om kodifieringen i RF av lagprövningsrätten egentligen varit till fördel för rättighetsskyddet. Hans uppfattning är att uppenbarhetskravet om än stödd på vissa dosmtolsuttalanden snarast var en uppfinning av doktrinen, varför grundlagsfästandet av det kan uppfattas som en nytillkommen restriktion för domstolar och andra rättstillämpande myndigheter. Liknande synpunkter hade tidigare, med hänvisning till praxis, framförts av juridiska fakulteten i Stockholm i det nämnda remissyttrandet över FRU; enligt fakulteten innebar en kodifiering av lagprövningen, inklusive uppenbarhetskravet, »en väsentlig försämring av fri- och rättighetsskyddet.»[196] Samma diskussion fördes, som framgick i 18.2.5 in fine, av vissa remissinstanser (främst HD) vid införlivandet av ECHR i svensk rätt.[197] Häremot kan dock anföras att konstitutionella garantier för lagprövningsrättens existens vid i övrigt oförändrade förhållanden skapar bättre förutsättningar för dess utövande i nödvändiga situationer än rent sedvanerättsliga regler[198]; i all synnerhet gäller detta när det är fråga om en så vag och oklar sedvana som lagprövningsrätten före antagandet av RF 11:14.[199] Problemet, eller »felet», är därför inte så mycket att lagprövningsrätten grundlagsfästes 1980 som att uppenbarhetskravet i förening med vissa motivuttalanden av allt att döma effektivt hämmat domstolarnas benägenhet att utöva lagprövning.[200]

Bengtsson har som tidigare nämnts behandlat ämnet i en mängd artiklar, främst under 1980-talet. Tydligt är att hans perspektiv därvidlag kommit att förändras något under resans gång. Grundläggande och ständigt återkommande i hans resonemang är dock en

195. A.a.s. 61.
196. Prop 1975/76:209 s. 207. Justitieministern räknade i prop 1978/79:195 s. 42 överhuvudtaget inte med någon förändring i rättsläget jämfört med tidigare. KU:s motivering för att tillstyrka antagandet av RF 11:14 antyder dock att utskottet möjligen kan ha resonerat på samma sätt som Juridicum i Stockholm (men dragit andra slutsatser): »Genom att införa den föreslagna bestämmelsen om lagprövningsrätten i RF uppnås enligt utskottets mening den väsentliga fördelen att hinder uppställs mot att lagprövningsrätten i praxis ges ett vidgat tillämpningsområde och anses kunna begagnas utan de inskränkningar som uttryckligen uppställs i bestämmelsen.» Se KU 1978/79:39 s. 13.
197. Se även Bernitz, a.a.s. 265 och Lysén, Europas grundlag, s. 154 i n. 4.
198. Jfr kap. 9.4-5 om Storbritannien och kap. 11.6 om EG-rätten beträffande de diskussioner som avsaknaden av konstitutionella rättighetsregler givit upphov till.
199. Jfr Smith, a.a.s. 124.
200. Därutöver kan givetvis domstolarna även ha hämmats av den stundtals ganska politiserade debatten om lagprövning, där de borgerliga partierna inte sällan framhävt den betydelse en utvidgad lagprövningsrätt t.ex. skulle kunna ha för att stärka äganderättens ställning. Domstolarna har med all sannolikhet velat undvika att bli indragna i politiska kontroverser av sådant slag. Exakt vilken betydelse denna tendens till politisering av de i grunden rättsliga frågorna haft för domstolarnas ovilja att utöva lagprövning är dock omöjligt att utreda här.

plädering för återhållsamhet från domstolarnas sida, som ligger nära de ovan anförda förarbetsuttalandena om vådan av att politisk makt förs över till domstolar. Sålunda ser han det som olyckligt att förtroendet för riksdagens lagstiftande makt kan förmodas minska om lagar »lätt kan underkännas av en juristmajoritet i en domstol». Holmbergs farhågor om att en motsatt hållning minskar respekten för grundlagen är visserligen enligt Bengtsson »en vägande invändning», men avfärdas samtidigt med att 1974 års RF ändå inte har någon djupare förankring hos medborgarna.[201] Bristen på rättspraxis om lagprövning ses som något i grunden positivt; denna praxis kommer enligt Bengtsson »förhoppningsvis inte att få någon sådan omfattning ens med en utvidgad lagprövningsrätt att den verkligen blir till något stöd för domaren».[202] Uppenbarhetskravet måste tolkas strikt. Åsidosättanden av en lag kan främst bli aktuellt vid förbiseenden från lagstiftarens sida eller direkt missbruk av lagstiftningsmakten.[203]

I linje med det nämnda är det också logiskt att Bengtsson förordar att domstolarna hellre skall (om)tolka en lagbestämmelse så att den blir förenlig med grundlag än åsidosätta den som grundlagsstridig.[204] Däremot kan han tänka sig, om än med viss vånda, att grundlagen ges företräde framför grundlagsstridiga lagmotiv. Härför har det i sammanhanget intressanta skälet anförts att lagstiftarens auktoritet inte står bakom motivuttalandet på samma sätt som bakom en av riksdagen antagen lag.[205]

Det är alltså, jämte rena rättssäkerhetsargument om det olyckliga i att en av riksdagen antagen lag åsidosätts[206], hänsynen till den folkvalde lagstiftarens auktoritet som också för Bengtsson tycks vara det avgörande argumentet mot en reell lagprövningsrätt för domstolarna.[207] Det är därför föga förvånande att han, när han i slutet av 1980-talet

201. Om lagprövning ur svenskt perspektiv s. 333. Detta uttalande gjordes dock vid en föreläsning i Oslo, inför norsk publik, och avsåg uppenbarligen en direkt jämförelse mellan den norska respektive svenska grundlagens förankring i det folkliga medvetandet, varvid det i sak framstår som korrekt.
202. Om domstolarnas lagprövning s. 236.
203. Se Om expropriation...s. 57 samt Om domstolarnas lagprövning s. 236, där missbruk av lagstiftningsmakten beskrevs som fall där lagstiftaren medvetet balanserat på det tillåtnas gräns och lagens grundlagsenlighet torde ha ifrågasatts redan vid dess tillkomst. Här skymtar samma betoning som i norsk rätt av lagstiftarens egen bedömning av grundlagsenligheten; jfr ovan i kap. 5.2.2 in fine.
204. Ibid samt Ersättning...s. 61.
205. Se Ersättning...s. 61. Resonemanget är f.ö. mycket snarlikt det som han anfört till stöd för att lagrådet, i stället för att döma ut ett lagförslag som uppenbart grundlagsstridigt, bör förklara att det t.ex. strider mot vissa tankar i grundlagens förarbeten. Jfr Om lagrådsgranskningens gränser s. 199 f.
206. Se SvJT 1987 s. 241 f.
207. I SvJT 1987 s. 235 ff framför Bengtsson dock ett flertal andra, både mer renodlat juridiska skäl (t.ex. om förhållandet till lagrådets roll) och maktdelningsargument (om domarrollen m.m.) mot lagprövning. Dessa bygger på ett försök att föra en värderingsfri diskussion. Det är dock tveksamt om Bengtsson lyckats med detta, vilket han själv tycks vara medveten om (jfr s. 247: »Det är naturligtvis möjligt att jag överskattat svårigheterna...Också här kan värderingarna bakom den nuvarande regeln ha påverkat bedömningarna utan att jag märkt det.»). Detta resonemang ändrar hursomhelst inte intrycket att det är omsorgen om majoritetsprincipen och den folkvalde lagstiftarens auktoritet som är Bengtssons huvudargument mot utvidgad lagprövning. Argumenten som sådana har kommenterats i den löpande framställningen och behöver därför inte genomgås särskilt här. Av visst intresse är dock argumentet (s. 239 f) att svenska domare i allmänhet inte har den allmänbildning och kringsyn (»överblick») som en utvidgad lagprövningsrätt kräver; här utgår Bengtsson uppenbarligen, med rätt eller orätt, från att svenska domare generellt sett är något kortare i rocken än t.ex. norska.

börjar tvivla på den mycket strikta restraint som han tidigare förordat, ändå inte är beredd att ta steget fullt ut och verkligen – i praxis – åsidosätta en lag som grundlagsstridig eller – som rättsvetenskapsman – förorda att så bör ske. Som vi sett i avsnitt 18.3.1 avgav Bengtsson en principiellt viktig och intressant dissens i NJA 1989 s. 131, där han menade att terroristbestämmelserna i dåvarande utlänningslagen tillämpats på ett sätt som låg nära gränsen för vad som enligt grundlagen var godtagbart. Något senare förordade han i en artikel att en domare klart bör säga ifrån vad han anser om en tvivelaktig lag. Inga hänsyn till riksdagens eller regeringens auktoritet borde, menade Bengtsson nu, avhålla domaren från att här ge tydligt uttryck för sitt resonemang.[208]

Detta kan givetvis förefalla som en helomvändning, men så var nog inte riktigt fallet. Bengtsson medgav nämligen att blotta konstaterandet av att en lagbestämmelse är »oförenlig med grundlagen men inte på ett uppenbart sätt» visserligen inte hjälpte parten i det enskilda fallet, men menade att ett sådant yttrande ändå kunde ha preventiva effekter. Återigen betonas alltså lagprövningsrättens mer harmlösa sidor. Men, frågar man sig, varför tog nu inte Bengtsson steget fullt ut och förklarade att domstolar visst bör kunna **åsidosätta** grundlagsstridiga lagar (och därmed hjälpa parter i enskilda fall, t.ex. samer eller terroriststämplade kurder)? Jo, p.g.a. regeln i 11:14, som det givetvis inte går att komma ifrån. Och eftersom Bengtsson alltjämt menade att denna, inte minst i ljuset av KU:s entydiga motivuttalande från 1979, måste tolkas mycket restriktivt uppstod enligt honom frågan vad domaren skall göra när en lagstiftning »verkligen stämmer illa med grundlagen och kanske medför ett resultat som förefaller stötande, men regeln inte kan åsidosättas enligt lagprövningsbestämmelsen».[209] Svaret på frågan blev idén om den praktiskt verkningslösa protesten.

Följaktligen är det befogat att tala om en verklig attitydförändring hos Bengtsson[210], ehuru han inte tycks ha dragit de logiska konsekvenserna härav (vilket kanske främst beror på omsorgen om lagstiftarens auktoritet). Eftersom även den författare som ägnat problemet den mest ingående analysen pläderar för en strikt återhållsamhet, möjligen i förening med juridiskt betydelselösa missnöjesyttringar, måste konstateras att det i såväl doktrin som förarbeten, med undantag för enstaka remissyttranden och polemiska inlägg, råder en anmärkningsvärd enighet om att lagprövningsrätten inte bör få någon reell praktisk betydelse. Dess preventiva inverkan anses tydligen vara fullt tillräcklig. Betecknande är att Holmbergs förslag till utveckling av lagprövningsrätten – med bevarande av gällande regler – i stort sett inte berörts i den fortsatta debatten. Doktrinen har uppenbarligen ett visst ansvar för att att de svenska domstolarna utövat lagprövningsrätten med så stor försiktighet som hittills.

208. Se Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 681.
209. A.a.s. 680, jfr också Om domstolarnas lagprövning s. 247.
210. I sammanhanget kan också hänvisas till ett uttalande från 1991 (Om konstitutionsutskottets lagprövning s. 359), där Bengtsson förklarar att han tidigare varit »väl optimistisk» i sin tro på att den traditionella svenska modellen skulle fungera helt tillfredsställande på denna punkt. Jfr även Författningsdomstol och lagprövning s. 75: »Mina illusioner har varit litet orealistiska. I mina tidigare skriverier har jag nog inte riktigt insett hur svårt det är att frigöra sig från politiska överväganden. När jag nu märkt detta vet jag varken ut eller in i denna fråga.»

Del IV
Slutsatser

19. Svensk rätt i internationellt perspektiv

19.1 Inledning. Syftet med och planen för den fortsatta framställningen

I närmast föregående delar av avhandlingen, kap. 4-18, har en bred presentation gjorts av rättighetsskyddet i ett antal utländska rättssystem samt i svensk rätt. Denna genomgång har visat att de skyddsmekanismer som skall garantera de medborgerliga rättigheternas ställning skiljer sig väsentligt mellan olika rättsordningar. Som betonats ovan i kap. 1.3 kan tyngdpunkten i ett konstitutionellt rättighetsskydd ligga antingen i själva lagstiftningsproceduren eller i domstolarnas lagprövningsrätt. I det förra fallet är olika former av minoritetsskydd och krav på kvalificerad majoritet eller förekomsten av särskilda organ som granskar ännu inte antagna lagar huvudalternativen, medan lagprövningsrätt kan utövas antingen av särskilda författningsdomstolar eller av de allmänna domstolarna.

De rättsordningar som analyserats här erbjuder ett brett spektrum av lösningar. I de länder, där lagprövningsrätten erkänns och spelar stor praktisk roll, utövas denna av de allmänna domstolarna i USA och Norge men av en särskild författningsdomstol i Tyskland; även EG- och Europadomstolarna kan (om än med viss tvekan i det senare fallet) sägas ha en ställning av författningsdomstol i respektive rättssystem. Av länder, där de viktigaste skyddsmekanismerna finns i lagstiftningsproceduren, erbjuder Danmark ett exempel på ett rättighetsskydd som så gott som helt baseras på olika former av minoritetsskydd i lagstiftningsproceduren[1], medan Conseil Constitutionnel i Frankrike är urtypen för ett organ som granskar lagförslag. Storbritannien är det extrema exemplet på avsaknad av rättighetsskydd i här angiven bemärkelse; i Storbritannien finns ingen rättighetskatalog, ingen skriven grundlag överhuvudtaget, ingen lagprövningsrätt för domstolarna och inga verksamma skyddsmekanismer för rättigheterna i lagstiftningsproceduren. Inte heller i EG-rätten finns någon rättighetsdeklaration eller särskilt många skrivna rättighetsregler överhuvudtaget, men där har å andra sidan EG-domstolen tillerkänt sig en omfattande normprövningsrätt.

Sverige framstår vid en jämförelse som något av en blandning mellan de här behandlade utländska rättssystemen, eftersom ett visst rättighetsskydd finns både i själva lagstiftningsproceduren och genom den lagprövningsrätt som domstolar och myndigheter tillerkänns i RF 11:14. På bägge dessa nivåer framstår emellertid rättighetsskyddet vid en internationell jämförelse som svagt: Minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 3 utgör inget

1. Även Finland kan ses som ett exempel härpå, men där är det rättighetsskydd som finns i lagstiftningsproceduren av olika skäl inte särskilt starkt; se i kap. 6.

särskilt svårt hinder för majoriteten att driva igenom ett lagförslag och är inte heller avsedd att fungera som ett sådant.[2] Grundlagarna är förhållandevis lätta att ändra. Lagrådet saknar vetorätt och dess hörande är inte ens obligatoriskt i fråga om de lagförslag som hör till dess granskningsområde. Lagprövningsrätten är inskränkt genom uppenbarhetskravet och har hittills inte tillämpats av domstolarna på ett sätt som gör att den kan sägas ha en praktiskt viktig funktion. Grundlagstiftarna har, medvetet eller inte, tillsett att rättighetsskyddet är svagt på båda de tänkbara nivåerna. Domstolarna har inte heller varit särskilt aktiva för att öka lagprövningsrättens betydelse. Den sammanlagda effekten av de olika former av rättighetsskydd som finns i svensk rätt blir därför inte särdeles stark.

Det svenska rättighetsskyddet ser emellertid ut som det gör. Någon djupgående reformering lär heller inte vara aktuell inom överskådlig framtid.[3] Det förefaller därför inte meningsfullt att de lege ferenda föreslå något direkt **införande av** vissa utländska regler, rättsinstitut eller organ i svensk rätt (vartill kommer att sådana förslag skulle strida mot den principiella uppfattning som redovisas närmare i kap. 20, enligt vilken utformningen av rättsliga institutioner i viss mån bör anpassas till rättstraditionerna i respektive land). Det sagda hindrar dock inte att vissa regler i RF kan jämföras, de lege lata, med regler och företeelser i utländsk rätt; detta gäller främst möjligheterna att ändra grundlagen, RF 8:15, minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 3 samt lagstiftarens generella möjligheter att begränsa rättigheterna, 2:12 st. 1-2 och 2:13-14. Vad gäller lagrådets roll, kan denna de lege ferenda jämföras med den ställning Conseil Constitutionnel har i fransk rätt.[4]

Därutöver finns emellertid ytterligare (minst) ett sätt att analysera den svenska rätten mot bakgrund av utländsk rätt, nämligen att på svensk rätt försöka applicera några av de rättighetsteorier som under skilda perioder haft stor betydelse i främst tysk och amerikansk rättspraxis. Tanken är dels att utröna om de i tysk och amerikansk rätt centrala begreppen *Verhältnismässigkeit, Wesensgehalt, preferred rights, Drittwirkung* och *Abwägung/balancing* har någon motsvarighet i svensk rätt de lege lata, dels att de lege eller snarare de sententia ferenda[5] diskutera möjligheterna för svenska domstolar att i sin lagprövning tillämpa dessa begrepp. Detta kan ge lagprövningen en solidare teoretisk grund att stå på, åtminstone när det är fråga om lagars förenlighet med rättighetsreglerna i RF, och därigenom bidra till att öka lagprövningens betydelse. Härigenom kan ett av avhandlingens huvudsyften uppnås.[6]

Detta kapitel ägnas därför först åt en konkret komparativrättslig analys av de nämnda

2. Se kap. 17.1.1.
3. I direktiven till FRK ingick bl.a. att undersöka möjligheterna att utvidga lagprövningsrätten genom att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet; se SOU 1993:40, bil. 1, s. 295. Utredningen föreslog dock som vi sett (se. 16.5 o. 18.2.5) ingen sådan ändring, trots att införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt hade gjort en dylik reform logisk.
4. Jfr ovan i 1.3 om likheter och grundläggande skillnader mellan de bägge organen.
5. Diskussionen förutsätter i denna del inga grundlagsändringar, varför det snarast är fråga om en diskussion de sententia ferenda. Jfr om terminologin Ross, Om Ret og Retfaerdighed s. 59 f. Samtidigt antyds på vissa ställen i den följande framställningen, främst i avsnitt 19.5, att ett avskaffande av uppenbarhetskravet i RF 11:14 verksamt kan bidra till att lagprövningsrätten får större praktisk betydelse. Denna uppfattning, som givetvis är av de lege ferenda-karaktär, ligger dock således inte till grund för det följande de sententia ferenda-resonemanget.
6. Jfr ovan kap. 1.2. Resonemanget är i denna del i princip även tillämpligt på lagrådets granskning av lagförslag.

grundlagsreglerna i förhållande till vissa utländska motsvarigheter, varefter följer ett försök att applicera några i internationell doktrin och praxis centrala rättighetsteorier på svensk statsrätt. Inledningsvis bör dock några anmärkningar om de teoretiska frågornas ställning i doktrinen och om möjligheterna till en teoretiskt grundad analys av den svenska statsrätten göras.

19.2 »Teorideficit» i svensk doktrin

Som nämnts ovan i kap. 4.5 gjorde René Gralla 1987 i sin analys av rättighetsskyddet i Danmark ett försök att analysera förekomsten (de lege lata) i dansk rätt av flera begrepp kända från tysk statsrätt.[7] Gralla konstaterade därvidlag att det i dansk doktrin i stort sett saknades diskussion om olika rättighetsteorier respektive om rättigheternas karaktär, funktioner i samhället osv; dansk doktrin led med andra ord av ett »teorideficit».[8] Påpekandet har inte ifrågasatts i den danska doktrinen.[9]

Samma iakttagelse kan i än högre grad göras i svensk statsrätt. Alldeles bortsett från att den svenska statsrättslitteraturen är föga omfattande kan konstateras att frågan om olika internationellt gångbara rättighetsteoriers tillämplighet i svensk rätt helt enkelt inte i någon större utsträckning dryftats i svensk doktrin.[10] Frågan om en *preferred position principle* för vissa rättigheter har föranlett några kommentarer, varjämte Drittwirkungproblematiken under 1990-talet tycks ha fått en viss aktualitet.[11] Därutöver finns enstaka ansatser till teoretisk analys av rättigheternas ställning i rättsordningen[12], vilka dock inte ändrar huvudintrycket. I de två centrala grundlagskommentarerna, Holmbergs-Stjernquists Grundlagarna och Petréns-Ragnemalms Sveriges grundlagar, saknas t.ex. helt analyser av detta slag och de lyser i stort sett med sin frånvaro även i övrig doktrin.

Detta innebär dock inte att det är ogörligt att bedöma t.ex. om de medborgerliga rättigheterna i Sverige kan sägas ha ett väsensinnehåll som lagstiftaren aldrig får inkräkta på, eller om lagstiftaren vid införande av rättighetsbegränsande lagar måste iakkta kravet på *Verhältnismässigkeit*. Även om dessa frågor diskuterats helt flyktigt eller inte alls i doktrinen kan nämligen vissa slutsatser dras av andra rättskällor; grundlagstexten som sådan erbjuder vissa hållpunkter, framförallt sedd i ljuset av relevanta motivuttalanden, varjämte rättsläget på några punkter klarnat genom rättspraxis. Det finns alltså tillräckliga hållpunkter för en de lege lata-undersökning av här avsett slag.

Vad gäller de sententia ferenda-resonemanget avseende domstolarnas lagprövningsrätt är detta såtillvida enklare som bristen på diskussion i svensk doktrin här knappast utgör något problem. Här är det fråga om att diskutera **möjligheten** för svenska domsto-

7. Se Der Grundrechtsschutz in Dänemark, särskilt s. 81-185 o. 441-52 samt ovan kap. 4.5.
8. Ibid s. 81 ff. Denna term tycks dock ha myntats av Christensen i Juristen 1989 s. 1 f.
9. Något som däremot är fallet med resultatet av Grallas analys; se kap. 4.5.
10. Så tycks inte heller historiskt sett ha varit fallet; jfr kap. 16.2 in fine.
11. Jfr kap. 19.8-9.
12. Se främst Strömberg, Grundlag och medborgarrätt samt Fogelklou, a.a.

lar (eller, för den delen, för lagrådet[13]), att i lagprövningsfall använda sig av några kriterier och principer för bedömning av tillåtligheten av rättighetsbegränsningar vilka erkänns och tillämpas i vissa utländska rättssystem, varför det är givet att resonemanget i denna del är friare i förhållande till de svenska rättskällorna. Även detta resonemang förs dock inom vissa givna ramar; avsikten är inte att plädera för att domstolarna regelmässigt bör ägna sig åt lagprövning. Inte heller förutsätter resonemanget att uppenbarhetskravet i RF 11:14 avskaffas, ehuru denna åtgärd sannolikt vore det enklaste sättet att ge domstolarnas lagprövningsrätt ökad praktisk betydelse. Däremot krävs att domstolarna tolkar detta rekvisit mindre strikt än hittills. Även denna fråga behandlas närmare i detta kapitel.

19.3 Allmän genomgång av de medborgerliga rättigheternas rättsliga ställning i svensk rätt jämförd med vissa andra länder

19.3.1 Allmänt

Rättighetskatalogen i 2 kap. RF kan beskrivas som en typisk »efterkrigsmodell». Härmed förstås att den innehåller ett ganska stort antal rättigheter och att möjligheterna för lagstiftaren att begränsa dessa är angivna med någon grad av precision. Andra rättighetskataloger av samma typ är Europakonventionen och 1 kap. i GG, den tyska grundlagen. Motsatsen är de äldre rättighetskataloger, t.ex. den amerikanska Bill of Rights i dess ursprungliga lydelse eller kap. E i den norska grundlagen, som innehåller ett litet antal rättigheter och inte närmare anger när rättigheterna kan begränsas genom lag.[14]

När undersökningen i detta avsnitt särskilt inriktas på rättighetsskyddet i grundlags*texten* avses endast frågan om lagstiftarens möjligheter att begränsa de grundlagsskyddade rättigheterna samt möjligheten att genom grundlagsändring ändra eller avskaffa skyddet för någon rättighet. Att i detta avsnitt paragraf för paragraf jämföra vilka rättigheter som har grundlagsstatus i olika länder förefaller överflödigt; de stora skillnaderna mellan olika västerländska rättssystem ligger knappast här och på denna punkt kan hänvisas till den föregående framställningen i kap. 4-12.

13. Som framgått ovan i 1.3 och även framhålls nedan i 19.4 kan en vetorätt för lagrådet inför framtiden vara ett fullt tänkbart alternativ till utökad lagprövningsrätt för domstolarna. Det nedan förda de lege ferenda-resonemanget om olika rättighetsteoriers tillämplighet i svensk rätt är därför i princip lika relevant för lagrådets del som för domstolarnas.
14. Som ett undantag framstår här den franska rättighetsdeklarationen av 1789, som var påfallande modern i sin utformning. Något av en mellanställning intar rättighetsbestämmelserna i den danska Grundloven från 1953, som tycks vara mer inspirerade av äldre danska konstitutioner än av Europakonventionen, GG eller för den delen FN-deklarationen av 1948 – vilka alla antagits några år tidigare – och i vilka begränsningsmöjligheterna inte är tydligt angivna; se kap. 4.1.1.

19.3.2 Möjligheterna att begränsa rättigheterna genom lag

De rättighetskataloger som det är naturligast att jämföra 2 kap. RF med såvitt gäller lagstiftarens möjligheter att begränsa rättigheterna är Europakonventionen och kap. 1 GG. I Europakonventionen anges i art. 8-11 att vissa rättigheter (skyddet för privat- och familjelivet, samvets- och religionsfriheten, yttrandefriheten samt mötes- och föreningsfriheten) endast kan begränsas genom lag när detta i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt av hänsyn till vissa viktiga värden (allmän ordning och säkerhet, hälsoskydd, hänsyn till andras rättigheter osv). Enligt en generell bestämmelse i art. 18 får vidare de inskränkningar vilka konventionen medger aldrig vidtas för andra syften än de som enligt art. 8-11 är tillåtna.

Innebörden av dessa allmänt hållna regler har till viss del preciserats i Europadomstolens praxis.[15] Mer givande för svensk del är dock troligen att jämföra begränsningsmöjligheterna i RF med motsvarande regler i den tyska grundlagen, vilka i högre grad preciserats i doktrin och praxis.[16]

Som framgått ovan i kap. 7.2.2 kan man i GG skilja mellan rättigheter med enkelt lagförbehåll, rättigheter med kvalificerat lagförbehåll och rättigheter utan lagförbehåll. De förra kan enligt sin ordalydelse i princip alltid begränsas genom lag, medan rättigheter med kvalificerat lagförbehåll endast kan begränsas genom lag och för vissa bestämda syften. Rättigheter utan lagförbehåll kan enligt grundlagstexten inte begränsas, en utgångspunkt som dock inte kunnat upprätthållas i praxis. I svensk statsrätt görs i stället en distinktion mellan absoluta och relativa (dvs begränsningsbara) rättigheter; vilken kategori en rättighet hör till framgår av 2:12 st. 1.[17] Av intresse är här enbart de relativa rättigheterna.

Av betydelse är att de allmänna principer i GG som på olika sätt förstärker rättighetsskyddet i tysk rätt (t.ex. reglerna om det okränkbara människovärdet i art. 1 st. 1 och om rättigheternas okränkbara väsensinnehåll i art. 19 st. 2) gäller även för de rättigheter som har enkelt lagförbehåll. I Sverige gäller i stället jämlikt 2:12 st. 2 för flertalet av de relativa rättigheterna ett antal lagförbehåll som kanske kan kallas kvalificerade, varjämte ytterligare kvalifikationer för lagförbehållen föreskrivs för yttrande-, informations-, mötes-, demonstrations- och föreningsfriheten i 2:13-14. Enkelt lagförbehåll gäller däremot för rättigheterna i 2:3 st. 2, 2:17-21 samt beträffande vissa rättigheter generellt för utlänningar enligt 2:22 st. 2.

Rättigheterna med enkelt och kvalificerat lagförbehåll kan därför i stort sett sägas ha formellt samma ställning i tysk och svensk rätt, med det inte oväsentliga undantaget att något väsensinnehåll inte skyddar t.ex. egendomsskyddet i RF 2:18.[18] Dessutom är de regler i RF 2:12 st. 2 som här givits benämningen kvalificerade lagförbehåll betydligt mer generellt utformade än de kvalificerade lagförbehållen i tysk rätt, vilka är individuellt utformade för varje enskild rättighet.[19] Vad gäller de rättigheter som i tysk rätt saknar lagförbehåll och i svensk rätt beskrivs som absoluta, tycks rättsläget vara något klarare

15. Se kap. 12.2.
16. Jfr ovan i kap. 1.4.2.1 in fine om varför praxis från BVerfG och S.Ct. från vissa utgångspunkter är mer givande för denna avhandling än avgöranden från Europadomstolen.
17. Se kap. 14.1.1 (här bortses från de »svaga» rättigheterna i 2:3 st. 2 samt 2:17-21).
18. Se närmare om förekomsten av väsensinnehåll i svensk rätt nedan i 19.7.
19. Se kap. 7.2.2.1.

i svensk rätt. I Tyskland har avsaknaden av lagförbehåll i grundlagstexten givit upphov till en livlig diskussion i doktrinen, som lett till enighet om att begränsningar även av dessa rättigheter måste vara tillåtna men att dessa aldrig får inkräkta på rättighetens skyddszon.[20] Regleringen i 2 kap. RF av de absoluta rättigheterna är, med undantag för religionsfriheten, den praktiskt kanske mest betydelsefulla av de absoluta rättigheterna, på många sätt klarare och mindre ägnad att skapa tvivel om möjligheterna att trots allt begränsa rättigheterna.[21]

Vad gäller minoritetsskydd är huvudregeln i svensk rätt att rättighetsbegränsande lagar antas med enkel majoritet i riksdagen (se RF 2:12 st. 1 jfr m. 4:5). Denna huvudregel gäller också i Tyskland, Frankrike, Storbritannien, Norge och USA och kan således beskrivas som normal. (Inslag av minoritetsskydd i form av tvåkammarsystem och/eller temporär vetorätt för en minoritet finns i samtliga nu nämnda rättsordningar, men detta ändrar ingenting i huvudsaken.) Undantagen från huvudregeln är Danmark och Norge samt i viss mån Finland[22], vars rättighetsskydd dock är så särpräglat att en jämförelse med svensk rätt eller andra rättssystem är svår att göra.

Norge skiljer sig från de flesta stater med tvåkammarsystem[23] genom att den ena kammarens veto inte bara leder till att antagandet av lagen skjuts upp en tid utan också till ett krav på två tredjedels majoritet i hela parlamentet. Häri ligger givetvis ett visst skydd mot rättighetsbegränsande lagar, ehuru detta förutsätter Lagtingets, dvs »kontrollinstansens» veto och f.ö. inte tycks ha spelat särskilt stor praktisk roll.[24] Vad gäller Finland är minoritetsskyddet förvisso starkt, genom att 1/3 av riksdagsledamöterna kan framtvinga att ett lagförslag skall vila tills riksdagsval ägt rum, varefter det även efter valet krävs två tredjedels majoritet för att lagen skall antas. Skall en rättighetsbegränsande lag antas omedelbart krävs först 5/6 och sedan 2/3 av rösterna i riksdagen. Eftersom denna senare ordning så småningom blivit den normala rutinen och erforderlig majoritet sällan varit svår att uppnå, samtidigt som rättighetsskydd i andra former än detta krav på kvalificerad majoritet saknas, går det dock knappast att hävda att detta minoritetsskydd skapat något i egentlig mening starkt rättighetsskydd.[25]

En jämförelse mellan RF och den danska grundlagen är dock möjlig att göra på denna punkt. Både Danmark och Sverige har renodlade enkammarparlament. Minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 2 innebär som vi sett bara att en i och för sig relativt liten minoritet om 1/6 av riksdagens ledamöter kan framtvinga att ett lagförslag skall vila i ett år. I Danmark kan en dubbelt så stor minoritet, dvs 1/3 av riksdagsledamöterna, alltid begära att en folkomröstning skall hållas om ett förslag till rättighetsbegränsande lag (bortsett från expropriationslagar, då motsvarande minoritet i stället kan kräva att lagen inte skall antas förrän nyval ägt rum).[26] Som synes är dessa minoritetsskyddsregler vä-

20. Se kap. 7.2.2.1, särskilt s. 221 vid not 63–66.
21. Jfr om religionsfriheten kap. 14.1.2 på s. 552 f. Se om – den förbehållslösa – religionsfriheten i tysk rätt från här berörd utgångspunkt kap. 7.2.2.1 på s. 220 f.
22. Här bortses från EG-rätten som i detta avseende är av mindre intresse p.g.a. de speciella normgivningsförhållandena och den direkta EG-normgivningens relativt ringa betydelse för rättighetsskyddet inom EG-rätten. Jfr kap. 11.3-4.
23. Jfr dock kap. 10.3.1.2 om USA.
24. Se kap. 5.1.2 in fine. Som framgår i avsnittet om Norge har både domstolarnas lagprövningsrätt och den s.k. legalitetsprincipen haft större praktisk betydelse.
25. Se kap. 6.
26. Se kap. 4.2.2.1.

sentligt mer långtgående än de svenska, vilket dock snarare kan förklaras med att de danska reglerna är unika i sitt slag än med att minoritetsskyddet i den svenska grundlagen på just denna punkt är extremt svagt.

19.3.3 Möjligheterna att ändra grundlagen

Ett område där den svenska avvikelsen från omvärlden framstår som större och där bekännelsen till majoritetsprincipen som statsskickets grundnorm[27] märks tydligare är reglerna om grundlagsändringar. I RF 8:15 finns överhuvudtaget inget krav på kvalificerad majoritet för ändring av grundlagarna; det enda krav som ställs är att två likalydande beslut härom skall fattas med riksdagsval emellan. Det skydd som i detta avseende finns för rättigheternas (i RF, TF och YGL) **existens** kan inte sägas vara överdrivet starkt.

Det finns faktiskt, bortsett från Storbritannien, inte något annat exempel bland de här undersökta staterna på att grundlagarna kan ändras av en enkel majoritet i parlamentet. Om USA (art. V i konstitutionen) och Danmark (§ 88 i Grundloven) härvidlag kan beskrivas som ytterligheter genom att grundlagarna är extremt svåra att ändra och Finland även på detta område framstår som ett specialfall, kan man notera att grundlagsändringar kräver kvalificerad majoritet i Norge (2/3, § 112 i Grundloven), Tyskland (2/3 i bägge kamrarna, § 79 st. 2 GG) och Frankrike (3/5 i det samlade parlamentet, ehuru enkel majoritet i detta **och** i en folkomröstning är tillräckligt, art. 89 i konstitutionen). Å andra sidan kan givetvis hävdas att det inte i något av dessa länder förutom Danmark krävs att det slutgiltiga beslutet skall föregås av ett riksdagsval, men det är trots allt – bortsett från Storbritannien – i den här behandlade skaran av länder unikt för Sverige att en riksdagsmajoritet om 51 % kan genomföra en grundlagsändring (förutsatt alltså att denna partigrupp behåller sin knappa majoritet över valet).[28] Detta förhållande borde

27. Jfr kap. 18.4.
28. Jfr Eivind Smith, Modeller for normkontroll – domstoler som korrektivmulighed, i Författningsdomstolar och lagprövning s. 60: »Etter mitt skjønn mister selve tanken om en »grunnlov» som et sett av rettsnormer som er overordnet den alminnelige lovgivning, her noe av sin mening.» – I Danmark krävs enligt § 88 i Grundloven i och för sig inte vid något tillfälle kvalificerad majoritet i folketinget, men däremot i den obligatoriska folkomröstningen. Dessutom är kraven för grundlagsändring även i övrigt mycket strikta (så strikta att ingen grundlagsändring ägt rum sedan Grundloven antogs 1953); se kap. 4.2.2.2. – I tysk doktrin är uppfattningen att ett system som det svenska är orimligt och närmast ger uttryck för en form av statsrättslig nihilism inte ovanlig. Således menar Weber-Fas, a.a.s. 33, att de högre kraven för ändring av GG, jämfört med vanliga lagar, i hög grad motiveras av de särskilda syftena med en grundlag: »Ohne ein Mindestmass substantieller Unabänderlichkeit und – soweit Modifikationen nicht principiell ausgeshlossen sind – ohne erschwerende Regeln für Verfassungsänderungen wurde eine Verfassung diesen fundamentalen Zweck verfehlen...Die gesetzgeberische Herrschaft der jeweiligen Majorität wurde zum Ausdruck des verfassungsrechtlichen Nihilismus.» Se även Christian Starck, Introduction, Main principles of the German Basic Law s. 9: »As long as the precedence of the constitution is not secured over laws passed by majorities and remains ineffective in organizational terms, constitutional law is not binding law, but merely a political programme in the hands and at the discretion of the parliamentary majority. The first prerequisite for the precedence of the constitution is the theoretical and legal distinction between the power to lay down and amend the constitution and the power to lay down statutes.» Ingen av dessa författare har riktat sin kritik speciellt mot Sverige, men från utgångspunkter som dessa förefaller givetvis ett system som det svenska helt otillräckligt såväl avseende rättighetsskyddet som beträffande skyddet för den demokratiska samhällsordningen (även om grundlagarna trots allt är svårare att ändra än vanliga lagar). Skillnaden mellan tysk och svensk hållning på

kanske ha ägnats något större uppmärksamhet i den svenska konstitutionella debatten.[29] Det kan också poängteras att vilande grundlagsförslag inte tillhört huvudfrågorna i några svenska riksdagsval i modern tid.[30] I sammanhanget bör dock, för helhetsbildens skull, hänsyn även tas till den ännu inte tillämpade möjligheten för en minoritet om 1/3 av riksdagsledamöterna att kräva att beslutande folkomröstning om ett vilande grundlagsförslag skall hållas (RF 8:15 st.3-4); att denna bestämmelse i vissa situationer kan fylla en viktig funktion går inte att bortse från.

19.4 Lagrådet som ett svenskt Conseil Constitutionnel?

Rättighetsskyddet i lagstiftningsproceduren kan således bestå av ett starkt minoritetsskydd (antingen mot rättighetsbegränsande lagar eller mot grundlagsändringar), eller av särskilda laggranskande organ. Av de här behandlade länderna är Sverige och Frankrike de enda vars laggranskande organ, lagrådet och Conseil Constitutionnel, har någon reell betydelse för rättighetsskyddet.[31] Samtidigt är skillnaderna mellan dessa organ som framgått mycket stora. Eftersom lagrådet, som berörts ovan i 1.3 och 17.1.2, tycks vara på väg att stärka sin ställning måste dock frågan de lege ferenda ställas, om lagrådet skulle kunna bli en svensk motsvarighet till C.C.

Viktigast av de många skillnaderna mellan lagrådet och C.C. är kanske inte de rent formella, organisatoriska olikheterna (ehuru det faktum att C.C. åtminstone för tre år har en fast, ordinarie sammansättning, medan ledamöterna i lagrådets avdelningar ständigt skiftar givetvis har stor betydelse; C.C. kan ju härigenom lättare utveckla en egen, konsistent praxis).[32] Allra viktigast är skillnaderna i fråga om befogenheter och allmänna möjligheter att påverka utfallet av lagstiftningsproceduren.

Vad som är särskilt iögonenfallande är Conseil Constitutionnels **vetorätt** mot enligt rådet grundlagsstridiga lagförslag. Några garantier för att de respektive organen kommer att pröva en rättighetsbegränsande lags eller ett lagförslags grundlagsenlighet finns

denna punkt förklaras dels med majoritetsprincipens dominans eller hegemoni i det svenska statsskicket (jfr bl.a. kap. 18.4), dels med att grundlagen i Tyskland, på ett helt annat sätt än RF i Sverige, uppfattas som garantin för demokratin. I (Väst)Tyskland symboliserade antagandet av GG 1949 övergången till ett demokratiskt statsskick och ett definitivt brott med den långvariga nazidiktaturen, medan införandet av en ny grundlag i Sverige i princip bara betraktades som en nödvändig modernisering och tidsanpassning av en ålderdomlig text. Se närmare kap. 7.1.1 respektive 16.2.

29. Jfr Smith, Høyesterett og folkstyret s. 29.
30. Jfr Petrén, Minoritetsskydd i en modern författning, SvJT 1988 s. 719 f.
31. Det finska laggranskningsrådet (se ovan kap. 6.1.2 s. 194 vid not 15) utför en laggranskning av i huvudsak teknisk karaktär, som inte har någon större konkret betydelse för rättighetsskyddet utöver att ibland utmynna i förslag om att en lag bör antas i viss ordning.
32. Exakt vilken betydelse det förhållandet har, att C.C. hörs över av parlamentet antagna lagar, vilka ännu inte trätt i kraft, medan lagrådet normalt hörs över förslag som regeringen avser att förelägga riksdagen är svårt att avgöra; om lagrådet kritiserar ett förslag och får gehör för sina synpunkter är ju effekten egentligen – minst – lika god som om lagen aldrig träder i kraft. En likhet mellan de bägge organen som kan framhävas är ledamöternas oberoende ställning; ledamöterna i C.C. är valda på nio år, medan ledamöterna i lagrådet normalt är ordinarie domare som inte kan avsättas (jfr RF 11:5).

varken i Sverige eller Frankrike, även om en minoritet om sextio ledamöter i någon av det franska parlamentets kamrar kan kräva att C.C. skall höras.[33] Bägge institutionerna granskar sannolikt lagar och lagförslag från ungefär samma utgångspunkter. Lagrådet torde generellt sett inte heller höras om färre, eller mindre betydelsefulla lagförslag än C.C. (med reservation för att lagrådet sällan hörs om ändringar av RF). Den framträdande ställning C.C. har i den franska rättsordningen, som lagrådets inflytande i svensk rätt inte tillnärmelsevis motsvarar, kan knappast förklaras på annat sätt än genom vetorättens betydelse.[34] Lagrådets arbete saknar, som framgått i kap. 17.1.2, definitivt inte betydelse från rättighetsskyddssynpunkt, men det går inte att komma ifrån att det i sista hand är riksdagsmajoriteten som avgör om ett lagförslag skall antas eller inte; lagrådets inflytande vilar så att säga i händerna på regeringen och riksdagsmajoriteten och beror till stor del på dessa institutioners välvilja.[35]

Frågan om en vetorätt för lagrådet har knappast diskuterats på allvar i Sverige. I doktrin och lagförarbeten har åtskillig möda lagts ner på att inskärpa vikten av att lagrådet endast granskar lagförslagens juridiska sida, inte deras politiska aspekter. Tanken på en vetorätt för lagrådet har, i ett land där majoritetsprincipens primat ständigt lyfts fram i dessa sammanhang och inte minst för juristerna tycks vara ett kategoriskt imperativ, troligen bedömts som alltför fantasifull för att dryftas seriöst.[36] Tanken har t.ex., föga överraskande, avfärdats av (de dåvarande) justiteråden Hult och Bengtsson. Hult menade vid en KU-utfrågning 1986 att en sådan vetorätt skulle strida mot Sveriges politiska system[37], medan Bengtsson 1987 diskuterade frågan mer grundligt. Bengtsson menade att tanken från rättssäkerhetssynpunkt hade fördelar jämfört med t.ex. införandet av en författningsdomstol, eftersom det inte blev fråga om att ogiltigförklara en lag utan om att hindra att denna trädde i kraft. Härigenom skulle också riksdagens anseende skadas mindre än om en lag som riksdagsmajoriteten röstat för underkändes.[38] Nackdelarna övervägde dock enligt Bengtsson, i och med att juristerna i lagrådet skulle få för stor politisk makt och f. ö. troligen inte är kompetenta att pröva de »komplicerade ekonomiska och sociala sammanhang» som de efter en sådan reform skulle behöva ta ställning

33. Detta är i praktiken om inte annat en garanti för att den politiska oppositionen kan kräva att C.C. skall granska ett lagförslag. I Sverige skall lagrådet normalt höras när en utskottsminoritet i riksdagen kräver det, se RO 4:10 st. 2, men denna regel innebär ingen exakt motsvarighet till den franska ordningen.
34. Även det faktum att inga andra former av normprövning existerar i Frankrike kan dock ha en viss betydelse härför; jfr kap. 8.5. Även i Sverige har dock lagprövningen i stort sett saknat praktisk betydelse. Som ett uttryck för lagrådets jämfört med C.C. underordnade ställning kan vidare de underhandskontakter som förekommer mellan departementen och lagrådet i vissa lagstiftningsärenden (jfr ovan i 17.1.2.1 under c) ses; något liknande vore givetvis otänkbart i Frankrike.
35. Jfr Bengtsson, Om lagrådsgranskningens gränser s. 192. Smith ser en historisk förklaring till lagrådets formellt svaga ställning i att lagrådet 1909 bara övertog HD:s tidigare granskningsuppgift, som i sin tur var ett uttryck för den i Sverige ovanligt långtgående integrationen mellan lagstiftande och dömande organ. Se Høyesterett og Folkestyret s. 66. Förklaringen är sannolikt riktig.
36. Se dock Jägerskiöld i StvT 1965 s. 252 samt Mot. 1986/87:K 232 av Bertil Fiskesjö m.fl. (c), där bl.a. en form av vetorätt föreslogs.
37. Utfrågning 18 mars 1986, se KU 1985/86:25 bil. A5 s. 99.
38. Se Om lagrådsgranskning s. 68 f. Se även i SvJT 1987 s 241 f.

till.[39] Dessutom skulle vetorätt medföra en risk för politisering av utnämningarna till justitie- och regeringsråd. Även om så inte skedde skulle troligen lagrådets anseende minska: »Att lagrådet fungerar som det gör sammanhänger just med att det *inte* har avgörandet i sin hand.»[40]

Dessa argument är traditionella och välkända; framstående jurister motsätter sig politiskt inflytande för jurister och andra konstitutionella nymodigheter. På en konkret punkt kan dock erfarenheterna från Frankrike tjäna som motargument; det franska författningsrådets anseende har knappast undermineŕats av den kraftigt ökade aktivismen i rådets prövning från och med början av 1970-talet, snarare tvärtom.[41]

Detta är fallet trots att prövningen i C.C., till följd av vetorätten och den centrala ställning som rådet överhuvudtaget har i fransk statsrätt, generellt sett är avsevärt mindre präglad av återhållsamhet än lagrådets prövning av lagförslag. Som belysande exempel härpå kan hänvisas till avgörandet 1982 om den nyvalda socialistregeringens nationaliseringsprogram (en av regeringen högprioriterad politisk åtgärd) som delvis ansågs strida mot rättighetsdeklarationen därför att ersättningsnivåerna till drabbade aktieägare var för låga.[42] Lagrådet prövade under 1980-talet tre kontroversiella lagförslag som berörde grundlagens egendomsskydd, nämligen förslagen om löntagarfonder, fritt handredskapsfiske och engångsskatt på pensionssparande. Trots att endast förslaget om löntagarfonder hade en politisk dignitet jämförbar med det franska nationaliseringsprogrammet intog lagrådet i samtliga tre fall en försiktig hållning: Löntagarfonderna godkändes utan närmare prövning, medan förslaget om fritt fiske godkändes ehuru det sades tillhöra en »gråzon» mellan det grundlagsenliga och grundlagsstridiga.[43] Endast förslaget om skatt på pensionssparande avstyrktes, men inte på grund av grundlagsstridighet utan för att det kunde leda till en olycklig utveckling (och dessutom i mycket försiktiga ordalag, som möjliggjorde för finansministern att »parera» avstyrkandet genom några uttalanden i propositionen).[44]

Ett annat exempel på en form av aktiv granskning som C.C. tillämpar, som lagrådet sällan eller aldrig givit prov på, är den i 8.5.4 behandlade laggranskningsmetoden *conformité sous reserves*, vilken innebär att C.C. godtar en lag under förutsättning att de lagtillämpande myndigheterna godtar den tolkning av lagen som C.C. gjort. I beslutet 1993 om förslaget till ny utlänningslag ansåg t.ex. C.C. att hela tio bestämmelser i försla-

39. Bengtsson angav inte varför lagrådsledamöterna skulle bli mindre kompetenta om de fick vetorätt. Kanske menade han att de även under nuvarande förhållanden saknar denna kompetens, men att detta inte gör så mycket så länge de inte har mer makt än i dag.
40. A.a. Se t.ex. i SvJT 1987 s. 240 f: »Lagrådets granskning är väsentligen av rent teknisk natur; politiska överväganden skall man hålla utanför bedömningen, och det brukar gå bra just därför att det inte förutsätts en fullständig prövning av lagens lämplighet. Kommer man in på ett område där politiska värderingar får betydelse, kan lagrådet begränsa sig till att framhålla att frågan inte hör till dem som lagrådet bör yttra sig över...Framför allt bör emellertid framhållas att lagrådets verksamhet just är av *rådgivande* natur. Dess bedömningar binder inte regeringen, och därför kan lagrådet med betydligt mindre vånda avstyrka en lagstiftning än en domstol skulle ha haft som underkänt den. Det är inte bara så att lagrådets verksamhet därigenom ter sig väl förenlig med ideologin bakom grundlagen; den kan inte heller från allmänhetens sida betraktas som något hinder för att väljarmajoritetens åsikter slår igenom.»
41. Se närmare ovan kap. 8.5.1-3.
42. Loi de nationalisations, 81-132 DC, Rec. 18, se kap. 8.4.
43. Prop 1983/84:50 s. 145 resp 1984/85:107 s. 153, se ovan kap. 17.1.2.2 s. 637 f o. 648 f.
44. Prop 1986/87:61 s. 78-91, se kap. 17.1.2.2 på s. 649 ff.

get var grundlagsenliga endast under förutsättning att de tolkades så som C.C. önskade.[45] Detta är något helt annat och juridiskt betydligt kraftfullare än exempelvis de bekymmer lagrådet gav uttryck för i sitt försiktiga avstyrkande av förslaget till engångsskatt på pensionssparande; vad lagrådet där främst vände sig mot var ju att lagrådsremissen **inte innehöll något uttalande** som tog avstånd från vad som kunde bli en olycklig konstitutionell utveckling.[46] Conformité sous reserves är f.ö. betydligt vanligare i C.C. än vad avstyrkande är för lagrådets del.

Dessa skillnader mellan Conseil Constitutionnels och lagrådets granskning kan givetvis enkelt förklaras med den helt skilda ställning som organen har i respektive konstitutionella system, men detta hindrar inte att lagrådet i vissa fall även i dag borde kunna snegla mot C.C. för att hämta viss inspiration. Avsaknaden av vetorätt är inte i sig någon anledning för lagrådet att gå mer försiktigt fram än nödvändigt.

I det nyssnämnda fallet med utlåtandet 1993 om den nyvalda borgerliga regeringens förslag till ny invandringslag, «loi Pasqua», hjälpte dock inte vetorätten C.C. när rådet befann sig på kollisionskurs med de politiska makterna.[47] Som framgick i avsnitt 8.5.3-4 underkändes inte lagen, men C.C. gav den en tolkning som innebar att det av regeringen önskade syftet att begränsa invandringen inte kunde uppnås. Irritationen inom regeringspartierna ledde till att en grundlägsändring, avsedd att undanröja effekterna av utlåtandet, genomfördes.[48] För första gången satte sig därmed franska politiker över ett beslut från C.C.[49]

Här finns en intressant likhet med lagrådets yttrande våren 1994 över de föreslagna grundlagsändringarna avsedda att kriminalisera innehav av barnpornografi. Lagrådet avstyrkte dessa i mycket bestämda ordalag, framför allt av det skälet att tiden för grundlagsändring egentligen gått ut.[50] Som framgått i kap. 17.1.2 har lagrådet inte sällan uppnått effekt just då tonläget höjts något. KU tog dock inget intryck av lagrådets kritik; det enda skälet till att det kritiserade förslaget inte genomfördes fullt ut var att den erforderliga majoriteten i utskottet saknades.[51]

I bägge de nämnda fallen vägde alltså de rättsliga synpunkterna lätt när lagstiftarviljan (eller den rent politiska viljan) i en viss fråga var särskilt uttalad. Normalt har dock givetvis C.C. genom sin vetorätt, som endast kan övertrumfas genom grundlagsändring, helt andra möjligheter än lagrådet att »påtvinga» de politiska organen sin uppfattning om grundlagsenligheten i ett lagförslag.

Som genomgången i kap. 17-18 visat har dock lagrådets granskningsverksamhet i sin nuvarande form större betydelse för rättighetsskyddet i Sverige än domstolarnas lagprövningsrätt. Detta hindrar inte att det är anmärkningsvärt att frågan om vetorätt för lagrådet inte diskuterats mer än hittills; beror detta kanske på att existensen av ett verkligt starkt rättighetsskydd aldrig diskuterats på allvar eller ens betraktats som önskvärt i svensk rätt? Annars vore väl den uppfattningen naturlig, att lagprövningsrätten gott kunde fortsätta att vara lika betydelselös som i dag, men då kompletteras med en verkligt kraftfull preventiv normkontroll i form av rättsligt bindande lagrådsgranskning? Diskus-

45. 93-325 DC, 13 augusti 1993, Rec. 224.
46. Prop 1986/87:61 s. 78-91.
47. 93-325 DC, 13 augusti 1993, Rec. 224.
48. Huruvida grundlagsändringen verkligen kan få denna effekt är dock tveksamt; jfr ovan i 8.5.3.
49. Som antytts ovan i 8.5.3 in fine är detta givetvis inte i sig särskilt anmärkningsvärt, utan tvärtom något som kan ses som naturligt i en demokrati.
50. Se KU 1993/94:28 bil. 2, anf ovan i 17.1.2.2 under b.
51. Se ovan i 15.2 och 17.1.2.2.

sionen inte minst under våren 1995, efter lagrådets underkännande av ett förslag till kommunal skatteutjämning, visar emellertid att denna fråga nu fått ökad aktualitet. Som anfördes ovan i 1.3 finns det också, den hittillsvarande bristen på reell diskussion till trots, åtskilliga tecken på att någon form av vetorätt för lagrådet kanske är enklare för många berörda att acceptera än en utvidgad lagprövningsätt för domstolarna. Införandet av en vetorätt för lagrådet framstår i dag från rättighetsskyddssynpunkt som ett intressant alternativ till ett avskaffande eller en omtolkning av uppenbarhetskravet i RF 11:14. Om en sådan vetorätt någon gång skulle införas måste Conseil Constitutionnel vara den närmaste förebilden för lagrådet att inrikta sin granskningsverksamhet efter.

19.5 Uppenbarhetskravet i Regeringsformen 11:14 – en »clear mistake rule»?

Som framgått i kap. 18 kan inte den exakta rättsliga innebörden av uppenbarhetskravet i RF 11:14 sägas vara helt klar. Olika uttalanden i förarbeten talar emot varandra.[52] I doktrinen finns olika uppfattningar.[53] Rättspraxis visar att domstolarna tolkat kravet extensivt och tillmätt det stor betydelse, men utan att ha förmått klargöra dess innebörd.

Den dominerande attityden i både doktrin och förarbeten tycks dock vara att lagprövningen egentligen inte bör ha någon reell betydelse. Rättspraxis tyder på att domstolarna tillägnat sig detta synsätt; domstolarna tycks ha anammat KU:s uttalande från 1979 om att riksdagens tillämpning av visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en **möjlig tolkning** av bestämmelsen i fråga.[54] Även i doktrinen dominerar uttalanden som pekar i denna återhållsamma riktning, främst i de analyser som gjorts av Bertil Bengtsson, den författare som behandlat frågan mest ingående. Frågan är dock om denna tolkning och tillämpning av uppenbarhetskravet, som ligger nära James Bradley Thayer's definition 1893 av lagprövningsrätten som en »clear mistake rule»[55], egentligen är den lämpligaste eller rimligaste.

Som vi sett menade Thayer att domstolarna endast kunde åsidosätta lagar som var så uppenbart grundlagsstridiga att lagstiftaren måste ha gjort ett **klart eller uppenbart misstag** vid lagens antagande.[56] Det är självklart att Thayer här pläderade för återhållsamhet från domstolarnas sida; däremot är det oklart om han egentligen syftade på rena misstag, felbedömningar och irrationella överväganden från lagstiftarens sida eller på uppenbar materiell grundlagsstridighet.[57] Oavsett vilket blir dock utrymmet för materiell lagprövning enligt hans synsätt mycket litet.

Faktum är dock att vissa uttalanden i svensk debatt, främst av Bengtsson, tycks gå

52. Jfr SOU 1975:75 s. 108 f med KU 1978/79:39 s. 13.
53. Vissa nyansskillnader i förhållande till Bengtssons av naturliga skäl inflytelserika analyser framträder i Westerbergs och Holmbergs resonemang i frågan. Se närmare 18.2.4 och 18.4.
54. KU 1978/79:39 s. 13, se närmare kap. 18.1.2.
55. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1893 s. 129-56. Se närmare härom kap. 3.2.1 o. 10.15.5.1.
56. A.a.s. 144: »...a mistake...so clear that it is not open to rational question.»
57. Jfr kap. 10.15.5.1 in fine. Flertalet av hans uttolkare, t.ex. Bickel och Cohen, utgår från det förra alternativet; se Bickel, a.a.s. 35-45.

ännu längre i fråga om att vilja reducera utrymmet för domstolarna att åsidosätta i behörig ordning stiftade lagar. (Andemeningen i det nämnda KU-uttalandet[58] tycks dock ligga nära Thayer's uppfattning; om lagstiftaren gjort ett klart misstag vid bedömningen av lagens grundlagsenlighet kan knappast lagen hålla sig inom ramen för en möjlig tolkning av ifrågavarande grundlagsstadgande.) Bengtsson menar att 11:14 endast kan tillämpas då den underkända lagregeln är helt oförenlig med grundlagstexten, saknar stöd i grundlagens motiv och inte kan föranleda olika bedömningar hos omdömesgilla och kvalificerade juridiska bedömare.[59]

Nackdelen med en strikt tillämpning av the clear mistake rule är bl.a. att lagprövningen, vid bedömningen av lagar vars grundlagsenlighet är tveksam, måste inriktas på graden av irrationalitet i lagstiftarens handlande och bedömningar, vilket om inte annat lär vålla domstolarna avsevärda praktiska svårigheter.[60] Som nämnts i 10.15.5.1 är det dock inte helt säkert att detta var vad Thayer avsåg; kanske betecknade det klara misstag han talade om bara bedömningen av lagens förenlighet med grundlagen, i vilket fall hans teori förefaller mer begriplig och verklighetsanpassad. Bengtsson har inte närmare analyserat lagstiftarens eventuella – och svårkonstaterade – misstag i sitt resonemang[61], utan endast försökt uttolka innebörden av uppenbarhetskravet, vilket han därvidlag givit en mycket extensiv tolkning.[62] Om Thayer i själva verket snarare syftade på lagarnas materiella grundlagsenlighet än på lagstiftarens irrationella agerande, gick han inte riktigt lika långt i sin plädering för judicial restraint som Bengtsson gjort nästan hundra år senare, när lagprövningsrätten var betydligt mer etablerad i större delen av västvärlden.

Frågan är emellertid om uppenbarhetskravet måste tolkas så strikt som både KU och Bengtsson tycks mena.[63] Det är i och för sig möjligt att uppenbarhetskravets avskaffande är en förutsättning för att lagprövningsrätten skall få större praktisk betydelse i Sverige, men det är inte säkert att den i svensk rätt dominerande uppfattningen om den nuvarande lagprövningsrättens innebörd är den riktiga. Jag förordar ett avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet, men menar att utrymmet för lagprövningsrätt de sententia ferenda bör kunna öka även denna åtgärd förutan. Om KU:s och Bengtssons uppfattning godtas förlorar nämligen lagprövningsrätten – vilket domstolarnas synbara anammande av dessa teser f.ö. illustrerar – i så hög grad sin praktiska betydelse att grundlagsstadgandet i RF 11:14 måste uppfattas som innehållslöst.[64] Som Holmberg antytt kan detta knap-

58. KU 1978/79:39 s. 13.
59. Se kap. 18.2.4.
60. Som en variant av denna clear mistake rule, som förmodligen är praktiskt enklare för domstolarna att hantera, framstår den i norsk rätt rådande synen att det spelar stor – men inte avgörande – roll för lagens grundlagsenlighet hur pass noga lagstiftaren övervägt denna fråga vid lagens antagande. Se kap. 5.2.2.
61. Se dock i SvJT 1989 s. 675 f, där han menar att utrymmet för lagprövning bör öka om lagstiftaren gjort ett misstag eller förbiseende vid lagens antagande.
62. Se närmare kap. 18.2.4 samt 18.4.
63. Bengtsson tycks f.ö. hävda denna sin uppfattning bl.a. just av den anledningen att han menar att KU-uttalandet är ett verkligt tungt motivuttalande, vars betydelse inte går att bortse från.
64. Jfr Curt Olsson, a.a.s. 498. Införlivandet av ECHR i svensk rätt den 1 januari 1995 innebär därvidlag ingen förändring, eftersom uppenbarhetskravet även skall gälla vid prövning av svensk lags förenlighet med ECHR. Frågan är dock om detta är realistiskt, eftersom ECtHR vid prövning av samma mål inte lär ta hänsyn till uppenbarhetskravet och detta inte gäller vid prövning av svensk lags förenlighet med EG-rätt; jfr kap. 18.2.5.

past ha varit meningen med antagandet av regeln.[65] Om uppenbarhetskravet blott uppfattas som en clear mistake rule såvitt gäller den materiella grundlagsstridigheten kan lagprövningen ännu ha en viss praktisk betydelse, eftersom lagstiftare är människor av kött och blod som inte alltid kan förutse en lags verkningar[66], men om utrymmet för lagprövningsrätt snävas åt ytterligare kommer 11:14 åtminstone under fredstida, ej krisbetonade förhållanden[67] helt enkelt att uttrycka en självmotsägelse.[68]

Eftersom vissa grundlagsändringar nyligen genomförts kommer knappast RF 11:14 att ändras till sin lydelse inom en snar framtid. Följaktligen finns det all anledning att på nytt diskutera den nuvarande regelns, inklusive uppenbarhetskravets reella innebörd. Frågan måste t.ex. ställas vilket värde det inflytelserika KU-uttalandet från 1979 kan tillmätas i dag; som framgick i 18.1.2 och 18.2.4 bygger detta uttalande delvis på direkta felaktigheter och orimliga antaganden om riksdagens förmåga att själv avgöra en lags grundlagsenlighet, där riksdagens faktiska lagstiftningsmonopol på ett märkligt sätt tagits till intäkt för att riksdagens också ensam är kompetent att avgöra en lags grundlagsenlighet. Även motivuttalandena vid införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt präglas som framgick i 18.2.5 av oklarheter, varför de knappast i alltför hög grad kan binda den domstol som känner sig föranledd att utöva lagprövning. Dessutom finns åtskilliga tecken på att förarbetens och motivuttalandens betydelse rent allmänt håller på att minska i svensk rätt, inte minst sedan EG-rätten blivit gällande svensk rätt. Jag menar därför att svenska domstolar varken kan eller bör känna sig alltför hämmade av de motivuttalanden från 1979 och 1994 vilka förordar en mycket begränsad betydelse för lagprövningsrätten.[69] Vidare bör inget hindra svenska domstolar från att i framtiden i högre grad än hittills sträva efter att ge lagar en grundlagsvänlig tolkning.

19.6 Verhältnismässigkeit eller proportionality i svensk rätt

Det framförallt från tysk rätt kända kravet på en rättighetsbegränsnings *Verhältnismässigkeit*[70] måste sägas ha kommit till tydligare uttryck i RF än något annat av de här undersökta begreppen (möjligen med undantag för *the preferred position principle*) genom stadgandet i RF 2:12 st. 2 p. 2 första ledet om att en rättighetsbegränsning aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. Att lagstiftaren vid rättighetsbegränsningar måste iaktta en *proportionalitetsprincip* rå-

65. På spaning efter rättigheterna, SvJT 1987 s. 663 ff, jfr ovan kap. 18.4.
66. Jfr Petréns dissens i RÅ 1980 2:69 (ovan kap. 18.3 på s. 692), som tycks utgå från en snarlik tolkning av en sorts clear mistake rule (och till yttermera visso baseras just på uppfattningen att lagstiftaren gjort ett misstag).
67. Vilket är vad denna avhandling ägnas åt, jfr kap. 1.3 in fine.
68. Jfr p.1 i 11:14: »Finner domstol...får föreskriften icke tillämpas.»
69. Det går också att tolka vissa remissyttranden i samband med Europakonventionens införlivande som att det finns ett uppdämt behov bland svenska domstolar att kunna inta en friare hållning till lagprövningen; se t.ex. HD:s, Regeringsrättens och Svea Hovrätts yttranden i Ds 1993:90. Troligt är väl att dessa och andra domstolar menar att tidigare motivuttalanden hindrar dem från att i dag inta en friare hållning.
70. Se närmare kap. 7.4.2.2.

der det således ingen tvekan om i svensk rätt.[71]

Däremot kan det diskuteras om denna proportionalitetsprincip har exakt samma innebörd som kravet på Verhältnismässigkeit har i tysk rätt.[72] Frågan har inte analyserats närmare i doktrinen och praxis ger heller ingen vägledning. Det är dock svårt att se varför inte den svenska proportionalitetsprincipen bör tolkas på ett liknande sätt; att den innefattar krav på att begränsningen är **ägnad att tjäna** och **nödvändig** för att uppnå det syfte som avses får anses följa av ordalydelsen i RF 2:12 och det tyska förbudet mot rättighetsbegränsningar som går längre än nödvändigt (*Übermassverbot*) får sägas vara nästintill nödvändigt för att proportionalitetsprincipen skall kunna upprätthållas i praxis. Kravet att såväl syftet som begränsningen i sig måste vara legitima är närmast självklara, medan den s.k. *Stufentheorie* som i tysk rätt innebär att själva syftet, för att begränsningen skall vara godtagbar, måste vara angelägnare ju mer långtgående begränsningen är framstår som välmotiverad och därför utan svårighet också bör kunna tillämpas av svenska domstolar (eller av lagrådet) i konkreta lagprövningsfall.[73]

Proportionalitetsprincipen framstår överhuvudtaget både som mindre kontroversiell och mindre komplicerad för svenska domstolar att tillämpa än övriga här analyserade begrepp. Att principen gäller i svensk rätt är uppenbart. Hur den i konkreta fall skall tillämpas är en bedömningsfråga som normalt dock inte kan antas vara exceptionellt svår för domstolarna att ta ställning till (men som givetvis har en viss anknytning till frågan om Abwägung, som behandlas nedan i 19.10). Kravet på samband mellan begränsningens syfte och dess räckvidd är inte på något sätt kontroversiellt ur rättspolitisk eller ideologisk synvinkel. Ändå är rättspraxis avseende principens tillämpning närmast obefintlig.

Det enda fall där en domstol bedömt en lagprövningsfråga med utgångspunkt från proportionalitetsprincipen är RÅ 1983 2:5, som gällde reklaminslagen i Skånepartiets närradiosändningar. RegR fann här att reklamförbudet i den dåvarande närradiolagen inte stred mot principen, eftersom syftet med närradion var att möjliggöra för lokala sammanslutningar att inom orten informera om sin verksamhet och sprida sitt budskap och reklamförbudet inte gick utöver vad som behövdes »för att bevara angiven karaktär åt närradioprogrammen».

Detta fall visar hur en domstol genom ett enkelt, okomplicerat resonemang kan låta proportionalitetsprincipen vägleda eller åtminstone påverka bedömningen av en lags

71. Jfr SOU 1975:75 s. 105 samt om terminologin Algotsson, Lagrådet...s. 156. Se även kap. 15.1.2. I prop 1993/94:117 s. 39 f nämns proportionalitetsprincipen rentav som en av de hävdvunna allmänna rättsprinciper som sedan länge erkänts i svensk rätt. Jfr härom Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt s. 265 vid n. 26-27 m.h.t. doktrin där principen kommit till uttryck. Som Bernitz påpekar har principen hittills haft ganska vaga konturer i svensk rätt, varför det är oklart och kanske tveksamt om den princip det talas om i propositionen egentligen motsvarar läran om Verhältnismässigkeit så som denna tillämpas av t.ex. BVerfG, EG- och Europadomstolarna.
72. Jfr Bernitz, a.a.
73. Ett exempel på bedömningar som ligger nära såväl »die Stufentheorie» som regeln om Übermassverbot finns f.ö. i lagrådets utlåtande 1980 över vissa föreslagna ändringar i konkurslagen (se närmare kap. 17.1.2.2 under b. på s. 639): »Även om möjlighet finns enligt 2 kap. 12 § RF att företa vissa begränsningar i yttrandefriheten och informationsfriheten för nu aktuellt syfte synes de intressen som lagstiftningen vill tillgodose inte påkalla att begränsningsmöjligheterna utnyttjas till det yttersta.» (Prop 1979/80:83 s. 184 f.) Se till det sagda i övrigt kap. 7.4.2.2 samt 8.5.4, där det framgick att C.C. på senare år allt oftare tillämpat en proportionalitetsprincip.

grundlagsenlighet.[74] Att principen så ytterst sällan använts i praxis kan knappast förklaras med någon annan faktor än den allmänna bristen på lagprövningspraxis och domstolarnas ointresse och motvilja inför mer djupgående resonemang i lagprövningsfrågor.

Proportionalitetsprincipen har däremot vid några tillfällen åberopats av lagrådet. Detta gäller utlåtandet om föreslagna ändringar i konkurslagen[75] men än mer utlåtandet 1988 om de föreslagna ändringar i polislagen vilka var avsedda att göra det lättare för polisen att bekämpa klotter.[76] Även i utlåtandet 1987 om föreslagna utvidgade möjligheter till hämtning av parter och vittnen till domstolsförhandlingar åberopades proportionalitetsprincipen[77], liksom i utlåtandena 1979 om den nya jordförvärvslagen[78] och 1981 om förslaget till videovåldsförbud.[79]

Dessa lagrådsutlåtanden visar om inte annat att proportionalitetsprincipen är en realitet i svensk rätt.[80] Att lagrådet varit mer benäget att granska föreslagna lagars förenlighet med principen än domstolarna är i och för sig naturligt, eftersom det är fråga om en i grundlagen stadgad princip som lagstiftaren måste iaktta och en av lagrådets viktigaste uppgifter enligt RF 8:18 st. 3 p. 1 är att granska lagförslagens grundlagsenlighet.[81] Icke förty är det anmärkningsvärt att principen inte kommit tydligare till uttryck i konstitutionell rättspraxis.[82]

19.7 Finns ett okränkbart väsensinnehåll för de medborgerliga rättigheterna i Sverige?

Till skillnad från de centrala begreppen Verhältnismässigkeit och preferred rights, vilka både måste sägas vara erkända i svensk rätt även om deras innebörd sällan diskuterats i doktrinen och praxis ger mycket begränsad vägledning om hur de skall uttolkas, är det inte helt klarlagt om ett okränkbart väsensinnehåll för de medborgerliga rättigheterna existerar i svensk rätt. Detta hänger främst samman med oklara och delvis motsägelsefulla motivuttalanden om hur vissa grundlagsstadganden, som skulle kunna tolkas i

74. Se närmare om fallet kap. 18.3 på s. 689 f.
75. Se ovan not 73.
76. Prop 1987/88:143 s. 16: »Syftet med lagförslaget är att det skall bli lättare att motverka klotter och liknande skadegörelse. Den föreslagna bestämmelsen har en vidare räckvidd.»
77. Prop 1986/87:89 s. 250 f (förslaget avstyrktes f.ö.; se närmare kap. 17.1.2.2 under b. på s. 641)
78. Prop 1978/79:85 s. 125.
79. KU 1980/81:28 bil. 3; se närmare kap. 17.1.1.
80. Jfr även JuU:s uttalande (JuU 1986/87:36 s. 7) om 1987 års ändring i polislagen, som gav polisman rätt att kroppsvisitera eller undersöka handbagage för att söka efter föremål ägnade att användas som vapen mot liv eller hälsa, anfört i kap. 17.2.
81. Därtill kommer att en av lagrådets huvuduppgifter enligt RF 8:18 st. 3 p. 4 är att granska huruvida ett lagförslag är väl utformat för att tillgodose angivna syften. Innebörden av denna regel är dock något oklar; se ovan i 17.1.2.1 vid n. 92.
82. Det är troligt att det går att visa att en form av proportionalitetsprincip varit vanlig i rättspraxis på flera andra områden i svensk rätt, precis som det torde vara vanligt att svenska domstolar på andra områden än det statsrättsliga löser mål genom intresseavvägningar (jfr avsn. 19.10). Den proportionalitetsprincip som då åberopas torde dock inte vara identisk med den från tysk rätt kända principen om Verhältnismässigkeit, vilket beror på att den proportionalitetsprincip som erkänns i svensk rätt med Bernitz' ord har »ganska vaga konturer». Jfr ovan i not 71.

denna riktning, bör förstås, samtidigt som även denna fråga diskuterats sparsamt i doktrinen.

FU uttalade 1963 att opinionsfriheterna måste kunna begränsas, men att begränsningarna inte fick gå hur långt som helst. Om yttrandefriheten hette det t.ex. att begränsningarna inte fick bli så omfattande »att yttrandefrihet inte längre kan anses råda. Annorlunda uttryckt får yttrandefriheten icke på något område inskränkas så att dess *väsentliga innebörd* (min kursivering) angripes.» När så skulle anses vara fallet gick enligt utredningen inte att ange genom någon allmän formel.[83]

Detta uttalande kan givetvis tolkas som att en form av väsensinnehållsgaranti var avsedd[84], men dess värde reduceras avsevärt av att utredningens förslag aldrig ledde till lagstiftning. När sedan FRU ett decennium senare återkom till frågan avvisades tanken på en allmän väsensinnehållsgaranti för de medborgerliga rättigheterna, ehuru detta skedde i något opreciserade ordalag. Enligt FRU hade det i praktiken visat sig omöjligt att för olika rättigheter skilja ut en kärna av särskild betydelse som inte fick bli föremål för inskränkningar i vanlig lag.[85] FU:s förslag om att rättighetens väsentliga innebörd inte fick angripas avvisades som alltför allmänt, men i övrigt angavs inte närmare varför uppgiften var omöjlig.[86] Den kärna som var aktuell i sammanhanget skulle vara »av särskild betydelse för den demokratiska styrelseformen», vilket antyder att frågan endast diskuterades med utgångspunkt från yttrandefriheten och övriga opinionsfriheter. På detta område menade emellertid utredningen att en i praktiken lika verkningsfull förstärkning av rättighetsskyddet erhölls genom kraven i 2:12 st. 2 och 2:13 st. 2 att en rättighetsbegränsning aldrig får sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen och alltid skall bedömas så att vidast möjliga yttrande- och informationsfrihet beaktas. Det senare stadgandet beskrevs som en »kärnbeskrivning» av de båda rättigheterna.[87]

Uttalandena är något motsägelsefulla. Å ena sidan avvisas FU:s förslag om att rättighetens väsentliga innehåll inte får inskränkas; därmed avvisas även en väsensinnehållsgaranti av tysk modell. Å andra sidan förklaras att 2:13 st. 2 beskriver en kärna av två särskilda rättigheter.[88] Utredningen tycks inte riktigt ha klargjort sin inställning till begreppet väsensinnehåll, så som detta brukat uppfattas i tysk rätt. Frågan om detta begrepps ställning har heller aldrig ställts på sin spets i praxis och diskuterats ytterst litet i doktrinen, varför den ännu måste sägas vara olöst.

Strömberg, den ende i doktrinen som behandlat väsensinnehållet, tycks ha ändrat uppfattning mellan 1964 och 1974. 1964 menade han, i nära anslutning till FU:s förslag, att FU uttryckt sig oklart men att **hela** den föreslagna rättighetskatalogen borde tolkas

83. SOU 1963:17 s. 171. Liknande uttalanden om religions-, mötes- och föreningsfriheten återfinns på s. 175 o. 180.
84. Jfr Strömberg, Lagprövningsrätt och medborgerliga rättigheter, StvT 1964 s. 26.
85. Detta resonemang kan givetvis kritiseras från rent teoretiska utgångspunkter; se om de teoretiska aspekterna på rättigheternas kärnområde ovan i kap. 1.6. in fine.
86. Se SOU 1975:75 s. 105 o. 127.
87. Ibid. Se även ovan kap. 15.1.2 om att utformningen av skyddet för den fria åsiktsbildningen gör det lätt att uppfatta regleringen så att en form av Wesensgehalt varit avsedd.
88. Petrén/Ragnemalm talar (a.a.s. 77) i stället om de bägge rättigheternas kärn*område*. Någon saklig skillnad torde inte vara avsedd.

så att de där proklamerade principerna inte fick angripas till sin väsentliga innebörd.[89] 1974 uttryckte han emellertid skepsis till en regel om Wesensgehalt efter tysk modell, vilken han ansåg vara alltför svårtolkad: Ett kategoriskt förbud mot avskaffande av en rättighet skulle vara otillräckligt, eftersom även en inskränkning som lämnade blott en liten minimal rest av rättigheten kvar då skulle vara grundlagsenlig, medan däremot ett förbud mot inskränkningar som beslöts i strid med rättighetens huvudsyfte vore tänkbart.[90] Strömberg, som här rörde sig nära den tyska distinktionen mellan absoluta och relativa väsensinnehållsteorier,[91] föreslog därför ett förbud mot rättighetsbegränsningar i syfte att hindra den fria åsiktsbildningen, ett förslag som ligger nära (och möjligen inspirerat) FRU:s ett år senare framlagda och därefter antagna förslag, men som inte besvarar den grundläggande frågan om **förekomsten** av ett väsensinnehåll.[92]

Ett exempel från senare år kan ges på motivuttalanden som tycks bygga på att ett väsensinnehåll för vissa rättigheter måste finnas. De villkor för överlåtelse av beslutanderätt till EU som numera gäller enligt RF 10:5, enligt vilka sådan överlåtelse bara kan ske så länge EU har ett rättighetsskydd som motsvarar det vilket gäller enligt RF och Europakonventionen[93], indikerar kanske inte i sig förekomsten av ett väsensinnehåll, men detta antyds enligt min mening i KU:s resonemang om att även offentlighetsprincipen, meddelarfriheten samt censurförbudet och andra viktiga tryckfrihetsrättsliga principer på grund av sin stora betydelse för den fria åsiktsbildningen är grundläggande principer i Sveriges konstitutionella system.[94] Här ses uppenbarligen den fria åsiktsbildningen som den grundläggande rättigheten, vars väsensinnehåll inte kan bevaras om inte de nämnda principerna respekteras.

Som vi sett ovan i kap. 7.4.2.1 är väsensinnehållets innebörd oklar också i tysk rätt, trots att det alltså är klart att rättigheternas väsensinnehåll aldrig får inskränkas (jfr art. 19 st. 2 GG). Oklarheten beror dels på begreppets oklara utformning, dels på att författningsdomstolen i praktiken sedan lång tid föredragit att avgöra mål med tillämpning av läran om Verhältnismässigkeit (vid rättighetsbegränsningar) respektive Abwägungmetoden (vid kollisionsfall). Härav kan den slutsatsen dras att väsensinnehållet, om det erkänns, har större principiell än praktisk rättslig betydelse. Som framgått i 7.4.2.1 innebär dock inte det faktum att begreppet spelar relativt liten roll i praxis att art. 19 st. 2 enbart har en deklaratorisk betydelse; bestämmelsens konkreta rättsliga innebörd är snarare att den utgör en **yttersta garanti** för att rättigheterna inte urholkas.[95]

Även i svensk rätt borde principen om Wesensgehalt kunna uppfattas på detta sätt, förutsatt, vill säga, att den hade kommit till klarare uttryck i RF eller dess förarbeten. (RF 2:13 st. 2 kan, mot bakgrund av FRU:s uttalanden, inte sägas ha alldeles samma

89. A.a.s. 26 f.
90. Grundlag och medborgarrätt s. 56 ff.
91. Jfr kap. 7.4.2.1.
92. Vid antagandet av RF 2:18 i dess äldre lydelse angavs det i förarbetena att ersättning vid intrång i enskildas äganderätt aldrig fick utgå med enbart symboliska belopp. Se prop 1975/76:209, KU 1975/76:56 s. 35 och SOU 1975:75 s. 155. Dessa uttalanden kan möjligen ses som en form av garanti för att även egendomsskyddet, även före ändringen av RF 2:18, ansetts ha ett visst väsensinnehåll.
93. Se kap. 14.1.1 i n. 2.
94. Se KU 1993/94:21 s. 27.
95. Se närmare om hur bestämmelsen tillämpats bl.a. Alexy, Theorie der Grundrechte s. 267 ff.

innebörd som art. 19 st. 2 GG.) Starka skäl kan alldeles uppenbart anföras till stöd för uppfattningen att meningen med att överhuvudtaget anta en rättighetskatalog måste vara att förhindra att rättigheternas kärna urholkas[96]; detta gäller i särskilt hög grad en rättighetskatalog med noggrant utformade regler om när och hur rättigheterna kan begränsas. Att sedan andra begrepp och principer är lättare och kanske lämpligare för domstolarna att tillämpa i lagprövningsfall ändrar inte denna bedömning; väsensinnehållets primära funktion i Tyskland är inte att vara en del av domstolarnas rättighetsvärn, utan mer en form av rättigheternas yttersta garanti **mot lagstiftaren**, som denne måste respektera. Varken 2:13 st. 2 eller någon annan regel i RF kan dock i dag sägas ha denna klart angivna innebörd. Däremot är det möjligt att 2:23, med införlivandet av ECHR, i framtiden kan få en sådan innebörd; detta antyds i någon mån av de annars så oklara motivuttalandena.[97] Samtidigt är dock tanken att denna regel inte i första hand borde upprätthållas av domstolarna ganska märklig.

Om väsensinnehållet uppfattas på »det tyska sättet» – dvs inte som den enda, eller ens centrala principen till skydd för rättigheterna – förefaller f.ö. Strömbergs farhågor för att en reglering av väsensinnehållet efter tysk modell vore otillräcklig, eftersom även långtgående rättighetsinskränkningar då vore tillåtna, något överdrivna.[98] Dels kan inte begrepp som »kärna» eller »väsentlig innebörd» sägas antyda att även begränsningar som endast lämnade små rester av rättigheten i fråga oberörda vore godtagbara, dels räcker det egentligen inte, vid en här av mig antydd eller åsyftad reglering, att lagstiftaren lämnar väsensinnehållet »i fred»; även andra krav i RF, t.ex. proportionalitetsprincipen, måste givetvis iakttas av denne, vilket i sista hand domstolarna har att kontrollera.

19.8 Preferred rights i svensk rätt

19.8.1 Grundlagar, doktrin och praxis

Som vi sett ovan i kapitlen om USA och Norge, två länder där principen om en preferred position för vissa rättigheter vid skilda tillfällen kommit till uttryck i rättspraxis från de högsta instanserna[99], har principens konkreta innehåll skiftat. Kärnan i teorin om preferred rights får sägas vara att vissa medborgerliga rättigheter i domstolarnas lagprövning bör tillerkännas ett starkare skydd än andra, men däremot kan inte frågan vilka rättigheter som bör åtnjuta detta förstärkta skydd sägas vara slutgiltigt besvarad. I Justice Stone's berömda *footnote four* i United States v. Carolene Products Co[100] angavs att främst lagar som kunde ha betydelse för den politiska processens möjligheter att fungera och lagar som berörde små (»discrete and insular») minoriteter borde granskas mer kritiskt av domstolarna, varefter utvecklingen i amerikansk rättspraxis alltmer gick mot ett förstärkt skydd för yttrande-, mötes- och religionsfriheten samt för diskrimineringsförbuden i am.XIII-XV, *the Civil War Amendments*.[101] När Høyesterett i Norge 1976

96. Jfr Strömberg i StvT 1964 s. 27 samt ovan kap. 1.6 in fine.
97. Jfr ovan i 18.2.5.
98. Se Grundlag och medborgarrätt s. 56-57.
99. Se kap. 5.2.2 om Norge och 10.9.3 om USA.
100. 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938), se närmare kap. 10.9.3.1.
101. Se kap. 10.9.3.2.

uttalade att en lära om preferred rights gällde i norsk rätt – en punkt på vilken domstolen var enig – förklarades däremot att det främst var de rättigheter som skyddade individens personliga frihet som borde ha »betydelig gjennomslagskraft» i förhållande till vanliga lagar; minoriteten exemplifierade detta med §§ 96 och 99, som innehåller en straffrättslig legalitetsprincip respektive förbud mot frihetsberövande utan stöd i lag.[102]

Preferred rights i svensk rätt I Sverige framgår det tydligt vid en snabb genomläsning av tre av de fyra grundlagarna att grundlagstiftarna avsett att ge främst yttrandefriheten något av en preferred position i förhållande till andra begränsningsbara medborgerliga rättigheter.[103] Att så sedan länge varit fallet visas också av den historiska utvecklingen; tryckfriheten, friheten att yttra sig i tryckt skrift, grundlagsskyddades redan 1766, medan inga andra konkreta medborgerliga rättigheter åtnjöt uttryckligt grundlagsstöd förrän 1975.[104]

I dagens svenska statsrätt kommer yttrandefrihetens preferred position till uttryck dels genom det faktum att två av de fyra grundlagarna helt ägnas denna rättighet (vilket främst har den praktiska konsekvensen att de former av yttrandefrihet som skyddas i TF respektive YGL inte kan inskränkas på annat sätt än genom grundlagsändring), dels genom vissa stadganden i RF. Redan i 1:1, grundlagens portalstadgande, förklaras i st. 2 att den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning, ett begrepp som inte definieras närmare men som givetvis förutsätter yttrandefrihet.[105] Enligt 2:12 st. 2 p. 2 andra ledet får en rättighetsbegränsning aldrig sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen som en av folkstyrelsens grundvalar.

I 2:13 anges så närmare för vilka ändamål yttrande- och informationsfriheten får begränsas samt att vikten av vidaste möjliga yttrande- och informationsfrihet i politiska, religiösa, fackliga, vetenskapliga och kulturella ämnen därvidlag alltid skall beaktas. Det förstärkta skydd för yttrandefriheten som får antas vara syftet med denna utformning av 2:13 har dock urholkats genom rätten för lagstiftaren enligt st. 1 p. 3 i samma lagrum att begränsa yttrandefriheten närhelst »särskilt viktiga skäl» föranleder det.[106] Detta faktum till trots får man dock det bestämda intrycket att lagstiftaren avsett att placera yttrandefriheten i något av en preferred position.[107] Även övriga »politiska» fri- och rättigheter (mötesfrihet, föreningsfrihet osv) kan genom utformningen av 2:13-14 och deras nära samband med den fria åsiktsbildningen anses ha en något mer upphöjd position än

102. Se Rt. 1976 s. 5 (majoriteten) o. s. 22 (minoriteten) samt närmare kap. 5.2.2.
103. De absoluta rättigheternas ställning är givetvis ännu starkare, vilket dock är av mindre betydelse i detta sammanhang eftersom dessa mera sällan torde aktualiseras i lagprövningssammanhang (och om de aktualiseras normalt inte torde vara särskilt svårbedömda). Förbudet mot frihetsberövande utan domstolsprövning i RF 2:9 aktualiserades emellertid i målen om kurdernas kommunarrest, NJA 1989 s. 131 o. 1990 s. 636, se kap. 18.3, där diskussionen främst gällde om något frihetsberövande förelåg. Tveksamhet råder också om religionsfrihetens ställning; jfr närmare kap. 14.1.2 på s. 552 f om dennas reella innebörd.
104. Jfr dock i kap. 14.1.1 om § 16 i 1809 års RF. – Den Tingstenska utredningen sammanfattade f.ö. vad som förmodligen var den allmänna uppfattningen på GRF:s tid på ett belysande sätt: »Inom alla politiska riktningar av betydelse har meningsfriheten och vad därmed sammanhänger ansetts vara livsnerven i det folkstyrda svenska samhället.» (SOU 1941:20 s. 13.)
105. Se t.ex. SOU 1975:75 s. 89. Jfr även KU 1993/94:21 s. 27, anf ovan i 19.7.
106. Se närmare kap. 15.1.2.
107. Jfr f.ö. prop 1975/76:209 s. 108: »Yttrandefriheten kan med fog betecknas som den viktigaste av de medborgerliga fri- och rättigheterna.»

de övriga begränsningsbara rättigheterna i 2 kap. RF.[108]

Frågan är då vad denna grundlagsreglering har för konkret rättslig innebörd. Att reglerna binder lagstiftaren är självklart. Det måste dock också åligga domstolarna att övervaka att reglerna respekteras; antydningar om att vissa av dessa regler skulle vara för politiska för att domstolar skall ha rätt att ta ställning till dem eller att vissa regler inte är riktade till domstolarna[109] är svårbegripliga. Trots detta har emellertid alla tankar på att vissa rättigheter är *preferred rights* haft mycket liten eller ingen som helst betydelse i rättspraxis. Detta gäller både de ytterligt få lagprövningsfall som gällt yttrandefrihet och de fall som på olika sätt gällt enskildas personliga frihet.

Såvitt gäller yttrandefriheten måste samma förhållande sägas gälla lagrådets »praxis»[110]: Här kan hänvisas till 1985 års skärpning av förbudet mot extremvåld, ändringen av reglerna om filmcensur 1990 samt de tre motsägelsefulla utlåtandena 1981, 1985 och 1991 om innebörden av rekvisitet »särskilt viktiga skäl» i 2:13.[111] Frågan om en rättighetsbegränsning hotar den fria åsiktsbildningen har lagrådet inte berört sedan RF 8:18 fick sin nuvarande lydelse. Däremot har lagrådet vid åtminstone två tillfällen reagerat mycket hårt mot förslag som begränsat den personliga – närmast kroppsliga – integriteten och friheten.[112]

Stöd för tanken att någon form av preferred position principle gäller i Sverige har i doktrinen uttalats av Bengtsson[113], vars resonemang med fördel kan granskas litet närmare.

Bengtsson har berört frågan i två olika artiklar, i det första fallet i underförstådd polemik mot vissa tendenser i den rättspolitiska debatten vilka närmast kunde tolkas som att äganderätten vore en särskilt angelägen rättighet, förtjänt av särskilt starkt lagprövningsskydd.[114] Bengtsson avvisar bestämt alla sådana tankar och menar att Høyesteretts synsätt i Kløfta-domen borde kunna gälla även i Sverige.[115] Även om rättighetsreglerna i RF bör tolkas generöst mot den enskilde gäller detta enligt Bengtsson bara i begränsad

108. Jfr bl.a. KU 1973:26 s. 51. Förekomsten av offentlighetsprincipen, som bidrar till att förverkliga framför allt informationsfriheten och tillgodose de krav denna ställer, kan sägas understryka detta faktum; jfr SOU 1990:12 s. 116 f.
109. Se förutom Holmberg i SvJT 1987, anf ovan i 18.4, justitieministern i prop 1975/76:209 s. 92, anförd ovan i kap. 18.2.4. Vidare kan hänvisas till diskussionen om Europakonventionens status i svensk rätt efter införlivandet och FRK:s uppfattning att det främst är lagstiftarens sak att tillse att konventionen respekteras (se SOU 1993:40 del A s. 22 f), anf ovan i 18.2.5.
110. Jfr ovan i kap. 17.1.2.1 under a. in fine om svårigheterna att diskutera lagrådets »praxis» på samma sätt som en domstols.
111. Se resp. prop 1984/85:116 s. 39, prop 1989/90:70 bil. 8, KU 1980/81:28 s. 44 ff, prop 1984/85:199 s. 77 och prop 1990/91:149 s. 329, samtliga utlåtanden behandlade i kap. 17.1.2.2. Tuffare uttalade lagrådet sig förvisso om den utvidgade kriminaliseringen av barnpornografi, men detta berodde snarare på de formella bristerna i förslaget än på att yttrandefriheten som sådan sågs som en preferred right (vilket väl i och för sig kanske hade varit lite magstarkt i ett yttrande om barnpornografi).
112. Här avses utlåtandena om polisens ingripande mot klottrare, prop 1987/88:143 s. 16 respektive hämtning till rättegångar, prop 1986/87:89 s. 250 f. Även det mycket kritiska utlåtandet av den 15 maj 1990 om begränsning av målsäganderätten (se 17.1.2.2 under b) berör i viss mån den personliga friheten.
113. Se dock även Ragnemalm, Yttrandefriheten och integriteten, i Om våra rättigheter, Stockholm 1980 s. 54 f.
114. Om expropriation... s. 45 ff. – En ståndpunkt snarlik den som Bengtsson polemiserade mot har senare förfäktats av Bogdan, som menar att RF lika väl som den skyddar den fria åsiktsbildningen som en av folkstyrelsens grundvalar bör markera att äganderättsskyddet kan ses som »en av garantierna för vårt ekonomiska systems grundvalar.» Se Grundlagsskyddet för äganderätten s. 77. Härur kan sannolikt utläsas ett avståndstagande från the preferred posi-

mån 2:18. Annorlunda förhåller det sig med de rättigheter som återfinns i 2:1-11 RF, där en extensiv tolkning och tillämpning ofta ter sig »naturlig eller direkt angelägen».[116]

Som synes preciserade Bengtsson inte här vilka rättigheter som borde åtnjuta ett förstärkt skydd, utan inkluderade flertalet rättigheter i 2 kap. RF. Det obestämda uttalandet om en preferred position för vissa rättigheter har därför vissa likheter med Stone's hållning i st. 1 i footnote four, där ju hela Bill of Rights inkluderades. Precis som Stone preciserade vad han avsåg i fotnotens andra och tredje stycke – och S.Ct. sedan gav principen ännu fastare konturer – utvecklade Bengtsson 1989 närmare hur han anser att teorin om preferred rights bör tillämpas i svensk rätt.[117]

Enligt Bengtsson är en av nackdelarna med principen att den värdeskala den i praktiken måste bygga på ytterst alltid baseras på politiska värderingar. Detta problem kan emellertid kringgås genom att domaren helt enkelt frågar sig hur pass oomstridda de värden är som det gäller att slå vakt om. Eftersom den personliga integriteten och yttrandefriheten är »allmänt accepterade»[118] borde det vara enklare för domstolarna att åsidosätta lagar som anses kränka dessa rättigheter än att åsidosätta en lag för att den inte är förenlig med 2:18. Visserligen är också den privata äganderätten »en central rättighet, som vår samhällsekonomi bygger på», men, fortsatte Bengtsson, »den är som bekant i viss mån kontroversiell». Dessutom gav varken RF eller Europakonventionen den något särskilt starkt skydd.[119] Följaktligen kunde inte äganderätten tillerkännas ett lika starkt skydd i rättspraxis.

Bengtssons argumentation kan ännu inte sägas ha fått något direkt genomslag i praxis. Här är situationen lik den i Danmark, där Germer som vi sett redan 1973 föreslog att domstolarna borde tillämpa the preferred position principle, utan att få gehör för denna uppfattning.[120] I Norge fick

tion principle så som denna traditionellt uppfattats och utformats i bl.a. USA och Norge; i bägge länderna har ju just äganderätten uttryckligen nämnts som en av de rättigheter lagstiftaren bör kunna begränsa utan att domstolarna prövar dessa begränsningar alltför strängt.

115. A.a.s. 47: »Ingenting i grundlagen eller dess förarbeten synes berättiga domstolar och andra myndigheter att anta några underförstådda principer just till äganderättens skydd, vilka skulle påkalla en vidsträckt tolkning av 2:18 oavsett vad som framgår av de sedvanliga rättskällorna.»
116. Ibid.
117. Om lagprövning från domstolssynpunkt s. 678 ff.
118. Definitionen härpå var att de politiska partierna var eniga, att rättigheterna normalt inte sätts i fråga i den allmänna debatten och att varken grundlagen eller Europakonventionen »svävar på målet».
119. A.a. Intressant i sammanhanget är att Bengtsson mot denna bakgrund fann det befogat att underkänna en lag som kränkte skyddet mot frihetsberövande; artikeln publicerades kort tid efter HD:s dom i NJA 1989 s. 131, där Bengtsson som nämnts i 18.3 var skiljaktig beträffande påföljden men inte fann uppenbar grundlagsstridighet föreligga. Bengtsson hade tidigare (a.a.s. 676 och Om expropriation... s. 56) uttalat att uppenbar grundlagsstridighet inte kunde anses föreligga när meningarna bland kvalificerade juridiska bedömare var delade. Bengtssons kollegor i HD fann som bekant i nämnda mål att terroristbestämmelserna i den dåvarande utlänningslagen ännu inte kommit att strida mot RF; Bengtssons markering i denna kort tid efter avgörandet publicerade artikel kan möjligen tolkas som en viss kritik av kollegornas bedömning.
120. I Ytringsfrihedens væsen s. 93-101. Se även Menneskerettighedernes forfatningsretslige funktion i velfærdssamfundet s. 338 samt närmare i kap. 4.3.3.

däremot Carsten Smith, som nämnts i 5.2.2, snabbt och starkt gensvar från Høyesterett på sitt förslag 1975 om att principen borde gälla i norsk rätt.

19.8.2 Egna synpunkter

Bengtssons argumentation för varför en preferred position principle bör kunna tillämpas i svensk rätt är intressant på flera sätt. Dels är det givetvis av visst intresse att just Bengtsson, den främste förespråkaren för återhållsamhet från domstolarnas sida i lagprövningsfrågor, anser att lagprövning skulle vara acceptabel eller åtminstone mer uthärdlig om denna princip iakktogs. Dels är hans argument utpräglat pragmatiska – och just därför sannolikt mycket väl avpassade för svensk rätt.

Det sagda är egentligen självklart, men bör kanske förklaras något. Rättslig argumentation i Sverige är i allmänhet föga teoretisk till sin karaktär; denna generella iakttagelse gäller med likvärdig styrka parters och domstolars argumentation i rättegångar och domar samt den rättsvetenskapliga doktrinen. Att utan vidare plädera för att svenska domare skulle tillägna sig exempelvis rättighetsteorier liknande dem som utarbetats av Alexy och Schlink, vilka har en stark ställning i den tyska statsrättsdoktrinen, förefaller därför föga realistiskt.[121] Som grund för en utvidgning av domstolarnas lagprövning i svensk rätt är Bengtssons enkla och handfasta argumentation på många sätt lämpligare.

Teorin om preferred rights är emellertid även av en helt annan anledning utmärkt väl lämpad för svensk rätt. Precis som Bengtsson påpekar är nämligen de rättigheter som i allmänhet förknippats med teorin – yttrandefriheten, övriga »politiska» rättigheter och den personliga friheten – mer okontroversiella än äganderätten och andra ekonomiska rättigheter, varför domstolarna normalt inte löper någon större risk att hamna i blåsväder om de skulle ge dessa rättigheter företräde framför en grundlagsstridig lag.[122] I och för sig kan tyngden i detta argument ifrågasättas[123]; att det i praktiken kan ha stor betydelse för svenska domares benägenhet att utöva lagprövning är jag dock övertygad om.

Därutöver kan goda rättspolitiska argument åberopas till stöd för principen. Om den kom att tillämpas i rättspraxis när behov härav föreligger kan domstolarna med fog hävda att rättigheterna i 2 kap. RF och Europakonventionen inte används för att bromsa ekonomiska och sociala reformer[124] utan för att värna de politiska rättigheter som är av

121. Jfr Peczenik, Juridisk argumentation s. 115, där motsvarande synpunkt framförs beträffande Peczeniks och Alexys s.k. sammanhangsteori.
122. Jfr också Bengtsson i SvJT 1987 s. 237 och Germer, Menneskerettighedernes forfatningsretslige funktion... s. 338. Såvitt gäller yttrandefriheten och övriga politiska rättigheter kan givetvis också åberopas att de svenska grundlagarna faktiskt ger dessa rättigheter ett något starkare skydd än vad andra rättigheter åtnjuter. Smith uttrycker i Høyesterett og folkestyret, s. 336 vid not 138, skepsis mot försök från domstolarnas sida att så att säga **på egen hand** rangordna konstitutionella normer, utan att denna praxis har stöd i grundlagens text eller historia eller förarbeten. Detta argument skulle dock inte tala mot att just yttrandefriheten och andra politiska rättigheter i Sverige gavs en ställning av preferred rights, eftersom detta antyds redan av grundlagstexten.
123. Om argumentet av domstolarna tolkas eller tillämpas på fel sätt, dvs som en otillbörlig snegling mot rådande opinioner vilken ger upphov till rädsla för att utmana dessa, kan det rentav vara farligt; att stryka rådande opinioner medhårs är knappast syftet med lagprövning. Se bl.a. om det tveksamma kriterium som Hjalte Rasmussen använt för att bedöma legitimiteten i EG-domstolens praxis ovan i 11.7 samt allmänt i 10.15.1 under b. på s. 469 f.
124. Jfr kap. 10.8-9 om utvecklingen i USA under perioden 1890-1937.

fundamental betydelse för demokratin samt till att skydda enskilda individer mot myndigheters övergrepp.[125] Alldeles bortsett från att domstolarna (eller lagrådet) härigenom till stor del höjer sig över de dagsaktuella politiska striderna kan detta sätt att tillämpa de individuella fri- och rättigheterna upplevas som ändamålsenligt i en tid när deras existens och primat i rättsordningen måste motiveras med andra argument än rent naturrättsliga.

I enlighet med det anförda anser jag därför att HD borde ha åberopat och helst tillämpat the preferred position principle i de båda kurdmålen. Frågan gällde här i osedvanligt hög grad kurdernas personliga frihet.[126] HD nämnde visserligen i 1989 års fall betydelsen av RF:s skydd för den personliga friheten, men domstolen kan inte sägas ha givit detta skydd någon genomslagskraft. Om principen om preferred rights – som i detta fall alltså skulle ha avsett den personliga friheten – verkligen tillämpats borde inte tanken att ett straffsanktionerat tvång att på obestämd tid vistas i en viss kommun, vilket det inte går att föra talan mot, strider mot RF ha varit särskilt avlägsen.

På grund av den allmänna bristen på konstitutionell rättspraxis i Sverige och det faktum att flertalet exempel i praxis på normprövning avsett i sak relativt obetydliga och avgränsade frågor[127], är det svårt att peka på andra fall där en tillämpning av teorin om preferred rights hade kunnat leda till ett annat (och gott) resultat i det enskilda målet. Möjligen är dock även NJA 1986 s. 489 ett fall där den personliga friheten, här i form av skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp i RF 2:6, hade kunnat åberopas till stöd för en annan lösning. Denna rättighet får enligt 2:6 och 12 st. 1 endast begränsas genom lag, men i målet blev den tilltalade fälld för rattfylleri trots att det blodprov som utgjorde bevisning i målet i strid med lagens krav tagits av en laboratorieassistent i stället för av en läkare eller sjuksköterska.[128] Här var det alltså inte fråga om en lag som stred mot RF, men målet har ändå ett visst principiellt intresse.

Det är emellertid viktigt att peka på teorins framtidspotential i svensk rätt; om svenska domstolar tillägnade sig detta sätt att se på lagprövningsfrågor skulle t.ex. misstankarna om att stärkt lagprövningsrätt för domstolarna alltid främst leder till ökat skydd för äganderätten upphöra.

19.9 Drittwirkung i svensk rätt

Frågan om rättigheterna i 2 kap. RF går att åberopa även mot tredje man kan de lege lata synas tämligen enkel att besvara. Både av grundlagstexten och förarbetena framgår tydligt att rättigheterna gäller endast gentemot »det allmänna», dvs i princip mot stat och kommun.[129] Som undantag från huvudregeln måste de svaga rättigheterna i 2:3 st.

125. Jfr Germer, a.a.
126. NJA 1989 s. 131 och 1990 s. 636, se närmare kap. 18.3 på s. 692 ff.
127. Jfr kap. 18.3.
128. Se närmare om målet i kap. 18.3 på s. 694 f.
129. Se närmare kap. 14.1.3. Justitieministern definierade i prop 1975/76:209 s. 86 det allmänna som »dels det allmännas verkställande organ, dels de normgivande organen, när dessa beslutar för enskilda betungande, offentligrättsliga föreskrifter, däremot inte när de beslutar civilrättsliga normer.» Den senare distinktionen avser troligen att antyda just bristen på tredjemanseffekt av rättigheterna, men är av olika skäl problematisk; jfr nedan s. 736.

2 samt 2:17-19 uppfattas, eftersom dessa vore meningslösa om de inte kunde åberopas mot andra parter än »det allmänna».[130]

Anledningen till att frågan om rättigheternas eventuella tredjemanseffekt i svensk rätt, deras *Drittwirkung*, ändå är intressant är att denna aspekt under senare år vid flera olika tillfällen aktualiserats, både i praxis, doktrin och utredningar. Att frågan på detta sätt kommit att dryftas tämligen seriöst, trots RF:s entydiga reglering, förklaras enklast med samhällsutvecklingen; i det moderna samhället uppstår inte sällan situationer, t.ex. på arbetsmarknaden, där de rättsliga förhållandena mellan olika parter påverkas därest regler om medborgerliga rättigheter kan gälla även i rättsförhållanden mellan enskilda. Om detta överhuvudtaget inte är möjligt kan konsekvenserna i vissa fall framstå som stötande.

I rättspraxis märks här framförallt tre fall från AD, nämligen det tidigare nämnda AD 1984:94[131], det snarlika AD 1991:45 samt vidare AD 1994:79, som gällde en anställd som sagts upp efter att ha kritiserat sin arbetsgivare offentligt. Det första fallet gällde en bussförare vid SJ som jämlikt SJ:s interna föreskrifter beordrades att genomgå läkarundersökning. Undersökningen ansågs påtvingad i den bemärkelse som avses i RF 2:6, trots att det inte var fråga om utövande av eller hot om polisiärt eller därmed jämförligt våld: »Det skydd för den enskilde som lagstiftaren har velat uppnå skulle inte föreligga, om ej även hot om andra sanktioner skulle omfattas av uttrycket påtvingat.» Av avgörande betydelse för utgången var dock att AD fann att besluten om läkarundersökning var grundade på regler av offentligrättslig natur och därför utgjorde myndighetsutövning.[132] Det går därför inte att hävda att AD här tillerkände skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i 2:6 verkan mot tredje man, även om domstolen lät antyda en sådan möjlighet.

I 1991 års fall prövades en liknande händelse på den privata arbetsmarknaden. Två anställda vid byggnadsföretaget Sundsvalls Ställnings AB hade vägrat att delta i ett av företaget beslutat allmänt urinprov, som syftade till att utröna om det förekom narkotikamissbruk bland de anställda, eftersom de menade att provet utgjorde ett obehörigt intrång i deras personliga integritet. Om provet visade att någon anställd missbrukade narkotika skulle denne omplaceras; efter behandling skulle dock vederbörande, om nya prov visade att han inte längre missbrukade narkotika, få återgå till sina ordinarie arbetsuppgifter. Av intresse i sammanhanget är att egentligt lagstöd för provtagningen saknades. Inte heller förelåg något medgivande från de anställda genom kollektivavtal eller individuella anställningsavtal. Trots detta blev de två »vägrarna» uppsagda. AD godtog uppsägningarna, eftersom arbetsgivaren ansågs ha ansvar för säkerheten på arbetsplatsen.[133] Arbetstagarsidans argument att det enligt en allmän rättsgrundsats finns ett skydd mot påtvingade kroppsliga

130. Jfr Grundlagarna s. 62 och Petrén/Ragnemalm s. 41. Som nämnts i kap. 14.1.3 (se s. 562 vid not 93) antyds detta såvitt gäller 2:18 i praxis av NJA 1989 s. 20, där HD därest yrkande därom hade väckts tycks ha varit beredd att tillerkänna den förfördelade parten (som till följd av genomförd fastighetsreglering gått förlustig en jakträtt vilken han enligt avtal med den gamle fastighetsägaren skulle åtnjuta till år 2009) ersättning. Denna skulle formellt sett i så fall ha utgått till följd av fastighetsbildningsmyndighetens om expropriation påminnande beslut (vilket dock meddelats på begäran av den nye ägaren).
131. Se kap. 18.3 in fine.
132. Från och med den 1 juli 1994 regleras skyldigheten för vissa grupper av offentliganställda att genomgå läkar- eller »hälsoundersökningar» i 30 § lagen (1994:260) om offentlig anställning. Sådana läkarundersökningar kan alltså numera i vissa fall beordras med stöd av lag och strider då inte mot RF 2:6.
133. Även andra argument åberopades, bl.a. att det inte var fråga om tvång i bokstavlig mening. Säkerheten på arbetsplatsen tycks dock ha varit den avgörande orsaken till utgången i målet.

ingrepp även gentemot privata arbetsgivare avfärdades.[134]

Detta avgörande, som blivit tämligen uppmärksammat, ger upphov till åtskilliga frågor. För det första kan det givetvis uppfattas som stötande att en privat arbetsgivare i avsaknad av lagstöd utan vidare skulle ha betydligt större möjlighet att utsätta anställda för urinprov, kroppsvisitationer, läkarundersökningar osv – och därmed inkräkta på deras integritet – än en offentlig arbetsgivare.[135] Samtidigt bör dock betonas att AD, som f.ö. inte åberopade några av RF:s regler i domskälen, särskilt framhävde att avgörandets prejudikatvärde så att säga var begränsat och att domstolen inte uttalat sig om arbetsgivarens generella rätt att föreslå läkarundersökningar och andra medicinska kontroller; lika lite som 1984 års fall innebar att rättigheternas tredjemansverkan erkänts betyder därför 1991 års avgörande att frågan för överskådlig framtid besvarats negativt. AD menade att ämnet i framtiden helst borde regleras genom kollektivavtal.[136]

En annan fråga, som är särskilt intressant mot bakgrund av att flera kollektivavtal om narkotikaprov o. dyl. träffats efter 1991 års fall, är i vilken utsträckning dylika avtal om inskränkningar av medborgerliga rättigheter är bindande för enskilda medlemmar i fackföreningar. Sedan länge anses yttrandefrihet kunna avtalas bort i anställningsavtal, troligen både genom individuella avtal och kollektivavtal.[137] Frågan om en parallell utan vidare kan dras till skyddet för den kroppsliga och personliga integriteten är dock inte helt lättbesvarad; goda skäl kan anföras för att yttrandefrihetsbegränsningar av här aktuellt slag syftar till att skydda företagshemligheter och därför måste uppfattas som godtagbara i en marknadsekonomi, medan skyddet för den personliga integriteten är av en principiellt helt annan karaktär.[138] Rättsläget måste ännu så länge beskrivas som oklart.

Vad gäller yttrandefrihet har ett fall i AD från 1994 blivit uppmärksammat. Målet gällde en anställd vid Värö Bruk i Halland som blivit uppsagd från sin anställning för att han vid flera tillfällen offent-

134. I ett äldre rättsfall, AD 1943:77, godtogs att AB Bofors hade rätt att avskeda anställda vilka vägrade att genomgå kroppsvisitering som vidtogs i syfte att undersöka om någon anställd tog med sig sprit eller material från företaget hem. Fackföreningen vid företaget vägrade godkänna att arbetsgivaren hade en sådan rätt och denna saknade också stöd i gällande kollektivavtal. Omständigheterna var dock något speciella, eftersom liknande kontroller vid denna tidpunkt, mitt under andra världskriget, förekom vid flera svenska industrier och chefen för försvarsstaben i en skrivelse den 4 augusti 1943 anmodat Bofors att skärpa kontrollåtgärderna till förebyggande av att krut och sprängämnen olovligen utfördes från fabriksområdet. AD framhöll särskilt att avgörande vikt måste fästas »vid det icke minst under nuvarande förhållanden betydelsefulla intresset av att utsmuggling från fabriksområdet av framför allt krut och sprängämnen i görligaste mån förhindras, ett intresse som icke kunna tillgodoses på annat sätt än genom anordnande av utpasseringskontroll.» Några direkta slutsatser om rättsläget på GRF:s tid är därför svåra att dra av detta fall.
135. Jfr Reinhold Fahlbeck, Employment Privacy in Sweden, JT 1991/92 s. 54.
136. »Det bör tilläggas att arbetsdomstolen med detta ställningstagande inte har uttalat sig vare sig allmänt om vilken rätt som bör anses tillkomma en arbetsgivare att vidta kontrollåtgärder av skilda slag eller om hur en tvist om provtagning för att spåra narkotikamissbruk skulle böra bedömas under andra förhållanden än de som har förelegat i detta mål. Sådana mer vittsyftande bedömningar bör på det här aktuella området inte göras på grundval enbart av förhållandena i en enskild tvist. Det naturliga synes vara att ett ämne som detta regleras i kollektivavtal eller i förekommande fall genom lagstiftning.»
137. Så åtminstone enligt Fahlbeck, a.a.s. 54-55. Se också prop 1975/76:209 s. 140 och lagrådet i LU 1988/89:30 bil. 4. Jfr dock SOU 1990:12 s. 76 ff m.h.t. tidigare diskussion i doktrin och förarbeten.
138. Se t.ex. Fahlbeck s. 55.

ligt hade uttalat sig kritiskt om sin arbetsplats. Den anställde, som var ordförande för vänsterpartiet i Varberg, hade bl.a. i en skrivelse till länsstyrelsen kritiserat att företaget saknade en beredskapsplan i händelse av en olycka vid Ringhals kärnkraftverk, i en insändare samt i kommunfullmäktige kritiserat att företaget avvecklade sin egen räddningsstyrka för att köpa motsvarande tjänst från kommunen och vidare i en lokalradiodebatt och en personaltidning, för vilken han var ansvarig utgivare, offentliggjort viss företagsintern information om olika produktionsförhållanden. Företagsledningen ansåg att han därigenom varit illojal och missbrukat sin tystnadsplikt. Hans fackförening, som var part i målet[139], ansåg att han bara gjort bruk av sin grundlagsskyddade tryck- och yttrandefrihet och dessutom diskuterat angelägna samhällsfrågor. AD menade att den anställdes rätt att kritisera arbetsgivaren offentligt inte kan vara obegränsad och fann inte att reglerna i RF, TF eller YGL i sig kunde utgöra hinder mot avskedande därest den anställde verkligen varit illojal. Domstolen fann dock att arbetstagare generellt har en ganska omfattande kritikrätt mot arbetsgivaren, att vissa av de missförhållanden som tagits upp var allvarliga och av allmänt intresse samt att den anställde i några fall framfört sina kritiska synpunkter internt inom företaget innan han gav offentlighet åt dem.[140] Följaktligen var uppsägningen ogiltig.

Inte heller detta mål klargör egentligen i vilken utsträckning en rättighet som yttrandefriheten kan åberopas mot en privat arbetsgivare. Den slutsatsen att ett visst mått av offentlig, inte helt osaklig kritik mot arbetsgivaren kan framföras utan att den anställde skall bli uppsagd är dock given. När omotiverad kritik, eller kritik som först borde ha ventilerats internt, framförs offentligt, eller då en tystnadsplikt bryts, tycks däremot inte den som blir uppsagd med utsikt till framgång kunna åberopa någon av grundlagarna mot arbetsgivaren.

I utredningssammanhang aktualiserades »Drittwirkung-problematiken» genom meddelarskyddskommitténs förslag 1990 om införande av en meddelarfrihet, efter mönster från TF, för enskilda inom företag och organisationer i förhållande till respektive företag och organisation.[141] Förslaget inkluderade dock åtskilliga undantag från huvudregeln, bl.a. för företagshemligheter. Remisskritiken mot förslaget blev av olika skäl hård, varför departementschefen trots sin principiella sympati för förslaget inte ansåg sig kunna förorda lagstiftning i enlighet med det utan nöjde sig med ett allmänt uttalande om att frågan borde ägnas fortsatt uppmärksamhet.[142] Så har dock åtminstone ännu inte skett[143], men det faktum att en statlig utredning föreslagit en Drittwirkung-regel på ett så pass centralt rättsområde visar frågans livskraft.[144]

Ett intressant resonemang om rättigheternas tredjemansverkan har i doktrinen förts

139. AD 1994 nr 79, Svenska Pappersindustriarbetareförbundet mot Sveriges Skogsindustriförbund och Södra Cell Aktiebolag i Värö Backa.
140. Något som enligt AD:s praxis har stor betydelse för rätten att framföra offentlig kritik, se AD 1986 nr. 95 och 1988 nr. 67.
141. Se SOU 1990:12, särskilt s. 109-246.
142. Se prop 1990/91:64 s. 40 ff.
143. Fahlbeck menar i Företagshemligheter...s. 67 att frågan 1990 tills vidare lades åt sidan och troligen inte kommer att aktualiseras inom en snar framtid. Det går dock enligt min mening inte att utesluta att frågan kommer att aktualiseras på nytt under 1990-talet, antingen p.g.a. någon uppmärksammad rättslig incident eller som följd av ett allmänt ökat intresse för Drittwirkung-aspekterna av de medborgerliga rättigheterna; i så fall är nämligen just denna fråga en av dem som det torde ligga närmast till hands att utreda på nytt.
144. Som ett exempel på Drittwirkung-frågornas stora aktualitet kan också hänvisas till det av regeringen 1995 tillsatta Massmedierådet. Diskussionen om rådets status osv behöver inte behandlas här, men rådets uppgift är bl.a. att studera de hot mot yttrandefriheten som en alltför stor privat maktkoncentration i media kan innebära.

av Peter Westberg.[145] Resonemanget är av de sententia ferenda-karaktär; Westberg menar att rättighetsreglerna i 2 kap. RF borde medföra en viss tredjemansverkan och att grundlagstiftarnas argumentation till stöd för den motsatta uppfattningen bygger på motsägelser. Det centrala i resonemanget, som gör det i viss mening innovativt i förhållande till den tidigare diskussionen, är distinktionen mellan å ena sidan exigibiliteten, dvs i praktiken förverkligandet eller genomdrivandet, på offentligrättslig väg, av privaträttsliga anspråk som innebär angrepp på grundlagsskyddade rättigheter och å den andra anspråkens civilrättsliga giltighet. Vad Westberg pläderar för är nämligen inte en tredjemanseffekt av RF:s rättighetsregler mot angrepp som andra enskilda företar **utan biträde från** det allmänna. Med tysk terminologi kan detta sägas vara en »medelbar», till skillnad från en »omedelbar» Drittwirkungeffekt.[146]

Kärnan i resonemanget kan med Westbergs ord sägas vara »idén att det i ett demokratiskt samhälle finns oantastliga värden som kommer till uttryck i grundlagen och därigenom åtnjuter skydd mot ingrepp från det allmänna, oavsett om ingreppet sker inom ramen för förverkligandet av ett offentligrättsligt eller privaträttsligt anspråk.»[147] Det är således framförallt det sista påpekandet som innebär en nyhet jämfört med förarbeten och äldre doktrin. Som illustration till hur distinktionen är avsedd att verka anför Westberg exemplet att en journalist i ett avtal med en bokförläggare åtagit sig att författa en artikel som skall ingå i ett samlingsverk men trots påstötningar inte blir klar i tid. Om bokförläggaren skulle väcka talan mot journalisten och yrka att denne vid vite skall åläggas att skriva artikeln skulle bifall till anspråket strida mot 2:2 och 12 RF, vilket dock inte hindrar att avtalet i den situationen skulle kunna ligga till grund för utdömande av skadestånd för de skador bokförläggaren eventuellt orsakats. Konsekvenserna av Westbergs resonemang kan dock bli mer långtgående än så; som han konstaterar blir det i praktiken RF:s distinktion mellan absoluta och relativa rättigheter som styr möjligheten till ingrepp i rättigheterna. Ett avtal som begränsar en rättighet kan nämligen bara genomdrivas av domstol om det uttryckligen i lag förklaras att sådana kontrakt är bindande för parterna och möjliga att genomdriva med tvång (t.ex. genom vitesföreläggande)[148]; en lag som godtog begränsning av en absolut rättighet skulle givetvis strida mot RF. Enligt Westberg är det vidare »alldeles givet» att offentliga organ t.ex. inte får medverka till genomdrivande av avtal vari någon förbundit sig att lämna viss ort eller att aldrig inträda i föreningar (jfr RF 2:8 och 2:1 p. 5).[149] Vad gäller 2:6

145. Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen, i Festskrift till Håkan Strömberg, Lund 1992 s. 311-328.
146. En liknande ståndpunkt har i tysk rätt uttryckts av Hesse, EuGRZ 1978 s. 437, anf. i kap. 7.6 på s. 261 vid not 293. Överhuvudtaget ligger Westberg i sin syn på vilken Drittwirkung som borde gälla i Sverige nära gällande tysk rätt; jfr kap. 7.6. Av intresse är vidare att exakt denna distinktion görs i motivuttalanden till RF 2:18 i dess ändrade lydelse; se SOU 1993:40 A s. 46 och prop 1993/94:117 s. 49.
147. A.a.s. 323.
148. Analog eller extensiv lagtolkning som ledde till detta resultat skulle således vara förbjudet, liksom åberopande av allmänna rättsgrundsatser och sedvanerätt; ibid s. 318.
149. A.a.s. 319. Sålunda skulle inte en domstol utan klart lagstöd kunna besluta i enlighet med ett avtal om umgängesrätt, vari den förälder som vill ha umgänge med sitt barn förbundit sig att vid varje umgängestillfälle lämna sitt pass till polisen. I det tidigare nämnda fallet att en anställd genom anställningsavtal förpliktat sig att inte röja företagshemligheter menar Westberg (s. 320) att en domstol endast skulle kunna bifalla ett yrkande om att svaranden måste förbjudas att yppa uppgifter som han erfarit under sin anställning och i anställningsavtal åtagit sig

betonar Westberg att bestämmelsen ger den enskilde ett generellt skydd mot att angrepp från det allmännas sida sker utan lagstöd, oberoende av anledningen till att så sker.[150] Den enskildes skydd måste därför antas ha samma styrka oavsett om det allmännas agerande ingår som ett led i genomdrivandet av offentligrättsliga eller privaträttsliga anspråk och bortsett från om det allmännas medverkan består i vidtagandet av faktiska åtgärder eller i meddelandet av beslut eller dom.[151] I den tidigare berörda urinprovssituationen menar Westberg därför att en domstol omöjligen kan förplikta arbetstagaren att underkasta sig provtagningen, men däremot konstatera om saklig grund för uppsägning föreligger. AD:s avgörande 1991 ryms därför inom hans resonemang, särskilt som AD i detta fall uttalade just att **fullgörande** av ett avtal om skyldighet för arbetstagare att underkasta sig urinprovstagning inte kan utkrävas med rättsliga tvångsmedel.[152]

Ett avgörande som med tillämpning av Westbergs resonemang måste betraktas som felaktigt är NJA 1971 s. 571, som gällde vitesförbud mot försäljning av en tidning. Täby Galopp AB yrkade här att utgivaren av tidningen Galoppören, som innehöll program till galoppbanans tävlingar, »vid kraftigt verkande vite» skulle förbjudas att försälja tidningen på av bolaget arrenderat område kring galoppbanan. Häradsrätten fann att bolaget, som meddelat utgivaren att det inte tolererade försäljningen och sedan sökt vägra honom tillträde till området, inte kunde hindra tidskriftens försäljning på området utanför entrén till galoppbanan, vilket var allmän plats, varför yrkandet ogillades. Svea HovR biföll det däremot utan annan motivering än att bolaget som arrendator av marken hade dispositionsrätt över hela tomten. I HD hävdade utgivaren, med hänvisning till det i TF 1:2 st. 2 angivna förbudet för myndigheter att på grund av en skrifts innehåll hindra dess spridning, att en domstol inte ägde lägga hinder i vägen för försäljningen av tidskriften. HD konstaterade kort att »(I)nvändningen saknar fog; dess godtagande skulle innebära, att en markinnehavarare i den mån han ägde förbjuda försäljning av tryckt skrift på sin mark icke skulle åtnjuta rättsordningens skydd för förbudets upprätthållande.» Att det område där försäljningen skedde var allmän plats inskränkte enligt HD inte den rätt bolaget, »i likhet med innehavare av mark i allmänhet», ägde att förbjuda annan att utnyttja marken för verksamhet som innebär beaktansvärt intrång. I målet var i och för sig inte helt klarlagt om det av bolaget begärda förbudet berodde på skriftens innehåll. Mycket tydde på att så var fallet (förbudet hade föregåtts av vissa mot bolaget kritiska artiklar i tidningen och bolaget var i ett senare skede beredd att låta utgivaren distribuera denna om han åtog sig att inte publicera uppgifter om hästarnas startnummer och färgerna på jockeyernas dräkter) men ingen instans tycks ha försökt klargöra detta. Om så verkligen var fallet måste konstateras att HD här medverkade till en inskränkning av den i TF garanterade tryckfriheten, vilket det, i enlighet med Westbergs resonemang, inte är självklart att domstolar och myndigheter bör göra.

Westbergs resonemang är tankeväckande. Som han själv konstaterar är det dock inte helt förenligt vare sig med RF:s förarbeten eller med vissa avtalsrättsliga grundsatser. Såvitt gäller förarbetena menar han[153] att detta snarast beror på oklarheter i dessa, vilket

att hemlighålla under förutsättning att uttryckligt, grundlagsenligt lagstöd finns för denna avtalsreglering av tystnadsplikten. Här ställs högre krav än i tidigare doktrin, där den allmänna uppfattningen varit att det generellt sett är möjligt att på detta sätt avtala bort yttrandefrihet; se ovan vid not 137.

150. A.a.s. 317 f. Följaktligen får antas att Westberg är kritisk till utgången i det ovan i 18.3 behandlade målet NJA 1986 s. 489, där en tilltalad dömdes för rattfylleri trots att det blodprov som utgjorde bevismaterial tagits på ett lagstridigt sätt.
151. A.a.s. 318.
152. Westberg s. 322. Det kan dock tilläggas att Westberg i sitt resonemang härom utgick från att det i anställningsavtal verkligen finns en klausul om blod- eller urinprovstagning, vilket inte var fallet i AD 1991:45.
153. A.a.s. 324-327.

det faktiskt går att hålla med om. Justitieministerns kategoriska uttalande i prop 1975/76:209 om att termen »det allmänna» i RF 2 kap. inte åsyftar riksdagen som stiftare av civillag framtvingar t.ex., om det tas för gott, en grundlagstolkning i strid med ordalydelsen; ingenting i RF:s text ger nämligen stöd för denna uppfattning.[154] Som Westberg påpekar utgick grundlagstiftarna från nödvändigheten av att hålla i sär subjektrelationerna »det allmänna-den enskilde» och »enskild-enskild», inte främst för att det saknades skäl för grundlagsskydd för medborgerliga rättigheter i förhållanden mellan enskilda[155] utan av lagstiftningstekniska skäl.[156] En reglering som enbart utgick från vem som i den aktuella situationen faktiskt gjorde ingreppet i den enskildes rättighet var dock inte tillfyllest, eftersom även efterlevnaden av regler som gäller förhållandet mellan enskilda i sista hand måste genomdrivas av offentliga organ. Enligt FRU skulle därför syftet med det allmännas ingrepp vara avgörande; om detta skedde för att genomdriva ett privaträttsligt anspråk kunde RF:s regler inte åberopas. Mot polisens åtgärd för att avbryta ett politiskt eller religiöst möte som hölls i en samlingslokal vilken inte blivit vederbörligen upplåten för ändamålet skulle t.ex. inte RF:s regler kunna åberopas, såvida inte polisen skulle gå för långt och tillgripa »frihetsberövanden eller ingrepp i någons kroppsliga integritet».[157] Som Westberg uttrycker det skulle alltså RF:s rättighetsregler bli aktuella i civilrättsliga sammanhang beroende på arten av tvång.[158]

Det anförda är tillräckligt för att visa att uttalandena i RF:s förarbeten är motsägelsefulla och oklara, varför ingen avgörande vikt kan tillmätas de kategoriska motivuttalandena om bristen på tredjemanseffekt av reglerna i 2 kap. Om någon sådan effekt de sententia ferenda skall förordas i svensk rätt är Westbergs överväganden i hög grad beaktansvärda, eftersom de inte bygger på någon total omtolkning av gällande regler utan snarare på en extensiv tolkning av dessa, för vilken goda skäl kan anföras. Avgörande för om denna omtolkning skall anbefallas måste emellertid vara huruvida något reellt behov av ett sådant, i grunden trots allt nytt synsätt föreligger. Och det finns faktiskt mycket, inte minst mot bakgrund av diskussionen om 1991 års AD-avgörande och den föreslagna meddelarfriheten mellan enskilda, som talar för att större hänsyn än tidigare precis som i Tyskland bör tas till denna aspekt av rättighetsskyddet. Även det stora allmänna intresset för målet om den uppsagde vid Värö Bruk kan anföras i detta sammanhang. Antalet situationer då enskilda känner ett behov av att åberopa rättighetsregler även mot andra enskilda lär i framtiden snarare bli fler än färre än vad som hittills varit

154. Just denna formulering godtogs dock av lagrådet i ett utlåtande över en centerpartistisk motion om förbud mot kollektivanslutning till politiskt parti; enligt lagrådet saknades det anledning att inte tillmäta uttalandet »avgörande betydelse». Se KU 1984/85:30.
155. Jfr dock prop 1975/76:209 s. 86.
156. Se t.ex. SOU 1975:75 s. 98: »Slutsatsen av det nu förda resonemanget blir att det inte är praktiskt möjligt att i grundlag ta in en generell reglering av skyddet för de medborgerliga fri- och rättigheterna såvitt gäller förhållandet mellan de enskilda inbördes. Man skulle i så fall – utan att ändå helt kunna överblicka verkningarna av regelsystemet – tvingas till en reglering som så detaljerat anger vilka beteenden som är förbjudna och vilka påföljder som skall knytas till de uppställda förbuden att den till följd av sin omfattning svårligen kan rymmas inom en rimligt tilltagen ram.»
157. SOU 1975:75 s. 186 o. prop 1975/76:209 s. 140.
158. A.a.s. 326 f.

fallet.[159] Precis som i Tyskland bör dock begreppet Drittwirkung i så fall ges en begränsad räckvidd; som Westberg uttalat bör det normalt inte komma i fråga att ge enskilda möjlighet att åberopa reglerna i 2 kap. RF – eller i TF och YGL[160] – mot andra enskilda som agerar på egen hand, utan bistånd från det allmänna. Det är främst det allmännas genomdrivande av enskilda anspråk vilka står i strid med RF som kan ifrågasättas.[161]

19.10 Abwägung/balancing i svenska domstolars lagprövning

Som framgått ovan i kap. 7 och 10 har begreppen Abwägung respektive balancing stor betydelse i tysk respektive amerikansk rätt. I bägge länderna gäller detta trots att grundlagarna inte har något att säga i frågan; Abwägung respektive balancing är metoder för bedömning av rättighetsbegränsningar och rättighetskollissioner som utvecklats i domstolarnas praxis.[162]

Givetvis är det dock fullt tänkbart att balancing föreskrivs i eller följer av en viss rättighetsregel, som av en domstol inte kan ges en konkret innebörd utan att metoden tillämpas[163]; ett exempel är art. 1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen. Vad gäller reglerna i 2 kap. RF kan vissa skäl anföras för att beskrivningen av yttrande- och informationsfrihetens »kärnområde» i 2:13 st. 2 på detta sätt framtvingar balancingresonemang när bestämmelsen skall tillämpas i praxis.[164] Även stadgandet i 2:13 st. 1 p. 3 om att yttrande- och informationsfriheten alltid får begränsas till förmån för »särskilt viktiga skäl» har den karaktären. Ännu så länge måste dock ett sådant resonemang betraktas som en utpräglat teoretisk övning; i rättspraxis lyser sådana tankar nämligen så gott som helt med sin frånvaro, vilket givetvis hänger samman med bristen på lagprövningspraxis avseende både rättighetsbegränsande lagar och rättighetskollissioner. Det är knappast någon tillfällighet att begreppen Abwägung och balancing blivit så väsentliga

159. Se om utvecklingen i Tyskland kap. 7.5.1 o. 7.6. Detta är f.ö. också Westbergs uppfattning; denne konstaterar att konsekvenserna inom avtalsrätten av den utveckling han förordar lär bli långtgående; kraven på ny lagstiftning lär bli många. Men, menar han, detta är ett pris som man får betala om man vill att de medborgerliga rättigheterna skall ha ett konsekvent grundlagsskydd: »Om man drar sig för att ställa till oreda på kontraktsrättens område och hellre föredrar ett haltande grundlagsskydd, uppkommer det förr eller senare situationer där inkonsekvenserna blir besvärande.» (A.a.s. 320, se även s. 327).
160. Jfr TF 1:1-2 och 4 samt YGL 1:1 och 1:3-4, där det framgår att också rättigheterna i dessa lagar gäller direkt endast mot »det allmänna».
161. Jfr Rawls, Political Liberalism s. 367: »...an effective public conception of justice...do not enforce undertakings which waive or limit the basic liberties.»
162. Se närmare om metodens användning i respektive land kap. 7.4.1.4 resp. 10.14.3.2.
163. Jfr Barendt, Freedom of speech s. 148: »The balancing process...may be mandated by the text itself or be (as in the United States) a judicial technique developed in order to avoid the difficulties of the »absolutist» position.» Detta synsätt skulle troligen inte godtas av Dworkin, vars distinktion mellan *rules* och *principles* bygger på att regler antingen tillämpas eller inte, medan principer kan tillämpas i högre eller lägre grad. Se Taking Rights Seriously s. 24 ff. Denna del av Dworkins teori har dock ingen direkt relevans för den reella statsrätten.
164. »*Vid bedömandet av* vilka begränsningar som får ske med stöd av första stycket skall särskilt beaktas vikten av vidaste möjliga yttrandefrihet och informationsfrihet...» Se närmare Hahn, a.a.s. 594.

just i Tyskland och USA, de två länder där konstitutionell rättspraxis har särskilt stor omfattning. Innan de svenska domstolarna överhuvudtaget börjat utöva sin lagprövningsrätt regelbundet är det knappast meningsfullt att diskutera utrymmet för dessa metoder i svensk rätt. Vad som dock möjligen kan framtvinga en ändring härvidlag är den nya lydelsen av RF 2:18, enligt vilken varje medborgares egendom skall vara tryggad »genom att ingen kan tvingas att avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.»[165] Denna regel lär inte kunna tillämpas utan att domstolarna begagnar sig av Abwägung-metoder.

Ett utlåtande där lagrådet, med åberopande av proportionalitetsprincipen, gjorde en tydlig intresseavvägning av Abwägung-karaktär gällde det tidigare berörda förslaget om nya hämtningsregler. Lagrådet anförde där följande: »Åtgärden tillhör det slag av begränsningar av den enskildes frihet till person som enligt 2 kap. 12 § andra stycket regeringsformen aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. En avvägning skall därför ske mellan det ändamål hämtning i de nu berörda fallen skall tjäna och det ingrepp i den enskildes frihet som åtgärden ger utrymme för. En sådan avvägning leder – såvitt avser vittnen, parter i indispositiva tvistemål och målsägande i brottmål – enligt lagrådets mening till att hämtning endast bör medges under förutsättning att åtgärden är nödvändig därför att den som skall infinna sig inte på annat sätt har kunnat förmås att själv inställa sig. Detta förutsätter att han har lämnats tillfälle därtill.»[166]

Ett rättsfall där ett utpräglat avvägningsresonemang förekom, som dock varken gällde en rättighetsbegränsande lag eller en rättighetskollission utan en renodlad intresseavvägning, är det ovan i 19.9 nämnda AD 1991:45. Utgången i målet motiverades där bl.a. med följande resonemang:

> Utgångspunkten är att det föreligger en intressekollission mellan det intresse av att värna säkerheten på arbetsplatsen för ställningsmontörerna själva och andra arbetstagare vilket föranledde beslutet om provtagning och, på andra sidan, den enskilde arbetstagarens intresse av skydd för sin personliga integritet. I detta fall väger det först nämnda intresset synnerligen tungt...Vid bedömandet av den enskildes motstående intresse av skydd för sin integritet måste beaktas att ingreppet som sådant allmänt sett får betraktas som ringa och att genomförandet har skett på ett sätt som från den enskildes synpunkt rimligen borde kunna te sig väl avvägt och godtagbart. Det står klart att provtagningen var inriktad på just det enskilda säkerhetsproblem som var i fråga och någon befogad anledning att befara missbruk från företagshälsovårdens sida kan rimligen inte ha förelegat. Såvitt utredningen ger vid handen har också en för situationen och ändamålet med provtagningen tillräcklig information lämnats till arbetstagarna före provtagningen...Slutligen får... tilläggas att det inte kan vara riktigt att se provtagningen som ett uttryck för misstankar mot eller bristande förtroende för enskilda arbetstagare som väl sköter sitt arbete och inte missbrukar cannabis. Provtagningen kan inte rätteligen på det sättet betraktas som kränkande för den enskilde. Arbetsdomstolen gör den bedömningen att bolagets skäl för beslutet om urinprovstagning väger över de invändningar som samorganisationen har rest under hän-

165. En snarlik utformning av 2:18 föreslogs f.ö. 1988 av Bogdan, som menade att grundlagsregeln skulle kunna föreskriva att ingrepp i äganderätten endast fick ske för att tillgodose ett sådant angeläget allmänt intresse som väger tyngre än ägarens intresse av att ingreppet inte genomförs, varefter domstolarna borde göra en intresseavvägning i enskilda fall. Bogdan uttalade sig här således till stöd för en ad hoc-präglad Abwägung; se Grundlagsskyddet för äganderätten s. 84 och jfr ovan kap. 7.5.2.2 och 10.14.3.2 under b.
166. Prop 1986/87:89 s. 251.

visning till de enskildas anspråk på skydd för den personliga integriteten.

Det anförda fallet var således inget exempel på typiskt Abwägungresonemang. AD:s argumentation i målet visar dock att intresseavvägningar **som sådana** inte behöver vara främmande eller överdrivet komplicerade för svenska domstolar. I praxis finns också flera exempel på att Abwägungresonemang förts.[167] (I doktrinen saknas däremot en ingående studie av vilken roll intresseavvägningar av olika slag spelar i svensk rättspraxis.) Många lagregler t.ex. på det civilrättsliga området är av den karaktären att de i praxis närmast framtvingar avvägningsresonemang; detta är troligen fallet med 36 § avtalslagen och flera bestämmelser i skadeståndslagen (t.ex. 6:2). Faktorer som den ändrade lydelsen av RF 2:18, Europakonventionens införlivande i svensk rätt och att svenska domstolar numera också måste ta hänsyn till EG-rätten bör i framtiden kunna leda till ett något ökat bruk av Abwägung i svensk rätt, även på det konstitutionella området. Huruvida det då kommer att bli fråga om principiell Abwägung eller Abwägung av ad hoc-karaktär är givetvis för tidigt att säga, men det tidigare berörda förhållandet att rättslig argumentation i Sverige normalt är föga teoretisk till sin karaktär talar nog snarare för det senare alternativet.

167. Se t.ex. NJA 1981 s. 1050, ett exempel på renodlad intresseavvägning mellan en företagares ägande- och förfoganderätt över företagets räkenskapshandlingar och en revisors rätt till ersättning för utfört arbete och NJA 1984 s. 693, där det fanns goda för och emot att tillerkänna en i Västtyskland gjord säkerhetsöverlåtelse verkan mot en tysk bilägares svenska borgenärer. Frågan var om en bil som utan gäldenärens vetskap förts till Sverige skulle kunna utmätas för hans skatteskulder här, vilket efter en avvägning mellan de olika sakskälen inte skedde. Se om fallet som exempel på avvägning Peczenik, Juridisk argumentation s. 86 f.

20. Vissa teoretiska slutsatser

I avhandlingens inledning angavs dess två syften, det rättsliga och det statsteoretiska. Som antyddes i kap. 1 är det på flera sätt vanskligt att dra långtgående slutsatser av generell karaktär om de i denna avhandling berörda frågeställningarna. De mer konkreta rättsliga slutsatser som de lege eller de sententia ferenda gjorts avseende svensk rätt har lagts fram i närmast föregående kapitel, men frågan är om det därutöver, på basis av det genomgångna materialet, går att göra några mer principiella rättspolitiska eller statsteoretiska deklarationer.

En utgångspunkt för en sådan diskussion och för de slutsatser som eventuellt låter sig dras är enligt min mening nödvändigheten av att göra en distinktion mellan generella ideologiska frågor och mer konkreta frågor om rättighetsskyddets utformning. Till de generella ämnena vill jag hänföra t.ex. den eviga frågan vilka rättigheter människan egentligen »har» (som inte utreds närmare här), men också den i kap. 1 berörda frågan om var den idealiska balanspunkten mellan majoritetsstyre och rättighetsskydd bör ligga i en demokrati, liksom vilken materiell inriktning eller »profil» rättighetsskyddet bör ha. Bör vissa rättigheter ges ett starkare skydd än andra eller bör rättighetsregler alltid tolkas på ett visst sätt, för att ge rättighetsskyddet ökad demokratisk legitimitet eller av någon annan anledning? Dessa spörsmål är generella i den meningen att det går att föra allmängiltiga resonemang om dem, i princip med universell räckvidd eller i vart fall med relevans för mer än ett land. Normativa påståenden kring dessa frågor behöver inte ta sikte på förhållandena i något visst land, även om det av rent praktiska skäl är naturligt att diskussioner om »demokratins ideala balanspunkt» eller rättighetsskyddets materiella inriktning i första hand berör förhållandena i demokratiska stater.

Frågan hur rättighetsskyddet konkret skall utformas i ett visst land är däremot av annat slag. Resonemang härom kan enligt min mening inte föras utan att rättstraditioner, kulturarv osv i staten i fråga beaktas, varför det vore futilt (och kanske rentav skadligt) att härvidlag föreslå eller tro på någon form av universell lösning.[1] Följaktligen har i avhandlingen endast (i kap. 19) framlagts vissa konkreta förändrings- eller förbättringsförslag avseende svensk rätt. Även det nu sagda behöver dock förtydligas på några punkter, såvitt gäller skillnaden mellan rättighetsskyddets utformning och dess demokratiska legitimitet.

Ross, som närmast uttalade sig om domstolarnas lagprövning men vars resonemang

1. Se för likartade ställningstaganden i doktrinen Cappelletti, The »Mighty Problem»...s. 410 ff, Dahl, Democracy and its Critics s. 192, Kelsen, La garantie juridictionnelle... s. 97 och Rawls, Political Liberalism s. 235 i n. 21. Såvitt gäller Rawls kan f.ö. konstateras att denna hans insikt är ett av de mer konkreta exemplen på att han tagit intryck av de s.k. gemenskapsfilosofernas kritik av den totala universalismen i A Theory of Justice; se närmare kap. 2.4.3 in fine.

i princip är tilämpligt på alla former av rättighetsskydd i form av »judiciel kontrol med lovgivningen» som innebär en begränsning av den valde lagstiftarens handlingsfrihet, menade att eftersom rättighetsskydd och särskilt domstolars lagprövning kan ges en mängd olika institutionella utformningar var det meningslöst att »generelt og abstrakt» argumentera för eller emot lagprövningsrätt, »som havde man med et entydigt fænomen at gøre». En meningsfull diskussion härom kunde enligt Ross inte äga rum utan att konstitutionella förhållanden och historiska förutsättningar i det enskilda landet beaktades; frågan måste dryftas konkret, dvs med hänsyn till institutionens specifika utformning under givna omständigheter.[2] Detta kan ju tyckas överensstämma väl med vad jag här anfört, men om vi analyserar Ross' uttalande lite närmare finner vi att det som enligt honom endast kan diskuteras mot bakgrund av det enskilda landets förutsättningar är behovet av rättighetsskydd, särskilt lagprövning, **som sådant**. Jag menar däremot att någon form av (effektivt) rättighetsskydd behövs i alla stater, men att **utformningen** av detta måste ta hänsyn till den enskilda statens förutsättningar.[3] Den principiella skillnaden häremellan är inte oväsentlig.

Det sagda, alltså att utformningen av de konkreta institutionerna för rättighetsskydd skall ske mot bakgrund av rättstraditionerna i respektive land, innebär inte att det går att argumentera mot t.ex. utvidgad lagprövningsrätt för domstolarna i Sverige, med påståendet att detta strider mot svensk konstitutionell tradition. Frågan gäller då hur makt skall delas mellan dömande och lagstiftande organ, vilket det i princip går att uttala sig generellt om, med avseende på alla västerländska demokratier. Däremot är påståendet att en författningsdomstol strider mot svenska rättstraditioner av annat slag; här gäller det vilka institutioner rättighetsskyddet skall anförtros åt, och då har traditionsargumentet en helt annan tyngd.[4]

Frågan om den enskilde individens rättigheter och ställning gentemot staten har debatterats i den politiska filosofin åtminstone sedan den ärorika brittiska revolutionen 1688-89. Som framgick i kap. 3 har denna ideologiska debatt sedan slutet av 1800-talet framförallt i USA fått en allt starkare anknytning till frågan om rättighetsskyddets styrka och utformning – och därmed till den konstitutionella rätten. Denna rättsliga anknytning hindrar dock inte att debatten till stor del fortfarande rör sig kring mycket gamla, traditionella ideologiska skiljelinjer; de grundläggande argumenten har dessutom, som antyddes i avsnitt 2.5, en tendens att ständigt återkomma, om än i något nya skepnader. I grunden kan vi därför alltjämt, när vi tar ställning till de grundläggande demokratifrågorna, utgå från två skilda demokratitraditioner; dels en liberal tradition, med rötter hos Locke, som starkt betonar individens fri- och rättigheter, dels en tradition som kan spåras tillbaka till Rousseau, i vilken folksuveräniteten betraktas som oinskränkt och allmänviljan manifesterar sig i lagstiftarens beslut, gentemot vilka inga rättigheter kan

2. Se Dansk Statsforfatningsret s. 182 ff.
3. Ross tycks på denna punkt länge ha stått oemotsagd i nordisk doktrin. Eivind Smith påpekar dock i Høyesterett og folkestyret (s. 292 f) att »lokale særtrekk må ikke få oss til å glemme at spørsmålet om domstolskontrollens demokratiske legitimitet i siste instans henger sammen med grunnleggende, generelle spørsmål som peker ut over det enkelte prøvingssystem».
4. Givetvis kan man dock tänka sig, om t.ex. lagrådets preventiva normkontroll vore starkare än i dag, att lagprövningsrätten faktiskt stred mot svensk tradition eftersom rättighetsskyddet helt och hållet var preventivt. Lagrådet har dock inte sådan styrka att detta argument i dag vore hållbart.

åberopas.[5] I den 1900-talsdebatt där demokrati och rättighetsskydd behandlats har så dessa idétraditioner manifesterat sig i de i kap. 3 beskrivna formerna, som materiella respektive formella demokratibegrepp. Skall man översätta dessa traditioner till konkreta konstitutionella förhållanden i dagens värld finner vi att Storbritannien är den enda av de undersökta staterna där oinskränkt folksuveränitet hyllas som konstitutionellt ideal.[6] I alla andra här behandlade rättssystem finns någon form av rättighetsskydd, som innebär att lagstiftarens och andra »suveräners» (t.ex. regeringens) beslut kan bli föremål för rättslig prövning. Utvecklingen i (väst)världen tycks rent faktiskt gå mot förstärkt snarare än minskat rättighetsskydd; härför talar t.ex. att Frankrike, det land där folksuveräniteten historiskt kanske mer än någon annanstans dominerat som konstitutionellt ideal, under det senaste kvartsseklet genom Conseil Constitutionnel fått ett verksamt rättighetsskydd. Däremot går uppfattningarna i doktrinen om **värdet**, från demokratisk och rättslig synpunkt, av ett starkt rättighetsskydd kraftigt i sär. Som framgått i kap. 3 finns t.ex. i den amerikanska doktrinen – mer än i rättspraxis – en stark restrainttradition. Också den sedan 1980-talet livliga debatten om det svaga rättighetsskyddet i Storbritannien har rört dessa principiella frågor.

Ett i kap. 3.2.1 citerat uttalande av Learned Hand från 1952 kan ses som något av en utgångspunkt för den principiella diskussionen:

> I often wonder whether we do not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws and upon courts. These are false hopes; believe me, these are false hopes. Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it. While it lies there it needs no constitution, no law, no court to save it.[7]

I liknande ordalag hade tidigare Thayer starkt betonat vikten av allmänhetens medvetenhet om värdet av frihet. Friheten krävde enligt honom »clear limits of judicial power».[8] Av intresse i detta sammanhang är att just Storbritannien senare av företrädare för restrainttraditionen i USA har åberopats som exempel på att avsaknaden av rättighetsskydd har ringa betydelse för friheten i ett samhälle. Rättighetsskydd är sålunda enligt Dahl »pretty clearly not necessary to every non-tyrannical republic, as an examination of parliamentary, but certainly non-tyrannical, democratic systems like that of Great Britain readily prove».[9] Viktigare är »extra- constitutional factors» som »the inherent social checks and balances existing in every pluralistic society».[10]

Den optimistiska tro på demokratins självvaccinerande förmåga som ryms i de citerade uttalandena kan förvisso kritiseras; vad utvecklingen i Storbritannien under 1980-

5. Jfr till det sagda t.ex. Habermas, a.a.s. 124: »Die beiden Ideen der Menschenrechte und der Volkssouveränität bestimmen das normative Selbstverständnis demokratischer Rechtsstaaten bis heute.»
6. Ovan i 2.2.1 behandlades Lockes betydelse för den ärorika brittiska revolutionen 1688-89, vars effekter än i dag består i det brittiska statsskicket. Locke skulle därför, mot denna bakgrund, även kunna uppfattas som en förespråkare för oinskränkt majoritetsstyre. Som framgick i 2.2.1 var så dock knappast fallet. Jfr även Pennock, a.a.s. 371.
7. The Spirit of Liberty s. 189-90.
8. A.a.s. 156. Jfr även Dahl, Democracy and its critics s. 172.
9. A Preface To Democratic Theory s. 12 f.
10. Ibid s. 22 o. 134.

talet visar är nämligen just att även länder präglade av stark frihetlig anda och starka demokratiska traditioner i vår tid behöver konstitutionella garantier för de medborgerliga rättigheterna för att dessa inte skall urholkas. De anförda tankarna har dock främst framförts i USA, som inslag i en långvarig debatt om domstolarnas maktställning och som argument de lege- eller de sententia ferenda till stöd för ökad restraint bland amerikanska domstolar, särskilt Supreme Court. Synpunkter som dessa får en helt annan karaktär när de framförs, t.ex. i den brittiska debatten, som försvar för den rådande ordningen. Då är det snarare fråga om vad som ibland kallats »*a good chaps theory of government*», innebärande att rättighetsskydd inte behövs eftersom medborgarna kan förlita sig på att lagstiftare, dvs politiker, är hyggliga typer som vill bli omvalda och därför ogärna kränker rättigheter.[11] Hand och Thayer betonade alltså vikten av demokratiska traditioner och folkets demokratiska medvetenhet, medan den brittiska modellen försvarats med traditioner och de styrandes hygglighet. Båda synsätten är dock varianter av ett formellt demokratibegrepp. De bygger på att demokratin är självvaccinerande och vänder sig följaktligen mot den begränsning av majoritetens handlingsfrihet som en konstitutionell reglering av rättigheterna och framförallt ett konstitutionellt rättighetsskydd innebär.[12]

Även i Sverige har folksuveräniteten och majoritetsprincipen länge varit de härskande konstitutionella idealen[13], varför den brittiska rättighetsdebatten och hela *exemplet Storbritannien* är av särskilt intresse här. Vikten av att domstolar inte får någon politisk makt, att riksdagens makt inte beskärs, att konflikter mellan lagstiftande och dömande organ undviks samt att domstolarna inte politiseras eller förlorar sitt anseende har ständigt upprepats i olika förarbetsuttalanden. Dessa uppfattningar har starkt bidragit till att lagprövningsrätten i RF 11:14 blivit så inskränkt. De politiker och jurister som förfäktat dessa åsikter borde rimligen i Storbritannien ha funnit sitt konstitutionella ideal. Det brittiska exemplet visar dock vilka problem avsaknaden av rättighetsskydd leder till i en modern demokrati, där lagstiftningen omfattar allt fler områden av samhällslivet. Behovet av lagprövning har ökat i takt med statsmaktens utbredning i de moderna välfärdssamhällena. Kanske är det enda riktigt verkningsfulla medlet mot en maktkoncentration till lagstiftande och verkställande organ, som på sikt kan bli ett hot mot demokratin, ett ökat utrymme för lagprövningsrätt, så att den dömande makten brer ut sina tentakler parallellt med de andra organen.[14] Tiden är ute för varje »good chaps theory of

11. Se särskilt Lee, a.a.s. 783.
12. Kritiker av den materiella demokratimodell som bygger på ett starkt rättighetsskydd och inte utesluter activism, som Dahl (i A Preface to Democratic Theory) och Bork (se 10.15.4.2 i n. 545), benämner gärna den materiella demokratimodellen »Madisonian». Detta är logiskt såtillvida att Madison kritiserade just den formella demokratisyn som endast bygger på en tilltro till folket (eller till politikerna). Se Federalist No. 51, i The Federalist s. 356: »If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.»
13. Jfr kap. 16, 17.1.1 samt 18.1.2 o. 18.4.
14. Jfr Cappelletti, The »Mighty Problem»...s. 438: »The ever-increasing powers of the legislative and executive branches justify, indeed demand, a parallel growth of the judicial power to preserve a balanced system. This is an inevitable tenet of »checks and balances.» Se även The Law-Making Power... s. 27, 29 o. 33 och Avril/Gicquel, a.a.s. 8 f.

government», ett synsätt som hörde hemma i en mer idyllisk värld.[15]

Problemen med rättighetsskyddet i rättssystem där skrivna rättighetsregler i stort sett saknas och rättighetsskyddet främst bygger på rättspraxis eller sedvana visas förutom av Storbritannien även av EG-rätten, där debatten om förstärkning av rättighetsskyddet är lika gammal som själva det skydd EG-domstolen utvecklat.[16] För att medborgarnas fri- och rättigheter skall respekteras är det dock inte tillräckligt att de garanteras i stolta och högtidliga proklamationer. Skall de skyddas effektivt måste de också vara gällande rätt och möjliga för enskilda att åberopa inför domstolar och myndigheter. Domare och andra jurister måste vara beredda att tillämpa rättighetsreglerna och får absolut inte betrakta dem enbart som abstrakta principer. Både rättigheternas rättsliga ställning och rättskulturen i ett land har således stor betydelse för rättighetsskyddet. Rättighetsskyddet är i sin tur inte den enda garantin, utan ett av flera erforderliga värn för rättigheter, frihet och demokrati.[17] Men även om juristernas, politikernas och medborgarnas attityder också har stor betydelse, är det uppenbart att en rättighetskatalog och andra former av konstitutionella garantier för rättigheternas genomslagskraft kan bidra till att forma dessa attityder.[18] I en stat utan rättighetsskydd, eller med ett svagt sådant, tvingas medborgarna i högre grad förlita sig på att politikerna är »good chaps», med en medveten vilja att värna rättigheterna, medan rättigheterna omvänt tas på större rättsligt allvar i en stat med väl utvecklat rättighetsskydd.[19] Rättighetsreglerna i 2 kap RF skulle t.ex. troligen få ökad rättslig betydelse om uppenbarhetskravet i 11:14 avskaffades.

Den i förhållande till Storbritannien motsatta ytterligheten, dvs en demokrati där rättighetsskyddet är så starkt att det verkligen utgör en kraftig begränsning av lagstiftarens handlingsfrihet, representeras i denna undersökning närmast av Tyskland och USA. I och för sig är det dock tveksamt om något av dessa länder utgör en sådan ytterlighet eller om någon sådan överhuvudtaget existerar någonstans[20], men i bägge länderna har domstolarna fått en reell politisk makt, som de använt vid mer än enstaka tillfällen. Att denna makt i Tyskland tillkommer en särskild domstol, Bundesverfassungsgericht, och i USA i princip alla domstolar (även om den främst utövas av Supreme Court) har kanske ingen avgörande betydelse i sammanhaget, men däremot är det intressant att lagprövningsrätten är betydligt mer ifrågasatt i USA än i Tyskland, liksom att Bundesverfassungsgericht i praxis tillerkänts större rätt än de amerikanska domstolarna att pröva

15. Jfr Feldman, a.a.s. 63: »The British have displayed a degree of complacency about the extent of their liberties. If there is a presumption in favour of individual liberty, it makes sense to think of citizens as free except to the extent that the freedom has been lawfully abridged by the sensible and politically accountable legislature...However, the presumption in favour of freedom has ceased to restrain governments and Parliament as much as it once did...».
16. Jfr kap. 11.6. Dessa problem illustreras också av den praxis som S.Ct. sedan slutet av 1960-talet utvecklat kring s.k. fundamental rights vilka inte nämns i konstitutionstexten; se kap. 10.12.3.
17. Jfr Dworkin, A Bill of Rights... s. 14, Brennan, a.a.s. 432 o. 439 f samt Feldman, a.a.s. 909 ff.
18. Jfr Brennan s. 439 f och Skelly Wright, a.a.s. 324: »Maintaining freedom of all our people, particularly minorities, depends in large measure on the lawyers and the judges. They cannot do it bare-handed. They must have a sword and a shield. In a democratic system, the only effective instrument so far devised by the mind of man is an entrenched and judicially enforceable bill of rights.» Jfr även Smith, Høyesterett og folkestyret s. 327.
19. Jfr Dworkin, a.a. och Feldman s. 911 o. 913.
20. Jfr Friedrich, Constitutional Government s. 127.

även frågor av klart politisk natur.[21] Inte heller finns i den tyska doktrinen som i den amerikanska någon stark tradition av restraintförespråkande. Vad beror skillnaderna på?

Som antyddes i kap. 7.7 är den förklaring som ligger närmast till hands, utöver rent historiska orsaker i respektive stat, det större mått av politiskt oberoende som präglar Bundesverfassungsgericht jämfört med Supreme Court. Den politisering av Supreme Court som blivit följden av det speciella tillsättningsförfarandet gör lätt domstolen till måltavla för kritik mot dess stora politiska makt, vilket inte ändras av det faktum att flera ledamöter sedan de utsetts agerat i strid med förväntningar som kan ha funnits på dem vid tillsättningen. Bundesverfassungsgericht kan inte på samma sätt misstänkas för att främja vissa politiska intressen, vilket leder till slutsatsen att **graden av politiskt oberoende** för de rättighetsskyddande institutionerna är av stor betydelse för rättighetsskyddets effektivitet (samt för det allmänna förtroendet för och acceptansen av rättighetsskyddet).[22] Politiskt inflytande tycks inte i sig vara något hinder för sådant förtroende; Bundesvertassungsgericht är ju politiskt mäktigare än någon amerikansk domstol.

De generella slutsatser som kan dras om demokratins idealiska balanspunkt är därför enligt min mening att rättighetsskyddet bör vara starkt, så att enskildas rättigheter inte lätt åsidosätts, och främst ligga i händerna på domstolar och andra rättsliga organ vilka åtnjuter så stort oberoende och oavhängighet från de politiska organen som möjligt.

En fråga är om organ som Conseil Constitutionnel eller lagrådet, vilka kommer in i bilden redan innan lagen antagits, kan vara tillräckligt oberoende från de politiska organen. För lagrådets del är frågan de lege lata av mindre betydelse, eftersom det aldrig måste höras och saknar vetorätt, men Conseil Constitutionnel tycks i princip uppfatta sig som och åtnjuta lika stort oberoende från de politiska organen som flertalet författningsdomstolar. Formerna för utnämning av ledamöterna i författningsdomstolar och -råd samt liknande organ tycks generellt vara viktigare för dessas politiska oberoende än de exakta formerna för deras normkontroll.[23]

Detta hindrar givetvis inte att olika former av minoritetsskydd i lagstiftningsproceduren också kan utgöra värdefulla former av rättighetsskydd. Problemet med dessa former av rättighetsskydd är dock att de sällan torde bli lika verkningsfulla som det skydd oberoende domstolar (eller preventivt verkande organ som Conseil Constitutionnel) kan utöva, **utan att samtidigt allvarligt inskränka** den demokratiskt utsedda majoritetens möj-

21. Jfr kap. 7.3.4.2 o. 7.7 med 10.3.1.4 under d.
22. Se allmänt om betydelsen av rättsligt oberoende för ledamöterna av en författningsdomstol eller liknande organ Curt Olsson, a.a.s. 501 och Rostow, a.a.s. 197.
23. Av stor vikt för domarnas eller ledamöternas självständighet är givetvis också att de i princip är oavsättliga, om de inte begår något svårare brott eller liknande, under den tid de är förordnade. Härvidlag åtnjuter även svenska domare en stark ställning (se RF 11:5), varför deras mycket försiktiga hållning i lagprövningsfrågor måste förklaras på annat sätt, t.ex. med deras stora respekt för lagstiftaren (jfr kap. 18.4).

ligheter att lagstifta och genom normalt beslutsfattande styra landet.[24] Majoritetsstyret är en av demokratins bärande tankar, som inte kan inskränkas alltför mycket om demokratin skall fungera. Att rättighetsskydd utövat av judiciella organ, till skillnad från ett skydd enbart i lagstiftningsproceduren, kan ge rättigheterna tillräckligt starkt skydd utan att i orimlig utsträckning inskränka majoritetsstyret har tre orsaker: För det första blir inte alla lagar föremål för domstolsprövning, medan en minoritet i parlamentet (eller t.ex. en andrakammare med vetorätt) i princip kan blockera alla lagar. För det andra innebär starka former av minoritetsskydd, vilka ger en liten minoritet möjlighet att blockera lagförslag, att vissa minoritetsgrupper i parlamentet, kanske genom att ingå en koalition, helt kan blockera det normala lagstiftningsarbetet och därmed hindra att staten styrs på normalt sätt; sådana risker finns inte med judiciell prövning. För det tredje har domstolar och andra rättsliga organ som Conseil Constitutionnel krav på sig att utförligt motivera sina ställningstaganden, krav som aldrig kan riktas mot minoriteter i parlamentet. Härigenom möjliggörs debatt om rimligheten i de avgöranden där lagar åsidosätts.[25] Om en domstol ofta åsidosätter lagar på vaga eller ensidigt ideologiska grunder (som Supreme Court under Lochnereran) lär domstolens befogenheter snabbt komma att ifrågasättas.[26]

Demokratins idealiska balanspunkt rubbas alltså både då rättighetsskydd saknas, som i Storbritannien, och när rättighetsskyddet blir för starkt, så att det hindrar majoriteten från att styra landet (som t.ex. i USA under slutet av Lochnereran, när Roosevelt inte kunde genomföra sitt reformprogram The New Deal). Ytterligare något bör dock sägas om förhållandet mellan majoritetsstyre och minoritetsskydd.[27] Innebär demokrati att vinnarna i det senaste valet skall ha oinskränkt lagstiftningsmakt eller är det nödvändigt att finna vägar att skydda individer och olika minoriteter från ett oinskränkt majoritetsstyre, som riskerar att utvecklas till majoritetstyranni? Och hur skall detta minoritetsskydd i så fall undgå att inkräkta på det demokratiska flertalsstyret som sådant?

24. Även Dahl avvisar skyddsmekanismer i lagstiftningsproceduren på den grunden att dessa för att vara effektiva ger minoriteter ett alltför starkt inflytande över lagstiftningen och därför innebär en otillbörlig begränsning av majoritetsstyret. Se Democracy and its critics s. 185 f och A Preface...s. 133, anförda ovan i 3.2.2.1 på s. 122 vid n. 67. Utan att ansluta mig till Dahls formella demokratibegrepp anser jag att han åtminstone indirekt har rätt på denna punkt; dessa former av skyddsmekanismer kan inte ensamma bli lika starka som domstolars och andra rättsliga instansers normprövning utan att i orimligt hög grad inskränka majoritetsstyret, en av demokratins huvudprinciper. Jfr även Freeman, a.a.s. 354.
25. Se bl.a. Smith, Rettslig prøving...s. 133 och Dworkin, A Matter of Principle s. 70.
26. Härav skall dock inte dras den slutsatsen att omfattande lagprövningsrätt för domstolarna, eller en aktivistisk domstol som Warrendomstolen, i sig innebär någon särskild »fara» för demokratin, eller ens en ökad risk för okloka beslut än en försiktig domstol vars praxis präglas av restraint. I USA är det t.ex. en vanlig uppfattning att S.Ct. begått väl så stora misstag när den givit prov på restraint som när den varit aktivistisk; exempel är Plessy v. Ferguson, där apartheidliknande åtskillnad mellan svarta och vita godtogs med åberopande av »the separate but equal doctrine», Dennis v. U.S, där McCarthyårens undantagslagstiftning beträffande misstänkta kommunister upprätthölls och Bowers v. Hardwick, där en lag som kriminaliserade homosexuellt umgänge upprätthölls. Jfr Dworkin, Mr. Liberty s. 20 i n.4 samt ovan i kap. 10.11.2.1, 10.10 o. 10.13. Givetvis är det också så, som berördes i diskussionen om nuvarande praxis i S.Ct. i 10.13, att en domstol i praktiken kan vara aktivistisk, på så sätt att den främjar vissa värden, bakom en officiell restraint-attityd.
27. Se för en hänvisning till äldre doktrin härom Dahl, A Preface...s. 36 not 2. Se även kap. 2.2-3 för en idéhistorisk tillbakablick.

Det är viktigt att slå fast betydelsen av att majoritetsstyret måste vara grundprincipen, oavsett rättighetsskyddets konkreta utformning. Majoritetsprincipen är en nödvändig förutsättning för demokrati[28] och kan, på ett mera principiellt plan, ses som en konsekvens av »den fria, på jämlikhet grundade åsikts- och handlingskonkurrens som demokratin förutsätter».[29] De demokratiska beslutsformerna, med en garanti för att de uppfattningar som majoriteten – antingen i väljarkåren eller i det organ som utövar statlig makt, t.ex. riksdagen – ger uttryck för också blir gällande, utgör också en garanti för att maktskifte är möjligt, så att dagens minoritet kan bli morgondagens majoritet.[30]

Däremot är det tveksamt om majoritetsprincipen också är en **tillräcklig** förutsättning för en fungerande demokrati.[31] Demokratin kräver i det moderna samhället också ett starkt rättighetsskydd, som kan tvinga majoriteten att ta hänsyn även till individers och minoriteters intressen.[32] Som Pennock uttryckt det är det oftast till demokratiska ideal som »individual worth, autonomy and equality» som »we appeal in case of doubt as to whether or not a particular practice is democratic»; vad Taxell kallar demokratins värden tycks i praktiken ha blivit en oskiljaktig del av den moderna demokratin.[33]

Om vi utgår från att rättighetsskydd, oavsett i vilken form det förekommer, innebär en inskränkning av majoritetsstyret (men därför inte nödvändigtvis av demokratin)[34] så

28. Jfr Böckenförde, a.a.s. 337.
29. Jfr Taxell, a.a.s. 28.
30. Jfr Bobbio, The Future of Democracy s. 63 samt Anckar, Finland: Majoritetsmakt och minoritetsfrihet s. 131 ff. Anckar tar inte ställning i valet mellan formellt och materiellt demokratibegrepp men betraktar garantin för majoritetsregelns fortlevnad som det viktigaste innehållsmässiga kravet på demokrati. Härav följer dock inte nödvändigtvis att majoritetsbeslut också har ett självständigt **etiskt** värde. Som Peczenik framhåller kan de mycket väl vara orättvisa, varför de »är etiskt värdefulla blott indirekt, närmare bestämt i den mån som de utgör en approximation av den utilistaristiska sammanvägningen av människornas preferenser.» Se Vad är rätt? avsn. 1.5.3 under A2, jfr 1.5.1 under C3. Jfr även Sartori, a.a.s. 138 och Brian Barry, Democracy, Power and Justice, Oxford 1989 s. 54 samt om Tocqueville ovan i 2.3.2.
31. Dahl skiljer här mellan två förhållningssätt, nämligen »majority rule in the weak» respektive »in the strong sense», dvs som nödvändig respektive tillräcklig förutsättning för lagstiftning (och därmed för demokrati). Se Democracy and its critics s. 135 ff. Barry menar (a.a.s. 42) att majoritetsstyre helt enkelt »cannot be equated with democratic procedures», men denna kategoriska slutsats bör kanske reserveras för den enkla majoriteten; ett mer nyanserat resonemang bör inkludera även olika former av krav på kvalificerad majoritet, jämförda med t.ex. krav på enhällighet; jfr Pennock, a.a.s. 7 ff.
32. Jfr Friedrich, Limited Government s. 42: »In my opinion, the flat majoritarian position represents a common error made by many progressives, and it is in the interest of a progressive majority that it should be opposed. Modern democracy urgently requires our abandoning this abstract, mathematical view of the problem of majority rule.» Se även Peczenik, Vad är rätt? avsn. 1.5.1 under C3 in fine och Rawls, Political Liberalism s. 365: »...the priority of the basic liberties implies that they cannot be justly denied to anyone, or to any group of persons, or even to all citizens generally, on the grounds that such is the desire, or overwhelming preference, of an effective political majority, however strong and enduring.» Peczeniks tio demokratikriterier (se ovan i 3.2.4.2) kan f.ö. ses som ett försök att klargöra när de tillräckliga förutsättningarna för demokrati föreligger.
33. Se Pennock, a.a.s. 9 samt om Taxell ovan i kap. 3.2.4.2.
34. Jfr om Chemerinskys huvudtes i avsnitt 3.2.3 samt om Peczenik i 3.2.4.2; Peczenik menar ju t.o.m. att samhället är mer demokratiskt ju starkare rättighetsskyddet är. Även för Isaiah Berlin är styrkan i skyddet för den enskildes frihet måttet på friheten i samhället; se a.a.s. 175 ff. I sammanhanget kan anmärkas att överförandet av svensk beslutsbefogenhet till EU från 1 januari 1995 genom ändring av RF 10:5 gjorts beroende av att EU:s rättighetsskydd håller samma nivå som det svenska; se närmare kap. 14.1 i n 2.

kan detta rättfärdigas antingen, som Justice Jackson gjorde 1943[35], med att vissa värden är så viktiga att de måste placeras utom räckhåll för lagstiftaren, eller med det mer funktionella argumentet att total handlingsfrihet för majoriteten är skadlig för demokratin som sådan och kan bli ett hot mot denna. Det förra argumentet bygger normalt på ett materiellt demokratibegrepp[36], medan det senare även kan bygga på en inte alltför inskränkt formell demokratidefinition.[37]

Förespråkarna för oinskränkt majoritetstyre bortser så gott som helt från dessa aspekter. Ross menade som vi sett att varje »hinder i vejen for det til enhver tid rådende flertal» att genomföra vad denna majoritet önskar stred mot folksuveräniteten, »en bærende tanke i demokratiet».[38] I **princip** förordade Ross således oinskränkt majoritetsstyre som ett demokratiideal. Så förbehållslösa bekännelser till obegränsat majoritetsstyre är förvisso ovanliga i debatten om demokratin och flertalsstyrets gränser, men Dahl ligger mycket nära Ross (och går stundtals till och med längre än denne).[39] Dahl medger i och för sig att majoritetsstyret har sina brister[40], men likställer så gott som alla former av rättighetsskydd med minoritetstyranni, som par définition är sämre än majoritetstyranni.[41]

Anhängare av ett formellt demokratibegrepp som Dahl och Ross nedvärderar farorna med ett obegränsat majoritetsstyre (eller tycks inte inse att ett sådant kan vara förenat med vissa risker). Diskussioner kring vilka värden som värnas bäst genom majoritetsbeslut (kort- eller långsiktiga, samhällsnyttiga eller mer principiella[42]) saknas helt. Risken för kränkningar av minoriteters och individers rättigheter viftas bort eller ses som obetydliga i förhållande till de olägenheter som inskränkningar av folksuveräniteten skulle medföra. Det faktum att oinskränkt majoritetsstyre innebär att det saknas konstitutionella **gränser** för majoritetens rätt att inskränka medborgarnas rättigheter anses inte vara något bekymmer, eftersom det betraktas som uteslutet att några mer allvarliga rättig-

35. I West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 638 (1943). Se ovan i 3.3.2.
36. Jfr t.ex. Chemerinsky, Interpreting the Constitution s. 19. Detta är också Eivind Smiths poäng när han menar att lagprövning inte är odemokratisk trots att företeelsen innebär en inskränkning av majoritetsstyret, eftersom detta »ikke er den eneste verdi å ta vare på»; se Höyesterett og folkestyret s. 325 o. 333.
37. Jfr Cappelletti, Repudiating Montesquieu? s. 28.
38. Dansk Statsforfatningsret s. 169, se ovan avsnitt 3.2.4.1.
39. Oinskränkt majoritetsstyre i sin mest renodlade form har kanske mest renodlat förespråkats av Rousseau; jfr ovan i 2.2.3.1. Dahl och Ross tycks stundtals ligga ganska nära Rousseau i sin syn på majoritetsstyret.
40. Se Democracy and its critics s. 152 o. 162: »...the defects in majority rule are far too serious to be brushed aside. They oblige us to look with the utmost skepticism on the claim that democracy necessarily requires majority rule.»
41. Ibid s. 162: »Yet we are entitled to be just as skeptical about claims that an alternative would be clearly superior to majority rule or more consistent with the democratic process and its values.» Se även s. 155 f o. 185 f, där i stort sett alla former av minoritets- och rättighetsskydd döms ut, samt A Preface...s. 133. På s. 31 f i A Preface... görs rentav ett försök att kompromettera alla tankar på rättighetsskydd genom att koppla sådana förslag till olika former av totalitära läror, vilka varit skeptiska till majoritetsstyre. Den enda begränsning av majoritetens handlingsfrihet som Dahl skulle kunna godta vore ett beslut fattat med enkel majoritet, varigenom den röstande församlingen (antingen alla väljare eller parlamentet) beslöt att vissa frågor framgent skulle avgöras med kvalificerad majoritet, samt i vissa fall lagprövning till förmån för politiska rättigheter. Se Democracy... s. 154 o. 191.
42. Jfr t.ex. Dworkins teori om principles kontra policies, behandlad ovan i 3.3.2.2, samt Chemerinsky, The Vanishing Constitution s. 83 ff.

hetskränkningar någonsin skall kunna äga rum i en demokrati. Det demokratiska systemet i sig betraktas som ett tillräckligt värn häremot. I nordisk konstitutionell doktrin har sådana uppfattningar länge varit helt dominerande. Modifieringar eller avvikelser, som Eivind Smiths tanke att det viktigaste bålverket mot odemokratiska aktioner finns i den demokratiska kulturen som sådan, men att lagprövning kan bidra till att majoriteten inte känner sig frestad att överträda grundlagen eller påtvinga andra sin livssyn[43], framstår som rena undantag. (Att sådana synsätt blivit något vanligare på senare år antyder dock möjligheten av ett paradigmskifte under uppsegling.)

Slutligen skall här behandlas en fråga, som har att göra med rättighetsskyddets rättsliga inriktning men i den internationella konstitutionella och rättspolitiska debatten främst åberopats för att förklara dess legitimitet (vilket är begripligt såtillvida att den har ett klart samband med förhållandet mellan rättigheter och demokrati). Skall vissa rättigheter åtnjuta ett starkare rättsligt skydd än andra, för att de är särskilt viktiga för demokratin eller av någon annan anledning, så att t.ex. en domstol i en lagprövningssituation skall ställa högre krav på en lag som begränsar en »skyddad» rättighet än en lag som begränsar någon annan rättighet? Skall kanske bara vissa rättigheter skyddas av domstolarna? Eller skall i stället alla rättigheter **tolkas** på ett visst sätt, t.ex. så att deras främsta uppgift alltid är att främja en demokratisk samhällsform?

I praxis och doktrin finns framförallt två svar på dessa frågor: Dels den s.k. preferred rights-läran, som periodvis dominerat i amerikansk rätt och även haft starkt stöd i doktrinen (och som jag alltså förordar för svensk rätts del), dels den *demokratiska funktionalism* som t.ex. Ely från ett principiellt försvar för preferred rights glidit över i (och som haft stöd i äldre tysk doktrin).[44] Det är viktigt att klargöra skillnaden mellan dessa två synsätt: Enligt preferred rights-läran skall alltså vissa rättigheter i lagprövningssammanhang åtnjuta **ett starkare skydd än andra** (vilket inte innebär att endast vissa rättigheter skall skyddas). Den demokratiska funktionalismen innebär att alla rättigheter alltid skall tolkas på ett visst sätt; som faktorer i en politisk process. Som exempel på denna tolkning kan hänvisas till Elys i kap. 3.2.2.2 närmare behandlade uppfattning om rörelsefriheten som angelägen inte för den personliga frihetens skull, utan därför att den kan vara nödvändig för utövandet av centrala politiska rättigheter.[45] Den demokratiska funktionalismen innebär att rättighetsskyddet inriktas på en enda aspekt, nämligen rättigheternas betydelse för den politiska processen. En av de verkliga farorna härmed, som Ely blundar för, är som framgick i 3.2.2.2 att detta förutsätter en distinktion mellan de olika syften som medborgarna i olika situationer haft med utövandet av en rättighet. Ett utövande av en rättighet som på något sätt främjar Elys nyckelbegrepp *participation*, dvs medborgarnas deltagande i den politiska processen, skall enligt Ely skyddas av domstolarna, medan utövande av rättigheter för andra, icke-politiska syften fritt skall kunna inskränkas av lagstiftaren. Den rörelsefrihet som utövas enbart för att det är trevligt att resa runt och se sig omkring skall alltså, om resonemanget förs till sin spets, aldrig åtnjuta skydd mot lagstiftaren. Den tjuv som inte fått en korrekt rättegång i första instans, eller efter ett misslyckat inbrott berövats sin frihet utan domstolsprövning, skall inte känna

43. Se Høyesterett...s. 327.
44. Se kap. 3.2.2 och 7.5.2.5 in fine.
45. Se Democracy and Distrust s. 177 f.

sig alltför säker på att han kan åberopa några rättigheter gentemot de missgrepp som skett eftersom hans rättigheter i dessa fall är politiskt betydelselösa. Under alla omständigheter blir de rättigheter vilka saknar direkt samband med den politiska processen med nödvändighet nedvärderade om denna teori anammas. Den politiskt likgiltige medborgaren riskerar att diskrimineras. Att detta inte är ett önskvärt perspektiv utifrån ett liberalt synsätt, där det väsentliga är att värna om den enskilda individens ställning gentemot staten, är uppenbart.[46]

Som något av en förmedlande länk mellan preferred rights-läran och den demokratiska funktionalismen kan Habermas' uppmärksammade teori om den demokratiska rättsstaten uppfattas. Denna hänger visserligen samman med en komplicerad s.k. *diskursteori*, som är av mindre intresse i detta sammanhang, men något kan sägas om teorins rätts- eller statsteoretiska kärna.

Den mångordige och inte särskilt lättillgänglige Habermas kan visserligen ibland tyckas oklar i sina ställningstaganden. Uttalanden som att de individuella rättigheterna får en positiv utformning (»Gestalt») först då medborgaren i staten tillerkänns politisk autonomi[47] kan tyckas ligga nära den demokratiska funktionalismen. Stundtals tycks existensen av medborgerliga rättigheter så att säga för deras egen skull, utan att de utnyttjas för politiska syften, betraktas som något nödvändigt ont.[48] De fem rättighetskategorier Habermas anser vara nödvändiga i en demokratisk rättsstat (tre olika rättighetsformer till skydd för individuell frihet eller personlig autonomi, en form av skydd för deltagande i den politiska processen samt skydd för rättvisa sociala, tekniska och ekologiska levnadsförhållanden) har vidare ett något oklart samband med varandra; Habermas menar t.ex. att den lika rätten till deltagande i opinionsbildande processer, varigenom medborgarna utövar sin politiska autonomi (rättighet nr 4) skall påverka tolkningen av de tre första rättigheterna.[49] Viktigare är dock hans många markeringar av att rättigheterna har ett från det demokratiska samhällssystemet oberoende värde.[50] Genomgående i hela hans framställning är i och för sig den spänning som onekligen finns mellan folksuveränitet och individuella rättigheter, inte minst i en demokratisk rättsstat, men Habermas ser inte denna spänning som olöslig. Tvärtom betonar han dessa värdens »Zusammengehörigkeit», som bottnar i en »Gleichursprünglichkeit von politischer und privater Autonomie». De enskilda rättigheterna innebär närmare bestämt en precisering av demokratins grundsats att all makt utgår från folket.[51] Rättens uppgift är att värna både den privata och den offentliga autonomin (dvs rättigheterna **och** demokratin). Rättigheterna har därför de dubbla funktionerna (»zweideutige Adressatenbezug») att både främja demokratin och värna individernas perosnliga frihet.[52] Om vi jämför med Dahls

46. Jfr Nino, The Ethics of Human Rights s. 132 och Brenkert, a.a.s. 70. Se närmare om kritiken mot Ely ovan i avsnitt 3.2.2.2. Jfr även Perry, a.a.s. 121 och Alexy, Individual Rights and Collective Goods s. 170: »...an individual right which is exclusively a means to a collective good cannot, by definition, have any independent weight against that good.»
47. A.a.s. 123.
48. Se t.ex. s. 164: »...die Spannung von Faktizität und Geltung...konzentriert sich in dem auf den ersten Blick paradoxen Umstand, dass die politischen Grundrechte den öffentlichen Gebrauch kommunikativer Freiheiten *in der Form* subjektiver Rechte institutionalisieren müssen.»
49. A.a.s. 155 ff.
50. Se t.ex. s. 117.
51. A.a.s. 161 f.
52. A.a.s. 164 f.

ovan i 3.2.2.1 behandlade formella demokratibegrepp, enligt vilket rättighetskränkningar begångna av en demokratiskt vald lagstiftare i princip måste accepteras, eftersom de är ett resultat av folkets utövande av sin kollektiva autonomi och folkets rätt till självstyre genom den demokratiska processen är den moraliskt överordnade rättigheten, varifrån andra individuella rättigheter måste härledas, är skillnaden mycket stor.[53] Habermas tillerkänner rättigheterna ett egenvärde, oavsett för vilket syfte och på vilket sätt de tas i anspråk av den enskilde. Detta hindrar inte att Habermas kan kritiseras för att han inte än tydligare lyfter fram den privata autonomins egenvärde[54], men det viktiga i detta sammanhang är att hans avgränsning mot den demokratiska funktionalismen är tydlig.

Delvis återspeglar de skillnader i synen på den enskildes rättigheter gentemot staten som teorierna om preferred rights respektive demokratisk funktionalism ger uttryck för olikheter i själva synen på människan och hennes förhållande till staten. Denna fråga har ställts på sin spets i tysk doktrin, där diskussionen som framgick i kap. 7.5 varit livlig om huruvida rättigheterna i Grundgesetz i första hand är *Abwehrrechte* och skyddar den enskildes privata sfär eller har en dubbelkaraktär och även tjänar andra, samhälleliga syften (eller skall tolkas på andra sätt). Till diskussionen har även bidragit att författningsdomstolen i några fall uttalat sig om vilken människobild som ligger till grund för den tyska grundlagen.[55] Denna diskussion kan kopplas till åtskillig äldre politisk teori, där den aktive medborgaren, som medvetet utnyttjar sin frihet i samhällets tjänst, framställts som ett människoideal. Detta kan ses som en tjusig vision för samhällslivet, men beröringspunkterna med den demokratiska funktionalismen bör observeras; frågan om den aktive medborgaren skall åtnjuta särskilda privilegier jämfört med den politiskt indifferente är svår att kringgå. Diskrimineringen av politiskt icke aktiva medborgare är då inte långt borta.

Som Habermas konstaterar finns det här två olika »Konzepte des Staatsbürgers», vilka han benämner liberalt respektive republikanskt.[56] Med det liberala synsättet uppfattas rättigheterna främst som »Abwehrrechte». Medborgaren har rätt till skydd och respekt för dessa (även om de ibland givetvis kan begränsas) så länge han nöjer sig med att inom lagens gränser försöka främja sina egna intressen; något krav på att han skall handla på ett visst, samhällsnyttigt sätt finns inte. Politiska rättigheter som yttrandefrihet är av samma typ som andra rättigheter och kan utnyttjas på vilket lagligt sätt som helst; det viktiga är att ingen sanktion utgår för dem som tar rättigheten i anspråk. Enligt det »republikanska» synsättet är däremot rättigheterna – och framförallt de politiska rättigheterna – först och främst positiva friheter, som möjliggör deltagande i det offentliga, gemensamma samhällslivet. Först därigenom förverkligar medborgaren sin egentliga önskan, nämligen att bli en »politisch autonomen Urhebern einer Gemeinschaft von Freien und Gleichen».[57] Men det synsätt som Habermas här kallar det republikanska tycks lida av liknande svårigheter som många andra teorier vilka angripit den traditionella liberala

53. Jfr t.ex. Habermas s. 492, anf ovan i kap. 3.2.2 på s. vid not
54. Jfr Alexy, Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law, Ratio Juris 1994 s. 232 o. 236 f.
55. Se BVerfGE 4, 7; 7, 198; 50, 290.
56. Se om den idéhistoriska bakgrunden till dessa begrepp och den syn på friheten som de förmedlar bl.a. Björkholm, a.a.s. 42 f (som hänvisar till Constants distinktion mellan liberté civile och liberté politique och Berlins snarlika distinktion mellan negativ och positiv frihet).
57. Se Habermas s. 327 ff.

synen på individer, rättigheter och stat.[58] Hur kan man t.ex. veta att alla människor innerst inne hyser en längtan att förverkliga sig på det av Habermas antydda sättet? Kanske är det så att betydligt fler människor egentligen främst strävar efter att i lugn och ro kunna få odla sin trädgård[59] – och faller då inte grunden för det republikanska betraktelsesättet?

Habermas själv undgår denna fälla genom att som »dogmatisk kärna» för hela sin teori framhålla individens autonomi och självbestämmanderätt[60] och samtidigt klargöra att detta gäller både hans privata och offentliga autonomi, vilka enligt honom betingar varandra. »Staatsbürger...können ihre durch demokratische Teilnahmerechte garantierte öffentliche Autonomie wiederum nur angemessen wahrnehmen, soweit ihre private Autonomie gewährleistet ist.»[61] Detta är givetvis riktigt; den privata autonomin skapar förutsättningar för den enskilde medborgaren att delta i det samhälleliga livet, om han har lust med detta. Men viktigare är att den inte skapar någon skyldighet att göra det: Förekomsten av mänskliga och medborgerliga rättigheter kan aldrig tvinga enskilda människor att agera politiskt.[62] Den offentliga autonomin kan möjligen, genom den enskildes deltagande i den politiska processen, underlätta och värna, men aldrig vara en förutsättning för den privata. Följaktligen skall inte rättigheter tolkas på ett sätt som indirekt premierar någon politisk eller annan form av aktivitet.

Den demokratiska funktionalismen bortser liksom flertalet former av formella demokratibegrepp[63] lätt från risken för att människors rättigheter kan kränkas även i en demokrati, rentav i demokratisk ordning. Överhuvudtaget bygger den formella demokratisynen, oavsett i vilken form den uppenbarar sig, på en idyllisk syn på demokratin. Den tycks vila på tre antaganden, nämligen (1) att rättighetskränkningar normalt inte sker i en demokrati, (2) att om detta ändå skulle ske så spelar det mindre roll eftersom det kan accepteras som ett led i utövandet av folkets självbestämmanderätt och/eller hursomhelst inte lär upprepas samt (3) att de politiska rättigheterna möjligen bör värnas av domstolarna mot lagstiftaren (alternativt, i funktionalismens fall, att alla rättigheter

58. Jfr Alexy, a.a.s. 229: »The basic principle of the *liberal* paradigm is the principle of negative legal liberty.» Se även Sartori, a.a.s. 304.
59. Jfr Bobbio, The Future of Democracy s. 56: »Parallel to the need for self-rule there is the desire not to be ruled at all and to be left in peace.»
60. Jfr s. 537.
61. A.a.s. 492. Jfr även s. 144, not 35a.
62. Enligt Björkholm (a.a.s. 44) är motsättningen mellan de bägge frihetstraditionerna konstlad, eftersom medborgarens personliga frihet skyddas av hans rätt att delta i den politiska processen, som är en förutsättning för den politiska friheten. »Instead of opposition, then, the one freedom without the other is incomplete...» Med detta resonemang kan, som Björkholm understryker, även Rousseau sägas ha värnat om den personliga friheten. Både Björkholm och Habermas tycks dock se de personliga respektive offentliga (eller politiska) friheterna som betingade och beroende av varandra, så att den ena inte kan existera utan den andra. Häremot vill jag alltså lyfta fram den personliga frihetens egenvärde; den som tycker att livets högsta värde är att ligga i hängmattan och filosofera skall ha rätt till ett visst skydd för sin personliga frihet trots att han aldrig varit politiskt engagerad. Jfr även Sartori, a.a.: »As all freedoms, liberty too postulates activity. From this vantage point it has been argued that liberty is not only freedom *from* but also, and concurrently, *participation in* (the affairs of the polity). True; but false when we forget that participation is made possible by a state of independence, and not vice versa.» Se även Sartori s. 315 ff o. 321 om det orimliga i att se Rousseau som en sann förespråkare för personlig frihet.
63. Se om förhållandet mellan Elys teori och det formella demokratibegreppet ovan i 3.2.2.2.

bör tolkas så att de främjar demokratin).[64] Poängen med preferred rights-läran är dock en annan, nämligen att domstolarna inte bara skall värna vissa rättigheter, utan för demokratins skull ge vissa rättigheter starkare skydd än andra. Denna distinktion tycks ha gått förespråkarna för det formella demokratibegreppet förbi; att domstolarna enbart skulle värna vissa rättigheter lär innebära likartade faror som tillämpning av den demokratiska funktionalismen.

Förespråkarna för en renodlat formell demokratisyn framstår sammantaget som något aningslösa. Fördelen med den materiella demokratimodellen, däremot, är att denna kan acceptera det formella begreppet och **inkludera** detta i demokratisynen, samtidigt som den vägrar att nöja sig härmed utan kräver vanlig något mer (för att säkerställa demokratin eller värna om de enskilda individerna, vilka här tillerkänns ett egenvärde och inte bara ses som delar, eller komponenter, i en demokratisk beslutsprocess). Det materiella demokratibegreppet tar i högre grad än det formella hänsyn till den moderna demokratins komplexitet.

Den idylliska syn på demokratin som de formella demokratiteorierna representerar hör enligt min bestämda mening det förflutna till. Utformningen av rättighetsskydd på nationell nivå bör i framtiden dels ta hänsyn till den enskilda statens rättshistoria, kulturarv, konstitutionella traditioner och speciella behov, dels utgå från att det demokratiska styrelsesättet aldrig i sig erbjuder tillräckligt starka garantier för rättigheternas bevarande. David Feldman avslutar sin 900-sidiga summering av rättigheternas ställning i dagens Storbritannien med följande ord, som känns påtagligt relevanta även i detta sammanhang:

> The challenge is to plan for the future with ideals but without complacency, and to have faith in democratic processes without ignoring the capacity of any political system to subvert the liberty on which it is founded.[65]

Jag har inget att tillägga.

64. Dahl har sagt sig kunna godta lagprövning till förmån för vissa rättigheter; se ovan i 3.2.2.1 in fine. Ross och Tingsten menade att lagstiftaren måste ta hänsyn till de politiska rättigheterna och inte får kränka dessa, men var oklara beträffande hur dessa rättigheter borde skyddas. Ross ogillade dock lagprövning; se 3.2.3 samt 4.3.5. Se för kritik mot Ross' och Tingstens synsätt härvidlag, vilket tycks likställa de politiska rättigheterna med demokratins procedurregler, Boström, a.a. s. 29 f.
65. A.a.s. 914.

Summary

This thesis deals with the constitutional protection of human and civil rights in a number of western countries and legal systems. A distinction is being made between constitutional protection of rights and the international protection, which belongs, as a field of study, to the international law. The kind of protection dealt with here is rather the protection of rights at a national level, in national law, an issue which is more suitably studied within constitutional law.

Constitutional protection of rights is here defined as a legal protection of the individual against the public power or the state, which is characterized by the necessity to follow certain constitutional rules (e.g. on civil rights). The constitution is a kind of higher law in relation to the ordinary laws, which it is impossible for the legislator to ignore. The purpose of constitutional protection of rights, thus, can be described as ensuring that the state doesn't violate its own rules, of which the constitution is the superior.

This protection can be exercised either by the courts in a state, by a special constitutional court or, broadly speaking, by all courts, even if the highest court within the system than tends to be the only one whose decisions are truly important (judicial review), or via special procedures within the legislative process, like e.g. conditions of qualified majority for enactment of certain laws that restrict rights, or by the influence of special institutions, who control the constitutionality of laws before they enter into force (judicial preview). Even if this thesis doesn't deal with international law as such, the fact that international conventions on human rights may count as national law means that international documents on human rights, as part of domestic law in a certain country, may also be a part of the constitutional protection of rights in a state; however, this position is then entirely based on the fact that the convention is a part of the national law in that state and this third kind of constitutional protection is of a rather peculiar kind. The two main types of protection are judicial review and judicial preview, of which the former seems to be the more common one in the western world today.

Regardless of which mechanism of protection that is the major in a certain country, the question of the strength of the protection, not least the ability for courts or other legal bodies to declare laws unconstitutional, tend to have a great impact on the image of the type of democracy being exercised in that state. This study deals only with democracies. However, there are many different conceptions of democracy. In particular, the views on whether courts or other legal bodies should be given the right to declare laws unconstitutional tend to differ enormously between different schools or views of democracy. Generally speaking, the stronger this protection is, the more difficult will it be for the democratically elected legislator to enact laws and, in the long run, to exercise his

power to govern the state. On the other hand, if the protection of rights against the legislator is very weak and the undiminished popular sovereignty, exercised through the legislator is still retained as a dominating constitutional ideal, it seems evident that the citizens in the modern democracy can't be really sure about the existence or scope of their basic civil rights. This may even be described as the core dilemma of modern democracy. The question, then, is whether it is possible to find any suitable balance for the modern democracy, where the democratically elected legislator isn't prohibited from governing in an efficient way, while the individuals can be sure that their rights are respected and, if this should occasionally not be the case, that there are remedies against the violation that has occured.

Against this background, the purpose of this thesis is twofold; the theoretical purpose is to give a contribution to the discussion in contemporary political philosophy about the abovementioned balance in modern democracy, whereas the legal purpose is to use examples from other states and legal systems in order to find a basis for a wider scope of judicial review (or preview) in Swedish law. The question here is whether certain theories or models of protection of rights, used for instance in American or German law, may also be used in Swedish law. For both these purposes, the comparative method used in the study seems to be adequate or even necessary; due partly to a basic lack of cases and discussion in Swedish law, only experiences and examples from other countries can provide the material needed to reach some conclusions.

The thesis is divided into four sections. The first, chapters 1- 3, contains an introductory chapter with a long discussion about the purposes and the method used, a chapter about the historical development of the discussion on constitutionalism and the legal position of the individual's rights, where much emphasis is put on the revolutions in United Kingdom, USA and France in the 17th and 18th centuries, and a chapter devoted to the relation between the constitutional protection of rights and the continuing international discussion on democracy, where the question is asked if judicial review may truly be seen as an undemocratic element in a modern state.

The second section, chapters 4-13, contains the comparative survey. The states and legal systems examined here are Denmark, Norway, Finland, Germany, France, United Kingdom, USA, European Union and the system of protection of human rights developed by the European Court of Human Rights. Each of these legal orders have their peculiarities and particularly interesting features, of which some may be mentioned briefly here. Of the Nordic countries, Norway is the only one (Sweden included) where judicial review exercised by the courts has had any real importance. In Denmark and Finland, different kinds of protection of the rights have been developed within the legislative process. In Germany, the position of the Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) is extremely strong and influential, even stronger than the Supreme Court in the United States. This is partly due to historical factors, but nonetheless an interesting feature of contemporary German jurisprudence. In France, the Constitutional Council also has a very strong position, which runs contrary to French constitutional tradition and really wasn't intended when the Constitution was enacted in 1958. The powerful French Constitutional Council is an internationally quite unique institution, which can't be said to exercise judicial review but rather is involved in a special kind of judicial preview. United Kingdom is, just like France, a country where popular sovereignty and parliamentary

supremacy historically have been the important constitutional ideals and aspirations. Today, United Kingdom still holds on to those ideals to a far greater extent than France, which has created huge political and legal problems during the last decade or two. USA is, of course, without any doubt the country in the world with the most impressive constitutional and legal history. It is also a legal order where the historical inheritance is very vivid, which justifies or even necessitates an historically oriented survey of the growth of judicial review. The European Union and the European Court of Human Rights have been included partly because of their great importance in present Swedish constitutional law, since Sweden has on the 1st of January 1995 become member of the European Union and the European Convention on Human Rights that very same day became valid, directly applicable national Swedish law. However, quite apart from those reasons, the international discussion on the jurisprudence of the European Court of Justice in Luxemburg and the European Court of Human Rights in Strasbourg, and the extent of judicial activism or restraint exercised by the two courts, has been very vivid during the last years; therefore, these discussions contain some important contributions to the international doctrine on constitutional protection of human rights.

Section III, chapters 14-18, is entirely devoted to Swedish law. The rules on human rights in the three laws with constitutional status which are of importance are discussed in chapter 14. Chapter 15 deals with the possibilities for the legislator to restrict those rights, while chapter 16 gives an historical background to the present regulation. Chapter 17 deals with the work conducted by Lagrådet, the Swedish legal council that controls legal proposals before they are voted on in Parliament. In Chapter 18, a similar examination is made concerning judicial review in the Swedish courts. According to the Swedish constitution, Regeringsformen 11:14, the Swedish courts have the possibility to declare a law unconstitutional, but their freedom to do so is severely reduced by the demand that the unconstitutionality found must be «obvious». As a result from this condition, as well as historic tradition and other factors, like the total dominance of the idea of popular sovereignty in modern Swedish political tradition, judicial review has been, and still is, extremely unimportant and uninfluential. A thorough examination even shows that Lagrådet, by no means a powerful legal institution, has had a greater influence by their criticism of certain law proposals than the courts. Still, the question may be asked if this situation can continue for very long.

This kind of questions are being put in Chapter 19, one of the two concluding chapters where some conclusions are drawn. Of those two chapters, Chapter 19 is the legal one and Chapter 20 the theoretical, in which I return to some basic questions of the proper balance-drawing in modern democracy. Chapter 19 consists of various de lege ferenda-proposals concerning Swedish constitutional law, such as whether certain rights may be given a stronger protection in judicial review than other ones and whether a stronger formal position for Lagrådet, perhaps even with a veto power, may be an alternative to an extended judicial review for the courts.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta Domstolen:

NJA 1885 s. 381 s. 663 (n. 16)
NJA 1907 s. 188 s. 663 (n. 17)
NJA 1928 s. 88 s. 663
NJA 1928 s. 125 s. 663 f
NJA 1934 s. 515 s. 664
NJA 1948 s. 188 s. 664
NJA 1951 s. 39 s. 664 f
NJA 1954 s. 532 s. 665
NJA 1961 s. 253 s. 665 (n. 24)
NJA 1964 s. 471 s. 666
NJA 1971 s. 571 s. 735
NJA 1973 s. 423 s. 610 (n. 115)
NJA 1977 s. 751 s. 565
NJA 1981 s. 1 s. 561, 688 f, 696
NJA 1981 s. 1050 s. 739 (n. 167)
NJA 1982 s. 853 s. 552 (n. 37)
NJA 1984 s. 648 s. 611, 691
NJA 1984 s. 693 s. 739 (n. 167)
NJA 1984 s. 903 s. 611
NJA 1986 s. 428 s. 687
NJA 1986 s. 489 s. 555 (n. 49), 694 f, 730, 735 (n. 150)
NJA 1987 s. 198 s. 671 (n. 58)
NJA 1988 s. 572 s. 611
NJA 1989 s. 20 s. 562 (n. 93), 731 (n. 130)
NJA 1989 s. 131 s. 519 (n. 33), 611, 692 ff, 703, 730
NJA 1989 s. 308 s. 580 (n. 37)
NJA 1990 s. 636 s. 519 (n. 33), 611, 694, 730
NJA 1991 s. 188 s. 611
NJA 1991 s. 512 (I) s. 611
NJA 1992 s. 337 s. 689, 696
NJA 1992 s. 363 s. 611 (n. 122)
NJA 1992 s. 532 s. 611
NJA 1993 s. 111 s. 611 (n. 122)
NJA 1993 s. 114 s. 695 (n. 165), 697 (n. 173)
NJA 1993 s. 260 s. 695 (n. 165), 697 (n. 173)
NJA 1994 s. 290 s. 611 (n. 122)
NJA 1994 s. 657 s. 611 (n. 123)

Regeringsrätten:

RÅ 1974 s. 121 s. 610 (n. 115)
RÅ 1978 1:29 s. 669 (n. 146)
RÅ 1980 1:92 s. 588 (n. 75), 691, 692
RÅ 1980 2:69 s. 691 f, 720 (n. 66)
RÅ 1981 2:1 s. 55 (n. 146), 579 (n. 35), 690
RÅ 1981 2:14 s. 555 (n. 50), 690
RÅ 1981 2:15 s. 55 (n. 146), 579 (n. 35), 690
RÅ 1982 1:74 s. 687
RÅ 1983 2:5 s. 689 f, 721
RÅ 1987 ref 21 s. 691
RÅ 1992 ref 10 s. 688
RÅ 1993:10 s. 690 (n. 156), 692 (n. 161)
RÅ 1993:79 s. 556 (n. 154), 690 (n. 156)

Rättsfall från hovrätterna:

RH 18/84 s. 567 (n. 110), 579 (n. 35)
RH 102/84 s. 687
RH 89/85 s. 556 (n. 53)
RH 105/87 s. 692 (n. 160)
RH 56/92 s. 690
Dom 1992-09-21 från Göta Hovrätt, DT 3035, mål nr T 452/91 s. 689

Arbetsdomstolen:

AD 1943:77 s. 732 (n. 134)
AD 1972:5 s. 610 (n. 115)
AD 1984:94 s. 695, 731
AD 1986:95 s. 733 (n. 140)
AD 1988:67 s. 733 (n. 140)
AD 1991:45 s. 731 f
AD 1994:79 s. 732 f

Marknadsdomstolen:

MDA 1972:4 s. 564
MDA 1977:1 s. 565
MDA 1995:2 s. 565 (n. 105)

Linköpings tingsrätt:

Dom 1991-11-13 nr DF 33,
mål nr F 18/90 s. 689, 696

Danmark

U 1912.545 s. 169
U 1921.148 s. 169
U 1921.153 s. 169
U 1921.168 s. 169
U 1921.169 s. 169
U 1921.644 s. 169
U 1965.293 s. 159
U 1967.22 s. 169 f
U 1971.299 s. 170
U 1972.903 s. 168 (n. 79)
U 1980.955 s. 170
U 1986.898 s. 159 f, 175 (n. 127)
U 1990.13 s. 175 (n. 129)
U 1994.536 s. 176 (n. 131)

Norge

Höyesteret:

Rt. 1918 s. 401 s. 184 (n. 37)
Rt. 1961 s. 1350 s. 189 (n. 65)
Rt. 1970 s. 67 s. 184 f
Rt. 1976 s. 1 s. 171, 184 ff, 680 f, 725 f, 727
Rt. 1979 s. 572 s. 187 f
Rt. 1983 s. 1004 s. 188
Rt. 1984 s. 1175 s 189
Rt. 1987 s. 473 s. 187
Rt. 1990 s. 257 s. 189 (n. 169)
Rt. 1990 s. 284 s. 188

Trygderetten:

Dom den 14 december 1994
(anke nr 1599/93) s. 180 f

Tyskland

BVerfGE 1, 14 s. 243 (n. 172)
BVerfGE 1, 97 s. 51 (n. 125)
BVerfGE 2, 1 s. 214
BVerfGE 2, 124 s. 231 (n. 114), 232 (n. 118)
BVerfGE 3, 225 s. 212 (n. 31), 232 (n. 116)
BVerfGE 4, 7 s. 209 (n. 10), 259 (n. 281), 751 (n. 55)
BVerfGE 5, 85 s. 214
BVerfGE 6, 32 s. 238, 249
BVerfGE 6, 55 s. 250 (n. 221), 253 (n. 234)
BVerfGE 7, 198 s. 244 f, 250, 251 f, 254 f, 261, 751 (n. 55)
BVerfGE 7, 377 s. 248 (n. 205)
BVerfGE 10, 121 s. 256 (n. 256)
BVerfGE 18, 85 s. 239 (n. 150)
BVerfGE 19, 206 s. 242 (n. 170)
BVerfGE 20, 162 s. 256 (n. 256)
BVerfGE 22, 293 s. 500
BVerfGE 24, 135 s. 253 (n. 234)
BVerfGE 24, 278 s. 262
BVerfGE 24, 367 s. 256 (n. 255)
BVerfGE 25, 256 s. 252 f, 262
BVerfGE 28, 243 s. 221 (n. 67), 222, 253 (n. 234)
BVerfGE 30, 173 s. 224, 244 f, 253 (n. 234)
BVerfGE 33, 303 s. 257
BVerfGE 35, 202 s. 244 f, 262
BVerfGE 36, 1 s. 232 (n. 118), 233
BVerfGE 37, 271 s. 500 ff
BVerfGE 39, 1 s. 233
BVerfGE 39, 334 s. 215 (n. 41)
BVerfGE 45, 187 s. 246
BVerfGE 46, 160 s. 51 (n. 125)
BVerfGE 47, 102 s. 239 (n. 152)
BVerfGE 50, 5 s. 246
BVerfGE 50, 290 s. 209 (n. 10), 237 (n. 144), 250 (n. 218), 259 (n. 280), 751 (n. 55)
BVerfGE 52, 187 s. 502

BVerfGE 54, 100 s. 246
BVerfGE 54, 277 s. 243
BVerfGE 59, 63 s. 502
BVerfGE 61, 1 s. 238 (n. 149)
BVerfGE 64, 251 s. 236
BVerfGE 72, 105 s. 246
BVerfGE 73, 339 s. 502 ff
BVerfGE 74, 358 s. 217 (n. 52)
BVerfGE 77, 84 s. 226 (n. 93), 240 (n. 159), 264 (n. 306)
BVerfGE 80, 137 s. 238 (n. 147)
BVerfGE 82, 322 s. 263
BVerfGE 83, 82 s. 262 (n. 297)
BVerfGE 84, 90 s. 233 (n. 121)
BVerfGE 86, 282 s. 246
BVerfGE 88, 203 s. 233
BverfGE 89, 1 s. 262
BVerfGE 89, 38 s. 233 f, 239
BVerfGE 89, 155 s. 120 (n. 57), 217, 232 (n. 117), 238 (n. 147), 263, 503 (n. 89), 504
BVerfGE 90, 286 s. 234
BVerfGE 91, 262 s. 214 f (n. 40)
BVerfGE 91, 276 s. 214 f (n. 40)
Dom den 15 maj 1995, i EuGRZ 1995 s. 203 s. 263 (n. 303)

Beslut från den tredje kammaren i andra senaten BVerfG den 5 juni 1992, i EuGRZ 1992 s. 306 s. 237 (n. 144)
Beslut från första kammaren i första senaten BVerfG 25 februari 1993, i EuGRZ 1993 s. 146 s. 222 (n. 73), 224 (n. 84), 253 (n. 239)
Beslut från tredje kammaren i första senaten BVerfG den 25 augusti 1994, i NJW 1994 s. 2943 s. 253 (n. 239)

Frankrike

Conseil d'Etat:

Société du Journal »L'Aurore», C.E. 25 juni 1948 s. 267 (n. 9)
Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils, C.E. 26 juni 1959 s. 267 (n. 9)
Nicolo, C.E. Ass., 20 oktober 1989 s. 286 (n. 120)

Beslut från Conseil Constitutionnel:

Beslut den 19 juni 1970, 70-39 DC, Rec. 15 s. 270
Beslut den 16 juli 1971, 71-44 DC, Rec. 29 s. 270, 281
Beslut den 27 december 1973, 73-51 DC, Rec. 18 s. 270
Beslut den 15 januari 1975, 74-54, Rec. 19 s. 281, 287
Beslut den 27 juli 1978, 78-96, Rec. 29 s. 275 (n. 53)
Beslut den 25 juni 1979, 79-105 DC, Rec. 33 s. 282
Beslut den 19-20 januari 1981, 80-127 DC, Rec. 15 s. 281 (n. 87), 283
Beslut den 16 januari 1982, 81-132 DC, Rec. 18 s. 271, 284 (n. 103), 716
Beslut den 11 februari 1982, 82-139 DC, Rec. 31 s. 278 (n. 68), 284 (n. 103)
Beslut den 27 juli 1982, 82-141 DC, Rec. 48 s. 282 (n. 91)
Beslut den 19-20 juli 1983, 83-162 DC, Rec. 63 s. 281
Beslut den 25 juli 1984, 84-176 DC, Rec. 56 s. 281
Beslut den 10-11 oktober 1984, 84-181 DC, Rec. 78 s. 281 (n. 84), 285 (n. 105)
Beslut den 22 maj 1985, 85-188 DC, Rec. 15 s. 133 (n. 118), 278 (n. 69)
Beslut den 23 augusti 1985, 85-197 DC, Rec. 70 s. 282
Beslut den 20 april 1989, 88-1127, Rec. 32 s. 285 (n. 111)
Beslut den 29 december 1989, 89-268 DC, Rec. 110 s. 287 (n. 121)
Beslut den 8 januari 1991, 90-283 DC, Rec. 11 s. 282
Beslut den 16 januari 1991, 90-287 DC, Rec. 21 s. 282

Beslut den 25 juli 1991, 91-264 DC, Rec. 91 s. 287 (n. 122)
Beslut den 9 april 1992, 92-308 DC, Rec. 55 s. 270, 286
Beslut den 2 september 1992, 92-312 DC, Rec. 76 s. 270 (n. 22), 279, 287 (n. 121)
Beslut den 23 september 1992, 92-313, Rec. 94 s. 287 (n. 121)
Beslut den 20 juli 1993, 93-321 DC, Rec. 196 s. 283
Beslut den 5 augusti 1993, 93-323 DC, Rec. 213 s. 283
Beslut den 13 augusti 1993, 93-325 DC, Rec. 224 s. 280, 283 f, 285, 716 f
Beslut den 29 juli 1994, 94-345, Rec. 101 s. 271 (n. 32)

Storbritannien

Burmah Oil Co v. Lord Advocate, (1965) A.C. 75 s. 294 (n. 26)
Madzimbamuto v. Lardner-Burke, (1969) 1 A.C. 645 s. 293 f
Ealing London Borough Council v. Race Relations Board, (1972) A.C. 342 s. 300
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd, (1974) A.C. 273 s. 320
Pickin v. British Railways Board, (1974) A.C. 765 s. 294
American Cyanamid v. Ethicon Ltd, (1975) A.C. 396 s. 316
R. v. Lemon, (1979) A.C. 67 s. 318 (n. 157)
Garland v. British Rail Engineering Ltd, (1983) 2 A.C. 751 s. 296
Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd, (1985) A.C. 339 s. 319 (n. 162), 329
Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, (1985) A.C. 374 s. 335 ff, 355
R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, (1990) 2 A.C. 85 s. 297 f
Lord Advocate v. The Scotsman Publications Ltd, (1990) 1 A.C. 812 s. 317
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind, (1991) 1 A.C. 696 s. 293 (n. 22), 299 (n. 60), 303, 327
X Ltd v. Morgan-Grampian Ltd and others, (1991) 1 A.C. 1 s. 319 (n. 162)

Woodward v. Hutchins, (1977) 2 All E.R. 751 s. 316
Macarthy's Ltd v. Smith, (1979) All E.R. 325 s. 296
Attorney-General v. News Group Newspapers (1986), 2 All E.R. 833 s. 321
Attorney-General v. Newspaper Publishing plc, (1987) 3 All E.R. 276 s. 315, 319 (n. 162), 323
Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2), 1988, 3 All E.R. 545 s. 316 (n. 151), 323 f
Director of Public Prosecutions v. Channel Four Television Co Ltd and another, (1993) 2 All E.R. 517 s. 319 (n. 162)
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech, (1993) 4 All E.R. 539 s. 303

Attorney-General v. B.B.C., 1979 3 W.L.R. 312 s. 316
Attorney-General v. B.B.C., 1980 3 W.L.R. 109 s. 315
Francome v. Mirror Group Newspapers Ltd, 1984 1 W.L.R. 892 s. 316
Lion Laboratories Ltd v. Evans, 1984 3 W.L.R. 539 s. 316
Attorney-General v. Guardian Newspaper Ltd, 1987 1 W.L.R. 1248 s. 323
Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd (No. 2), 1988 3 W.L.R. 776 s. 324

R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No. 2), 1990 3 W.L.R. 818 s. 297
Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd, (1993) 2 W.L.R. 449 s. 303

Argyll v. Argyll, 1967 Ch. 202 s. 315
Salomon v. Commissioners of Customs and Excise, (1967) 2 Q.B. 116 s. 299 (n. 61)
Sirros v. Moore, (1975) Q.B. 118 s. 301 (n. 74)
Attorney-General v. Jonathan Cape, (1976) Q.B. 752 s. 315
Bonnard v. Perryman, 1981 2 Ch. 269 s. 316
Schering Chemicals v. Falkman, (1982) Q.B. 1 s. 316
Thomas v. N.U.M. (South Wales), 1986 1 Ch. 20 s. 337
R. v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhory, (1991) 1 Q.B. 429 s. 318 (n. 157)
Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd, (1992) Q.B. 770 s. 303

R. v. Jordan, Crim.L.Rev. 1967 s. 483 s. 294
R v. Ponting, Crim.L.Rev. 1985 s. 318 s. 329 f
Attorney-General v. Channel 4 Television Co Ltd, Crim.L.Rev. 1988 s. 237 s. 321

Attorney-General v. Observer Newspapers Ltd, 1986, 136 NLJ 799 s. 323
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind, (1989) 139 NLJ 1229 s. 327

R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Council of Civil Service Unions and another, 1984 I.R.L.R. 309 s. 336

McArdle v. Wallace, 1964, 108 S.J. 483 s. 338 (n. 262)

Dr. Bonham's Case, 77 Eng. Rep. 646 s. 307

John Wilkes v. Lord Halifax, 1763 19 St.Tr. 981 s. 338
Entick v. Carrington, 1765 19 St.Tr. 1030 s. 302, 338

Edinburgh & Dalkeith Railway v. Wauchope, (1842) 8 Cl. and F. 710 s. 294

USA

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) s. 67, 142, 366, 391 (n. 137), 398 ff
McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819) s. 375, 455 (n. 454), 479
Cohens v. Virginia, 19 U.S. 264 (1821) s. 393 (n. 145)
Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824) s. 374 (n. 52)
Barron v. Mayor of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833) s. 376 (n. 64)
Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849) s. 391 f
Sheldon v. Sill, 49 U.S. 441 (1850) s. 386
Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857) s. 408
Ex parte McCardle, 74 U.S. 506 (1869) s. 386
United States v. Klein, 80 U.S. 128 (1871) s. 388 (n. 125)
Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36 (1873) s. 410
Ex parte Yarbrough, 110 U.S. 651 (1884) s. 433
Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887) s. 413
Spalding v. Vilas, 161 U.S. 483 (1896) s. 382 (n. 97)
Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) s. 430 f, 746 (n. 26)
Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578

(1897) s. 413
Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898) s. 413 (n. 226)
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) s. 413 ff
Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) s. 413 (n. 226)
Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911) s. 390 (n. 132)
Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912) s. 392 (n. 141)
Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915) s. 416
Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918) s. 416
Schenk v. U.S., 249 U.S. 47 (1919) s. 372 (n. 27)
Newberry v. United States, 256 U.S. 232 (1921) s. 433
Kentucky Finance Corp. v. Paramount Auto Exchange, 262 U.S. 544 (1923) s. 376 (n. 61)
Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536 (1927) s. 433 f
Nixon v. Condon, 286 U.S. 73 (1932) s. 434
Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934) s. 414 (n. 235)
Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935) s. 381
Grovey v. Townsend, 295 U.S. 45 (1935) s. 434
Schechter Poultry Corp v. United States, 295 U.S. 495 (1935) s. 381
United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936) s. 116, 406 (n. 197), 417 (n. 253), 467
Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936) s. 417
West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) s. 417
NLRB v. Jones & Laughlin Steel Co., 301 U.S. 1 (1937) s. 417
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937) s. 420 (n. 259)
Lauf v. E.G. Shinner & Co., 303 U.S. 323 (1938) s. 386
United States v. Carolene Products Co, 304 U.S. 144 (1938) s. 28 (n. 15), 123 (n. 73), 396 (n. 160), 419 ff, 725, 728
Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939) s. 457 (n. 462)
Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371 (1940) s. 393 (n. 147)
Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940) s. 421 f
United States v. Darby Lumber Co., 312 U.S. 100 (1941) s. 374 (n. 50), 417
Railroad Commission v. Pullman Co, 312 U.S. 496 (1941) s. 390 (n. 129)
United States v. Classic, 313 U.S. 299 (1941) s. 422, 434
Jones v. Opelika, 316 U.S. 584 (1942) s. 419
Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942) s. 417
Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105 (1943) s. 421 (n. 266)
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943) s. 149, 421 f, 748
Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944) s. 422 (n. 271), 434
Alabama Federation of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945) s. 390 (n. 132)
United Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947) s. 391 (n. 134)
Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947) s. 410 f (n. 215), 441 f (n. 376)
Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948) s. 453 f
Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77 (1949) s. 423 (n. 275)
Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951) s. 427 ff, 457, 746 (n. 26)
Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952) s. 391 (n. 134)

Carlson v. Landen, 342 U.S. 524 (1952) s. 456 (n. 456)
Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952) s. 379 f
Wieman v. Updegraff, 344 U.S. 183 (1952) s. 479 f
Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) s. 430 ff, 468
Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954) s. 431 f
Brown v. Board of Education (II), 349 U.S. 294 (1955) s. 437
Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957) s. 147, 461 (n. 484)
Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957) s. 429
Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958) s. 437
NAACP v. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449 (1958) s. 391 (n. 136), 442
Pennsylvania v. Board of Directors, 357 U.S. 570 (1958) s. 454
Barenblatt v. U.S., 360 U.S. 109 (1959) s. 458 (n. 470)
Harrison v. NAACP, 360 U.S. 167 (1959) s. 390 (n. 129)
Konigsberg v. State of California, 366 U.S. 36 (1961) s. 456 (n. 456)
Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961) s. 39 (n. 134), 442 (n. 376), 443, 452
Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) s. 392 (n. 144), 422 (n. 271), 432
NAACP v. Button, 371 U.S. 415 (1963) s. 391 (n. 136)
Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963) s. 421 (n. 261)
Griffin v. Prince Edward County Board of Education, 377 U.S. 218 (1964) s. 437
Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964) s. 435 f
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) s. 151 f (n. 227), 373, 425 (n. 281), 443 ff
Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966) s. 442
United States v. Guest, 383 U.S. 745 (1966) s. 126, 454
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) s. 460
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) s. 432 (n. 324)
Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967) s. 372 (n. 30)
Green v. New Kent County School Board, 391 U.S. 430 (1968) s. 437
Jones v. Alfred H. Mayer Co. 392 U.S. 409 (1968) s. 454
Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968) s. 391 (n. 134)
Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) s. 126, 449
Alexander v. Holmes County Board of Education, 396 U.S. 19 (1969) s. 437
Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971) s. 437, 440
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) s. 373, 425 (n. 281), 444 ff
Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973) s. 391 (n. 135), 444
San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973) s. 441 (n. 375)
Keyes v. School District No. 1, 413 U.S. 189 (1973) s. 437 f
United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974) s. 380 f (n. 89), 382 (n. 99), 392
Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976) s. 378 (n. 76)
Matthews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976) s. 461
Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976) s. 373 (n. 36)
Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977) s. 445 (n. 395)
Nixon v. Administration of General Services Administration, 433 U.S. 425 (1977) s. 382 (n. 99)
Regents of the University of California v.

Bakke, 438 U.S. 265 (1978) s. 438 (n. 361), 464
Harris v. McRae, 448 U.S. 287 (1980) s. 445 (n. 395)
Lassiter v. Department of Social Services, 452 U.S. 18 (1981) s. 461
New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982) s. 254 (n. 243), 459
Nixon v. Fitzgerald, 102 S.Ct. 2690 (1982) s. 382 (n. 97)
New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984) s. 460
Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985) s. 459
Bowers v. Hardwick, 106 S.Ct. 2841 (1986) s. 446 (n. 397), 448 ff, 746 (n. 26)
United States v. Stanley, 483 U.S. 669 (1987) s. 448, 746 (n. 26)
Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989) s. 451
Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989) s. 448 ff
Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989) s. 445 (n. 395)
City of Richmond v. J.A. Croson Co., 109 S.Ct. 706 (1989) s. 438 (n. 361)
DeShaney v. Winnebago County Department of the Social Services, 109 S.Ct. 998 (1989) s. 453 (n. 442)
Texas v. Johnson, 109 S.Ct. 2533 (1989) s. 449
Employment Division v. Smith, 110 S.Ct. 1595 (1990) s. 448, 450 (n. 424)
United States v. Eichman, 496 U.S. s. 310 (1990), s 449
Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. s. 417 (1990) s. 445 (n. 395)
Ohio v. Akron Ctr. for Reproductive Health, 110 S.Ct. 2972 (1990) s. 452 (n. 435)
Rust v. Sullivan, 111 S.Ct. 1759 (1991) s. 445 (n. 395)
R.A.V. v. City of St.Paul, 112 S.Ct. 2538 (1992) s. 449 (n. 416)
Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791 (1992) s. 445 (n. 395), 449

EG-Domstolen

26/62, Van Gend & Loos, ECR 1963 s. 1 s. 486
6/64, Costa v. Enel, ECR 1964 s. 1141 s. 486, 499
29/69, Stauder, ECR 1969 s. 419 s. 489
11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECR 1970 s. 1125 s. 487 (n. 12), 489
39/72, Commission v. Italy, ECR 1973 s. 115 s. 500 (n. 73)
4/73, Nold, ECR 1974 s. 491 s. 489, 497 f
41/74, van Duyn v. Home Office, ECR 1974 s. 1337 s. 486 (n. 6)
36/75, Rutili, ECR 1975 s. 1219 s. 490
43/75, Defrenne v. Sabena, ECR 1976 s. 455 s. 486 (n. 7)
106/77, Simmenthal, ECR 1978 s. 629 s. 499
44/79, Hauer, ECR 1979 s. 3727 s. 489, 497
8/81, Becker, ECR 1982 s. 53 s. 485 (n. 3)
35 och 36/82, Morson & Jhanjan v. Netherlands, ECR 1982 s. 3723 s. 495
293/83, Gravier, ECR 1985 s. 593 s. 491
145/83, Stanley Adams, ECR 1985 s. 3539 s. 490
60 och 61/84, Cinéthèque v. Fédération Nationale des Cinémas Francais, ECR 1985 s. 2605 s. 491
294/83, Les Verts v. European Parliament, ECR 1986 s. 1339 s. 485, 509
234/85, Staatsanwalt Freiburg v. Franz Keller, ECR 1986 s. 2897 s. 497 (n. 64)
12/86, Demirel v. Stadt Schwäbische

Gmund, ECR 1987 s. 3719 s. 491
314/85, Foto-Frost, ECR 1987 s. 4199 s. 500 (n. 74)
265/87, Schräder, ECR 1989 s. 2237 s. 497 (n. 64)
5/88, Wachauf, ECR 1989 s. 2609 s. 491 f, 497 (n. 64)
46/87 o. 227/88, Hoechst, ECR 1989 s. 2859 s. 497 (n. 60)
213/89, Factortame, ECR I 1990 s. 2433 s. 297
260/89, ERT, ECR 1991 s. 2925 s. 492, 495
221/89, Factortame, ECR I 1991 s. 3905 s. 297 f, 499 (n. 68)
159/90, SPUC v. Grogan, ECR 1991 s. 4685 s. 495 f
6/90 och 9/90, Francovic, ECR 1991 s. 5357 s. 485 (n. 3)
450/93, Kalanke v. Freie, Hansastadt Bremen, dom 17 oktober 1995 s. 557 (n. 59)

Europadomstolen

Lawless v. Ireland, dom 1 juli 1961, Series A No. 3 s. 519 (n. 33), 531 (n. 117)
Belgian Linguistics' case, dom 23 juli 1968, Series A No. 6 s. 532
Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, dom 6 februari 1976, Series A No 20 s. 517 (n. 23), 530 (n. 106)
Handyside v. U.K., dom 7 december 1976, Series A No. 24 s. 526
Ireland v. U.K., dom 18 januari 1978, Series A No. 25 s. 514
Tyrer v. U.K., dom 25 april 1978, Series A No. 26 s. 519
Klass & others v. Germany, dom 6 september 1978, Series A No 28 s. 229 (n. 103), 339 (n. 270), 523, 530 (n. 109)
Sunday Times v. U.K. (1), dom 26 april 1979, Series A No. 30 s. 318, 320, 522 (n. 58), 527
Marckx v. Belgium, dom 13 juni 1979, Series A No. 31 s. 523 (n. 62), 533
Airey v. Ireland, dom 7 oktober 1979, Series A No. 32 s. 533
Schiesser v. Switzerland, 4 december 1979, Series A No. 34 s. 520 (n. 35)
Artico v. Italy, dom 13 maj 1980, Series A No. 37 s. 533 (n. 129)
Guzzardi v. Italy, dom 6 november 1980, Series A No. 39 s. 519 (n. 33)
Young, James & Webster v. U.K., dom 13 augusti 1981, Series A No. 44 s. 529
Dudgeon v. U.K., dom 22 oktober 1981, Series A No. 45 s. 524
Sporrong-Lönnroth v. Sweden, dom 23 september 1982, Series A No. 52 s. 520 f, 530, 560
Piersack v. Belgium, dom 1 oktober 1982, Series A No. 53 s. 521
Silver and others v. U.K., dom 25 mars 1983, Series A No 61 s. 530 (n. 110)
van der Mussele v. Belgium, dom 23 november 1983, Series A No 70 s. 519
Malone v. U.K., dom 2 augusti 1984, Series A No. 82 s. 339, 523 f
de Cubber v. Belgium, dom 26 oktober 1984, Series A No. 86 s. 521
Rasmussen v. Denmark, dom 28 november 1984, Series A No. 87 s. 532
Barthold v. Federal Republic of Germany, dom 25 mars 1985, Series A No. 90 s. 522 (n. 58)
X & Y v. Netherlands, dom 26 mars 1985, Series A No. 91 s. 533
Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. U.K., dom 28 maj 1985, Series A No. 94 s. 525
James and others v. U.K., dom 21 februari 1986, Series A No. 98 s. 535 f
Lithgow and others v. U.K., dom 8 juli 1986, Series A No. 102 s. 536
Lingens v. Austria, dom 8 juli 1986, Series A No. 103 s. 189 (n. 69), 527
Glasenapp v. Germany, dom 28 augusti 1986, Series A No. 104 s. 216 (n. 47), 526 f (n. 85)

Kosiek v. Germany, dom 28 augusti 1986, Series A No. 105 s. 216 (n. 47), 526 (n. 85)
Rees v. U.K., dom 17 oktober 1986, Series A No. 106 s. 524, 526 (n. 81)
Sanchez-Reisse v. Switzerland, 21 oktober 1986, Series A No. 107 s. 520 (n. 35)
Johnston and others v. Ireland, dom 18 december 1986, Series A No. 112 s. 523 (n. 62)
Mathieu-Mohin & Clerfayt v. Belgium, dom 2 mars 1987, Series A No. 113 s. 531 (n. 114)
Leander v. Sweden, dom 26 mars 1987, Series A No. 116 s. 524 (n. 67)
Pudas v. Sweden, dom 27 oktober 1987, Series A No. 125-A s. 521
Inze v. Austria, dom 28 oktober 1987, Series A No. 126 s. 533
F v. Switzerland, dom 18 december 1987, Series A No. 128 s. 526
Olsson v. Sweden (I), dom 24 mars 1988, Series A No. 130 s. 525
Belilos v. Switzerland, dom 29 april 1988, Series A No. 132 s. 517 (n. 24)
Müller and others v. Switzerland, dom 24 maj 1988, Series A No. 133 s. 526
Ekbatani v. Sweden, dom 26 maj 1988, Series A No. 134 s. 521, 611
Berrehab v. Netherlands, dom 21 juni 1988, Series A No. 138 s. 525
Norris v. U.K., dom 26 oktober 1988, Series A No. 142 s. 515, 524
Brogan and others v. U.K., dom 29 november 1988, Series A No. 145-B s. 340, 520 (n. 35), 531 (n. 115)
Hauschildt v. Denmark, dom 24 maj 1989, Series A No. 154 s. 521
Langborger v. Sweden, dom 22 juni 1989, Series A No. 155 s. 521
Eriksson v. Sweden, dom 22 juni 1989, Series A No 156 s. 525
Tre Traktörer AB v. Sweden, dom 7 juli 1989, Series A No. 159 s. 521
Soering v. U.K., dom 7 juli 1989, Series A No. 161 s. 519
Allan Jacobsson v. Sweden, dom 25 oktober 1989, Series A No. 163 s. 521
Groppera Radio AG and others v. Switzerland, dom 28 mars 1990, Series A No. 173 s. 528
Huvig och Kruslin v. France, dom 25 april 1990, Series A No. 176-A o. B s. 524 (n. 66)
E. v. Norway, dom 29 augusti 1990, Series A No. 181-A s. 189
Cossey v. U.K., dom 27 september 1990, Series A No. 184 s. 526 (n. 81), 537 (n. 149)
Huber v. Switzerland, dom 23 oktober 1990, Series A No. 188 s. 520 (n. 35)
Moustaquim v. Belgium, dom 18 februari 1991, Series A No. 193 s. 525
Ezelin v. France, dom 26 april 1991, Series A No. 202 s. 529 (n. 100)
Oberschlick v. Austria, dom 23 maj 1991, Series A No 204 s. 527
Demicoli v. Malta, dom 27 augusti 1991, Series A No. 210 s. 520 (n. 37)
Helmers v. Sweden, dom 29 oktober 1991, Series A No. 212-A s. 521
The Observer and the Guardian v. U.K., dom 26 november 1991, Series A No. 216 s. 324, 527
Sunday Times v. U.K. (No.2), dom 26 november 1991, Series A No. 217, s. 324, 527
Margareta och Roger Andersson v. Sweden, dom 25 februari 1992, Series A No 226-A s. 525 (n. 75)
Pfeifer and Plankl v. Austria, dom 25 februari 1992, Series A No. 227 s. 522 (n. 57)
B v. France, dom 25 mars 1992, Series A No. 232-C s. 524
Campbell v. U.K., dom 25 mars 1992, Series A No. 233 s. 522 (n. 57)
Beldjoudi v. France, dom 26 mars 1992, Series A No 234-A s. 525
X v. France, dom 31 mars 1992, Series A

No. 234-C s. 520 (n. 36)
Rieme v. Sweden, dom 22 april 1992, Series A No. 226-B s. 525 (n. 74)
Castells v. Spain, dom 23 april 1992, Series A No. 236-B s. 527 (n. 90)
Thorgeir Thorgeirsson v. Iceland, dom 25 juni 1992, Series A No. 239 s. 528 (n. 93)
Tomasi v. France, dom 27 augusti 1992, Series A No. 241-A s. 518 (n. 28)
Schwabe v. Austria, dom 28 augusti 1992, Series A No. 242-B s. 527
Open Door and Dublin Well Woman Center v. Ireland, dom 29 oktober 1992, Series A No. 246 s. 496 (n. 57), 528
Brincat v. Italy, dom 26 november 1992, Series A No. 249 s. 520 (n. 35)
Olsson v. Sweden (II), dom 27 november 1992, Series A No. 250 s. 525
Sibson v. U.K., dom 20 april 1993, Series A No. 258-A s. 529 (n. 103)
Modinos v. Cyprus, dom 22 april 1993, Series A No. 259 s. 524
Brannigan and McBride v. U.K., dom 26 maj 1993, Series A No. 258-B s. 340, 531 (n. 115)
Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, dom 30 juni 1993, Series A No. 264 s. 529 (n. 104), 552
Informationsverein Lentia and others v. Austria, dom 24 november 1993, Series A No. 276 s. 528
Holm v. Sweden, dom 25 november 1993, Series A No. 279-A s. 521

Europakommissionen:

Greece v. U.K., 176/56, YB II s. 174 s. 534 f
Gudmundur gudmundsson v. iceland, 511/59 YB III s. 394 s. 530 (n. 111)
X v. Norway, 867/60 YB IV s. 270 s. 189, 515
Iversen v. Norway, 1468/62, YB VI s. 278 s. 189 (n. 65), 519
Austria v. Italy, 788/60, YB VI s. 740 s. 517 (n. 19)
X v. Germany, 1611/62, YB VII s. 158 s. 516
Klass v. Germany, 5029/71, YB XVII (1974) s. 178 s. 515
Christians against Racism and Fascism v. U.K., 8440/78, D & R 21 s. 138 s. 529 (n. 100)
Leigh and others v. U.K., 10039/82, D & R 38 s. 74 s. 515
Council of Civil Service Unions v. U.K., 11603/85 D & R 50, s. 228 s. 337 (n. 255), 516 (n. 16)
Banér v. Sweden, 11763/85, D & R 60 s. 128 s. 516 (n. 16), 649 (n. 175)
Choudhory v. U.K., 17439/90, i HRLJ 1991 s. 172 s. 318 (n. 157)
Nydahl v. Sweden, 17505/90, beslut 11 januari 1993 s. 527 (n. 86), 690 (n. 154)
Brind and others v. U.K., 18714/91, D & R 77 A s. 42 s. 327 (n. 215), 516 (n. 16)

Italien:

Corte Cost. 24 februari 1964, 1964 Giur.Cost. 443 s. 505
Corte Cost. 27 december 1965, 1965 Giur. Cost. 1322 s. 505
Corte Cost. 8 juni 1984, 1984 Giur.Cost. 1098 s. 505

Australien:

Attorney-General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty Ltd, (1987) 75 ALR 353; s. 323
d:o i (1988) 165 CLR 30, HC s. 323

Lagförarbeten m.m.

SOU 1941:20 Betänkande med förslag till ändrad lydelse av § 16 Regeringsformen
SOU 1947:60 Förslag till Tryckfrihetsförordning
SOU 1963:17 Sveriges statsskick
SOU 1965:2 med remissyttranden över SOU 1963:17
SOU 1972:15 Ny Regeringsform, ny Riksdagsordning
SOU 1975:29 Medborgerliga fri- och rättigheter i vissa länder
SOU 1975:49 Massmediegrundlag
SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen
SOU 1978:34 Förstärkt skydd för fri- och rättigheter
SOU 1983:70 Värna yttrandefriheten
SOU 1984:15 Slutbetänkande från kommissionen mot ekonomisk brottslighet
SOU 1987:6 Folkstyrelsens villkor
SOU 1990:12 Meddelarrätt – Meddelarfrihet i föreningar m.m.
SOU 1990:44 Demokrati och makt i Sverige
SOU 1991:75 Organiserad rasism
SOU 1993:40 A-B, Fri- och rättighetsfrågor
SOU 1993:114 EU och våra grundlagar
SOU 1994:105 Ny lagstiftning om radio och TV
SOU 1994:117 Domstolsprövning av förvaltningsärenden

Ju 1969:14 Lagrådsgranskning
DsJu 1977:10, Lagrådsutredningen, i SOU 1978:34, bil. 1
Ds 1993:36 Våra grundlagar och EG – förslag till alternativ
Ds 1993:80 Ökat skydd för barn
Ds 1993:90 Sammanställning av remissyttranden över SOU 1993:40

Prop 1908:37 om inrättande av lagrådet
Prop 1951:165 om ratificering av Europakonventionen
Prop 1966:33 om erkännande av Europadomstolens jurisdiktion
Prop 1970:24 om lagrådsgranskningens inriktning
Prop 1970:57 med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m.
Prop 1973:90 om ny Regeringsform
Prop 1975/76:112 om kungörande av lagar och andra författningar
Prop 1975/76:209 om utvidgning av regeringsformens rättighetsregler
Prop 1978/79:195 om förstärkt rättighetsskydd
Prop 1980/81:176 med förbud mot spridning av filmer och videogram med våldsinslag
Prop 1984/85:32 om riktlinjer för arbetet mot ekonomisk brottslighet
Prop 1985/86:49 om förlängning av giltighetstiden för generalklausulen mot skatteflykt
Prop 1986/87:61 om tillfällig förmögenhetsskatt för pensionsstiftelser m.fl.
Prop 1987/88:155 med förslag till lag om skydd för företagshemligheter
Prop 1990/91:149 om radio- och TV-frågor
Prop 1991/92:170 om EES-avtalet
Prop 1993/94:114 om grundlagsändringar vid medlemskap i EU
Prop 1993/94:117 om förstärkt rättighetsskydd och införlivande av Europakonventionen

KU 1809/10:1 memorial med utkast till GRF
KU 1926:16 om lagrådsgranskningens inriktning
KU 1938:16 om förstärkt rättighetsskydd

KU 1948:17 om förstärkt rättighetsskydd
KU 1949:8 om lagrådsgranskningens inriktning
KU 1958B:2 om förstärkt rättighetsskydd
KU 1970:27 om förslag till grundlagsändringar
KU 1973:26 om ny Regeringsform
KU 1975/76:56 om förstärkt rättighetsskydd
KU 1978/79:30 om bl.a. lagrådets arbetsformer
KU 1978/79:39 om grundlagsfästandet av lagprövningsrätten m.m.
KU 1980/81:29 om tillämpning av RF 2:12 st. 3
KU 1981/82:38 om antagande av vilande lagförslag
KU 1982/83:30 bil. 4B om lagrådets arbetsformer
KU 1985/86:25 bil. A5 med utfrågning av justitieråden Hult och Höglund
KU 1988/89:40 om tillämpning av RF 2:12 st. 3
KU 1988/89:1y om förslag till åtgärder mot klottrare i form av bl.a. kroppsvisitation
KU 1988/89:5y, i SfU 1988/89:22, bil. 2 om tillämpning av RF 2:12 st. 3
KU 1990/91:21 Förslag till yttrandefrihetsgrundlag
KU 1990/91:39 om radio- och TV-frågor
KU 1993/94:1 om skärpt lagstiftning mot barnpornografi
KU 1993/94:21 om grundlagsändringar vid medlemskap i EU
KU 1993/94:24 om Europakonventionens införlivande i svensk rätt
KU 1993/94:28 om skärpt lagstiftning mot barnpornografi
KU 1994/95:25 om tillfälligt upphörande med utdelning av sändningstillstånd för lokalradio
KU 1994/95:6y om den kommunala ekonomin

JuU 1986/87:36 om ändring i polislagen, bl.a. om kroppsvisitation
JuU 1988/89:13 om förslag till åtgärder mot klottrare i form av bl.a. kroppsvisitation
JuU 1993/94:6y om lagstiftning mot barnpornografi, i KU 1993/94:28 bil. 3

LU 1828-30:34 om lagkontroll
LU 1853/54:4 s. 5 ff om normprövning
LU 1988/89:30 med förslag till lag om skydd för företagshemligheter
LU 1989/90:37 om antagande av vilande lagförslag

SfU 1989/90:19 om antagande av vilande lagförslag

Mot. FK 1938:128 av Frithiof Domö m.fl. (h) och AK 1938:232 av Gösta Bagge m.fl. (h.) om förstärkt grundlagsskydd för medborgerliga rättigheter
Mot. 1948:50 av Georg Andrén (h) om utredning av förstärkt rättighetsskydd
Mot. FK 1951:459 av Nils Herlitz (h.) om utredning av svensk rätts förenlighet med Europakonventionen
Mot. FK 1958 B155 och AK B218 av Bertil Ohlin m.fl. (fp) om utredning om införande i grundlag av vissa grundläggande rättsprinciper
Mot. 1973:1874 (m) o. 1880 (fp o. c) om formerna för antagande av rättighetsbegränsande lagstiftning
Mot. 1984/85:2838 av Anders Björck m.fl. (m) om ändring i lagen om rätt till fiske m.m.
Mot. 1986/87:K232 av Bertil Fiskesjö m.fl. (c) om frihet och rättstrygghet för den enskilde
Mot. 1993/94:K25 av Ingvar Carlsson m.fl. (s) om utformning av motivtext vid införlivande av Europakonventionen

Prot. 1971:143 s. 147 f, 9 december 1971
Prot. 1975/76:150 s. 176f, 4 juni 1976

Prot. 1994/95:28, 23 november 1994, Beslut KU 25
Prot. 1994/95:119, 13 juni 1995

Lagrådsyttranden

Yttrande den 10 mars 1976 om demokratisering av arbetslivet, i prop 1975/76:195 bil. 1 s. 470 s. 656
Yttrande 18 november 1977 om grundlagstolkning, i prop 1977/78:75 s. 144 f s. 681 (n. 115)
Yttrande den 23 oktober 1978 om förslag till ny jordförvärvslag, i prop 1978/79:85 s. 125 s. 658, 721 f
Yttrande den 25 januari 1979 om begränsning av mötesfriheten, i prop 1979/80:17 s. 146 ff s. 658 f
Yttrande den 31 januari 1980 om ändring i konkurslagen, prop 1979/80:83 s. 184 ff s. 639, 721 f
Yttrande den 25 maj 1981 om förslag till förbud mot grova våldsskildringar, i KU 1980/81:28 bil. 3 s. 616, 642 f, 722, 727
Yttrande den 20, december 1982 om förslag till generalklausul mot skatteflykt i prop 1982/83:84 s 43 ff s. 626 (n. 70)
Yttrande den 3 november 1983 om förslaget till löntagarfonder, i prop 1983/84:50 s. 145 s. 637, 716
Yttrande den 27 januari 1984 om polislagen, i prop 1983/84:111 s. 155 f s. 555 (n. 51)
Yttrande den 3 januari 1985 om förslaget till fritt handredskapsfiske, i prop 1984/85:107 s. 153 s. 559 (n. 70), 626 (n. 70) 648 f, 716
Yttrande den 22 januari 1985 om skärpning av förbudet mot våldsframställningar i videogram, i prop 1984/85:116 s. 39 s. 636 f, 727
Yttrande den 26 februari 1985 om förslag till lagstiftning mot kollektivanslutning till politiska partier, i KU 1984/85:30 s. 554 (n. 47), 736 (n. 154)
Yttrande den 12 mars 1985 om förslaget till plan- och bygglag, i prop 1985/86:1 bil. 1 s. 207 ff s. 647 f
Yttrande den 9 april 1985 om förslag till lag om lokala kabelsändningar, i prop 1984/85:199 s. 77 s. 578, 643, 727
Yttrande den 24 april 1985 om ändring i luftfartslagen, i prop 1984/85:212 s. 185 ff s. 640 (n. 139)
Yttrande den 3 oktober 1986 om tillfällig förmögenhetsskatt för bl.a. pensionsstiftelser, i prop 1986/87:61 s. 78-91 s. 548 (n. 18), 560, 649 ff, 716 f
Yttrande den 19 januari 1987 om ny massmediegrundlag, i prop 1986/87:151 s. 290 ff s. 651 f
Yttrande den 19 januari 1987 om bl.a. förbud mot rasistiska organisationer, i prop 1986/87:151 s. 307 f s. 645 f
Yttrande den 17 februari 1987 om hämtning till domstolsförhandling, i prop 1986/87:89 s. 250 f s. 641, 727, 738
Yttrande den 5 mars 1987 om ändring av polislagen, i prop 1986/87:115 s. 640 (n. 141)
Yttrande den 31 mars 1987 om förbud mot bastuklubbar, i prop 1986/87:149 s. 18 f s. 639
Yttrande den 7 april 1987 om ändring i taxeringslagen, i prop 1987/88:65 s. 120 s. 639
Yttrande den 5 maj 1987 över förslag till tullag, i prop 1986/87:166 s. 223 f s. 640 (n. 139)
Yttrande den 7 december 1987 om skyldighet att undergå läkarundersökning, i prop 1987/88:88 s. 79 s. 640
Yttrande den 4 mars 1988 om utvidgade möjligheter till kroppsvisitation, i prop 1987/88:143 s. 16 s. 640 f, 722, 727
Yttrande den 21 mars 1988 om förslag till lag om företagshemligheter, i prop 1987/88:155 s. 56 ff s. 641 f

Yttrande den 28 november 1988 om skydd mot företagshemligheter, i LU 1988/89:30 bil. 4 s. 642
Yttrande den 2 mars 1989 om förslag till ny utlänningslag i prop 1988/89:86 bil. 7 s. 366 f s. 653 (n. 192)
Yttrande den 10 mars 1989 om ändring i körkortslagen, i prop 1988/89:134 s. 49 s. 639 f
Yttrande den 10 mars 1989 om förslag till särskild vinstskatt, i prop 1988/89:132 s. 24 s. 638
Yttrande den 30 maj 1989 om förslag till lag om företagshemligheter, i KU 1988/89:40 s. 616
Yttrande den 13 december 1989 om granskning och kontroll av filmer och videogram, i prop 1989/90:70 bil. 8 s. 637, 727
Yttrande den 12 februari 1990 om regeringens s.k. stoppaket s. 558 (n. 61)
Yttrande den 20 mars 1990 om skattereformen och grunderna för förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning, i prop 1989/90:110 bil. 3 s. 639
Yttrande den 15 maj 1990 om förslag till begränsningar av målsägandes talerätt, återgivet i Advokaten 1990 s. 154-56 s. 644 f, 727 (n. 112)
Yttrande den 12 oktober 1990 om förslag till lag om psykiatrisk tvångsvård, i prop 1990/91:58 s. 404 s. 638
Yttrande den 15 november 1990 om införande av YGL, i prop 1990/91:64 bil. 5 s. 571 f, 652
Yttrande den 14 februari 1991 om ny lag om särskild utlänningskontroll, i prop 1990/91:118 s. 653 (n. 192)
Yttrande den 5 mars 1991 om förslag till lag om TV-reklam, i prop 1990/91:149, bil. 4 s. 325 ff s. 543, 578, 643 f, 727
Yttrande den 27 mars 1991 om innebörden av rättsprövning, i prop 1990/91:176 s. 17 s. 638 (n. 132)
Yttrande den 29 oktober 1991 om förbud mot retroaktiv skattelagstiftning, i prop 1991/92:54 bil. 2 s. 556 (n. 55)
Yttrande den 18 mars 1992 om undantag från förbudet mot retroaktiv skattelag, i prop. 1991/92:117 bil. 4 s. 556 (n. 57)
Yttrande av den 15 maj 1992 om EES-avtalets rättsliga ställning, i prop 1991/92:170 s. 225 s. 682 (n. 117)
Yttrande den 12 oktober 1992 om förslag till lokalradiolag, i prop 1992/93:70 s. 164 ff s. 572 (n. 130)
Yttrande den 12 oktober 1992 om förslag till ändring i föreningsbankslagen, i prop 1992/93:69 s. 109 s. 552 (n. 34)
Yttrande den 26 november 1992 om undantag från förbudet mot retroaktiv skattelag, i prop 1992/93:151 bil. 3 s. 556 (n. 56)
Yttrande den 25 oktober 1993 om EES-avtalets innebörd i visst fall, i prop 1993/94:75 bil. 5 s. 656 (n. 210)
Yttrande den 25 mars 1994 om förslag till grundlagsändring för att möjliggöra skärpt lagstiftning mot barnpornografi, i KU 1993/94:28 bil. 2 s. 586 f, 646, 655, 717
Yttrande den 6 april 1994 om förslag till ny lotterilag, i prop 1993/94:182 s. 640 (n. 139)
Yttrande den 16 november 1994 över KU:s förslag om ett temporärt upphörande med utdelning av sändningstillstånd för lokalradio, i KU 1994/95:25 bil. 3 s. 572 (n. 130), 618, 652
Yttrande den 12 maj 1995 om förslag till kommunal skatteutjämning s. 36
Yttrande den 9 oktober 1995 om förslag till beskattning av vissa stiftelser s. 588 (n. 75)
Yttrande den 13 oktober 1995 om förslag till kommunal skatteutjämning s. 36 (n. 60)

JO:

JO 1849 s. 188 ff
JO 1851 s. 8 ff
JO 1944 s. 26
JO 1964 s. 387
JO 1987/88 s. 193

Norge:

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

Finland:

GrUB 2/1990 rd om internationella konventioners ställning i finsk rätt
GrUB 15/1992 rd om EES-avtalets rättsliga ställning
GrUB 25/1994 rd om ändring av grundlagens rättighetsregler
Prop 309/1993 rd om samma ämne
Kommittébetänkande 1992:3 från kommittén för grundläggande fri- och rättigheter
Betänkande 2/1993 från 1992 års arbetsgrupp för grundläggande fri- och rättigheter

Litteraturförteckning

Aall, Jörgen: Menneskerettighetskonvensjonene som retskildefaktor i intern norsk rett, TfR 1989 s. 613-639

Abraham, Henry J., Freedom and the Court, 4 uppl., New York/Oxford 1982 -

Justices & Presidents, New York 1974

Ackerman, Bruce: Beyond Carolene Products, Harv.L.Rev. 1985 s. 713-746

We The People, Cambridge (Mass.)/London 1991

Albæk Jensen, Jörgen: Ytringsfrihedens graenser set i lyset af nyere domspraksis, UfR 1992 s. 349-357

Aleinikoff, Alexander T.: Constitutional Law in the Age of Balacing, Yale L.J. 1985 s. 943-1005

Alexy, Robert: Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas' Procedural Paradigm of the Law, Ratio Juris 1994 s. 227-238 -

Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990 s. 49-68 -

Individual Rights and Collective Goods, i C. Nino (utg.), Rights, Aldershot 1992 s. 163-181 -

Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse, Ratio Juris 1992 s. 143-152 -

Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986

Algotsson, Karl-Göran: Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, Stockholm 1993 –

Medborgarrätten och regeringsformen, Stockholm 1987

Allan, T.R.S.: Constitutional Rights and Common Law, Oxford Journal of Legal Studies 1991 s. 453-480

Amar, Akhil Reed: Of Sovereignty and Federalism, Yale L.J. 1987 s. 1425-1520 –

The Case of the missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul, Harv.L.Rev. 1992 s. 124-161

Anckar, Dag: Finland: Majoritetsmakt och minoritetsfrihet, i Bohman, G./Berggren, G.R./Engellau, P./Peczenik. A/Anckar, D. (utg.), Vad kan medborgaren göra?, Stockholm 1987 s. 131-157

Andenæs, Johs: Menneskerettserklæringen i det 18 århundre og den norske grunnlov, TfR 1942 s. 474-496

Statsforfatningen i Norge, 6 uppl., Oslo 1986

Andersen, Poul: Dansk Statsforfatningsret, Köpenhamn 1954 –

Den danske grundlovs Mindretalsgarantier, Festskrift til Frede Castberg, Oslo 1963 s. 377-393 –

Forholdet mellem Udsættelse med Stadfæstelse af Ekspropriationslove og Folkeafstemning, i Festskrift till Alf Ross, Köpenhamn 1969 s. 37-48 –

Kan Domstolenes Kompetence til at pröve Loves Grundlovsmæssighed frakendes dem ved Lov? Juristen 1960 s. 111-119

Anderson, Norman: Liberty, law and justice, London 1978

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14 uppl. 1933 (omtryckt Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968)

Arendt, Hannah: On Revolution, New York 1963

Ariens, Michael: A Thrice-told Tale or Felix the Cat, Harv.L.Rev. 1994 s. 620-

676

Article 19 (utg.): No Comment – Censorship, Secrecy and the Irish Troubles, London 1989 -

Freedom of Expression and Information in the United Kingdom, rapport, London 1991

Ashcraft, Richard: Revolutionary Politics & Lockes Two Treatises of Government, Princeton 1986

Ashley, Maurice: The Glorious Revolution of 1688, London 1966

Austin, Rodney: Freedom of Information: The Constitutional Impact, i J. Jowell/D.Oliver (utg.), The Changing Constitution, 2 uppl., Oxford 1989 s. 409-450

Avril, P./Gicquel, J.: Le Conseil constitutionnel, 2 uppl, Paris 1993

Axberger, Hans-Gunnar: Tryckfrihetens gränser, Stockholm 1984

Bacot, Guillaume: La déclaration de 1789 et la constitution de 1958, Rev.d.dr.publ. 1989 s. 685-737

Badinter, Robert: Menneskerettigheter og rettsstat, TfR 1990 s. 184 ff

Bahlmann, Kai: Europäische Grundrechtsperspektiven, i B. Börner/H. Jahrreiss/K. Stern (utg.), Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens, Köln 1984 s. 17-41

Bailey, S.H./Harris, D.J./Jones, B.L.: Civil Liberties, Cases and materials, 2 uppl., London 1985

Bailyn, Bernard: The Ideological Origins of the American Revolution, Cambridge 1976

Barendt, Eric: Freedom of Speech, Oxford 1987 -

Spycatcher and the Freedom of Speech, P.L. 1989 s. 204-212

Barry, Brian: Democracy, Power and Justice, Oxford 1989

von Baumgarten, Fredrik: Det idéhistoriska perspektivet, i Sporrong-Lönnroth – En handbok, Stockholm 1985 (utg. av Institutet för offentlig och internationell rätt) s. 227-258

Benda, Ernst: Der soziale Rechtsstaat, i Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/New York 1983 s. 477 ff -

Die Verfassungsgerichtbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, i C. Starck/A. Weber (utg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Baden-Baden 1986 s. 124 ff

Benditt, Theodore M.: Rights, Totowa 1982

Bengtsson, Bertil: En problematisk grundlagsändring, SvJT 1994 s. 920-933 -

Ersättning vid offentliga ingrepp I, Stockholm 1986 -

Lagrådets makt över lagstiftningen, i R. Lavin (utg.), Om lagrådsgranskning, Lund 1980 s. 62-70 -

Låt lagrådet diskutera med departementen, Dagens Nyheter 27 maj 1991 -

Om domstolarnas lagprövning, SvJT 1987 s. 229-247 -

Om expropriation och grundlagstolkning, i Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm 1986 s. 31-64 -

Om konstitutionsutskottets lagprövning, i 14 uppsatser 1983-1991, Stockholm 1992 s. 345-361 -

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

Om lagprövning ur svenskt perspektiv, NAT 1989 s. 323-336 -

Om lagrådsgranskningens gränser, FT 1984 s. 188-212

Samernas rätt och statens rätt, SvJT 1994

s. 525-533

Berger, Raoul: Congress v. The Supreme Court, Cambridge (Mass.) 1969 -

Ely's »Theory of Judicial Review», Ohio State L.J. 1981 s. 87-130

Berlin, Isaiah: Fyra essäer om frihet, Stockholm 1984

Bernhardt, R./Petzold, H.: Cour Européenne des droits de l'homme, i Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: Concurrence ou complémentarité?, IX Conférence des Cours constitutionnelles européennes (utg. av C.C.), Paris 1993 s. 661-733

Bernitz, Ulf: Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, JT 1994-95 s. 259-269 -

Svensk marknadsrätt, 3 uppl., Stockholm 1991

Bickel, Alexander M.: The least dangerous Branch, Indianapolis/New York 1962

Bingham, T.H.: The European Convention on Human Rights: Time to incorporate, L.Q.R. 1993 s. 399 ff

Bixby, David M.: The Roosevelt Court, Democratic Ideology, and Minority Rights: Another Look at United States v. Classic, Yale L.J. 1981 s. 741-785

Björkholm, Thérèse: Liberté and Loi, A reading in the Political and Legal Philosophy of Jean-Jacques Rousseau, Uppsala 1994 (stencil)

Black, Hugo L.: The Bill of Rights, N.Y.U.L.R. 1960 s. 865-881

Blackstone, William: Commentaries, Vol. 1, New York/London 1978

Blaizot-Hazard, Catherine: Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hierarchie des normes, Rev.d.dr.publ. 1992 s. 1293-1319

Bleckmann, Albert: Staatsrecht II – Die Grundrechte, 3 uppl., Köln 1989

Bobbio, Norberto: Democracy and dictatorship: the nature and limits of state power, Oxford 1989 –

Liberalism and Democracy, London/ New York 1990 -

The Future of Democracy, Oxford 1987

Bogdan, Michael, Grundlagsskyddet för äganderätten, FT 1988 s. 73-94 -

Komparativt rättsstudium, Stockholm 1993

Bogdanor, Vernon: Constitutional Law and Politics, Oxford Journal of Legal Studies 1987 s. 454-464

Bon, Pierre: Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des Cours Constitutionnelles Européennes, REdDC 1991 s. 45-72

Borchardt, Klaus-Dieter: Bundesrepublik Deutschland, i E. Grabitz (utg.), Grundrechte in Europa und USA, Kehl-/Strasbourg/Arlington 1986 s. 115-202

Bork, Robert: Neutral Principles and Some First Amendment Problems, Ind.L.J. 1971 s. 1-35 -

The Tempting of America, New York 1990

Borum, O.A.: Domstolenes ret til prøvelse av loves grundlovsmæssighed – endnu en gang, Festskrift till Alf Ross, Köpenhamn 1969 s. 49-61

Lord Boston of Faversham: Arguments against a Bill of Rights, i C.M. Campbell (utg.), Do We Need a Bill of Rights, London 1980 s. 23-37

Boström, Bengt-Ove: Samtal om demokrati, Lund 1988

Boudant, Joel: Le president du Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1987 s. 589-676

Boyle, Alan: Freedom of expression as a

public interest in English law, P.L. 1982 s. 574-612

Bradley, A.W., Parliamentary Privilege and the Zircon Affair, P.L. 1987 s. 1-3

Bramstång, Gunnar: 1809 års regeringsform § 16 och de administrativa frihetsberövandena, Rättshistoriska studier, Serie II, Sjunde bandet, Lund 1982 s. 1-68

Brandt, Reinhard: Rousseaus Philosophie der Gesellschaft, Stuttgart 1973

Brenkert, George G.: Political Freedom, London/New York 1991

Brennan, William J.: Why have a Bill of Rights?, Oxford Journal of Legal Studies 1989 s. 425-440

Brewer-Carías, Allan R.: Judicial Review in Comparative Law, Cambridge 1992

Brown, Rebecca L.: Tradition and Insight, Yale L.J. 1993 s. 177-222

Lord Browne-Wilkinson: The Infiltration of a Bill of Rights, P.L. 1992 s. 397-410

Brugger, Winfried: Grundrechte, Grundsätze und verantwortliches Handeln aus verfassungsrechtlicher Sicht, i J. Schwartländer (utg.), Menschenrechte und Demokratie, Kehl/Strasbourg 1981 s. 27-40

Burdeau, Georges: Traité de Science Politique, Tome IV, Paris 1983

Burke, Edmund: Reflections on the Revolution in France, London 1791, nytryckt 1968 och 1988 (Penguin), utg. av Conor Cruise O'Brien

Bybee, Jay S.; Advising the President: Separation of Powers and the Federal Advisory Committe Act, Yale L.J. 1994 s. 51-128

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 s. 1529-1538 -

Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991

Cahn, Edmond: The Firstness of the First Amendment, Yale L.J. 1956 s. 464-481

Calabresi, Guido: Anti-discrimination and constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate ignores), Harv.L.Rev. 1991 s. 65 ff

Calabresi, S.G./Prakash, S.B.: The President's Power to Execute the Laws, Yale L.J. 1994 s. 541-665

Cameron, I./Kirilova Eriksson, M.: An Introduction to the European Convention on Human Rights, Uppsala 1993

Campbell, Sue: Gypsies: the Criminalization of a Way of Life?, Crim.L.Rev. 1995 s. 28-37

Cappelletti, Mauro: Is the European Court of Justice »Running Wild»?, ELR 1987 s. 3-19 -

Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of »Constitutional Justice», Cath.Univ.L.Rev. 1985 s. 1-32 -

The Law-Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analysis, Monash University Law Review 1981 s. 15-67 -

The »Mighty Problem» of Judicial Review and the Contributions of Comparative Analysis, Southern California Law Review 1980 s. 409-445

Cappelletti, M./Adams, J.C.: Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations, Harv.L.Rev. 1966 s. 1207-1224

Cappelletti, M./Golay, D.: The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration, i Cappelletti/M. Seccombe/ J. Weiler (utg.), Integration through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 1, Book 2, Berlin/New York 1986 s. 230 ff

Cappelletti, M./Cohen, W.: Comparative Constitutional Law, Indianapolis/New York/Charlottesville 1979

Castberg, Frede: Den alminnelige statslæres problemer, i Fra statslivets rettsproblemer, Oslo 1953 s. 144-161 -

Domstolarnas befogenhet att åsidosätta grundlagsstridiga lagar, StvT 1930 s. 317-337 -

Domstolenes kompetanse til å avgjøre spørsmål om grunnlovsmessigheten av lover, JFT 1962 s. 70-78 -

Naturrett og menneskerettigheter, Oslo 1967

Chander, Anupam: Sovereignty, Referenda, and the Enfrenchment of a United Kingdom Bill of Rights, Yale L.J. 1991 s. 457-480

Chemerinsky, Erwin: Interpreting the Constitution, New York/Westport/-London 1987 -

The Vanishing Constitution, Harv.L.Rev. 1988 s. 44-104

Choper, Jesse H.: Judicial Review and the National Political Process, Chicago/London 1980

Christensen, Jens Peter: Debatten om grundlovsændring i forfatningsretslig belysning, UfR 1993 s. 1-12 -

De danske frihetsrettigheder – nogle principielle och metodiske overvejelser, Juristen 1989 s. 1-7 -

Forfatningsretten og det levende liv, Köpenhamn 1990

Clapham, Andrew: Human Rights and the European Community: A Critical Overview, Vol. I, Baden-Baden 1991

Conac, Gerard: L'influence des déclarations Americaines et de la Constitution des Etats-Unis dans l'histoire constitutionnelle francaise, i Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports francais au deuxieme Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel, Paris 1987 s. 423-464

Cornford, James: On Writing a Constitution, Parl.Aff. 1991 s. 558-571

Corwin, Edward S.: Court over Constitution, Princeton 1938 -

Liberty against Government, Baton Rouge 1948 -

The »Higher Law» Background of American Constitutional Law (I), Harv.L.Rev. 1928 s. 149-185

Cover, Robert M.: The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, Yale L.J. 1982 s. 1287-1316

Cox, Archibald: Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights, Harv.L.Rev. 1966 s. 91-122 -

The Role of the Supreme Court in American Government, Oxford 1976

Craig, P.P.: Bentham, Public Law and Democracy, P.L. 1989 s. 407-427

Cram, Ian: When The 'Interests of Justice' Outweigh Freedom of Expression, M.L.R. 1992 s. 400-405

Cranston, Maurice: Human Rights, Real and Supposed, i D.D. Raphael (utg.), Political Theory and the Rights of Man s. 43-53 –

What are Human Rights?, London/Sydney/Toronto 1973

Cruz Villalon, Pedro: Formacion y evolucion de los Derechos Fundamentales, REdDC 1989 s. 35-62

Dahl, Robert A.: A Preface to Democratic Theory, Chicago 1956 -

Democracy and its critics, New Haven/London 1989

Dalan, Björn: Ekspropriasjonsvedtakk og reguleringsplaner, LoR 1994 s. 414-419

Danelius, Hans: Europadomstolen och

den svenska rättsordningen, SvJT 1989 s. 653-670 -

Mänskliga rättigheter, 4 uppl., Stockholm 1989 -

Mänskliga rättigheter, 5 uppl., Stockholm 1993 -

Europadomstolens domar 1991-1993 – en rättsfallsöversikt, SvJT 1994 s. 337-387

Darmon, Marco: Juridictions constitutionnelles et droit communautaire, RTDE 1988 s. 217-251

Dauses, Manfred A.: Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JdöR 1982 s. 1-22

David, R./Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems In The World Today, 3 uppl., London 1985

Denninger, Erhard: Der Schutz der Verfassung, i E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/New York 1983 s. 1293-1327

Dennis, Ian: The Criminal Justice and Public Order Act 1994 – The Evidence Provisions, Crim.L.Rev. 1995 s. 4-18

Derathé, Robert: Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, Paris 1950

Dicey, A.V.: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9 uppl., London 1950

Diez-Picazo, Luiz Maria: ¿Una Constitucion Sin Declaracion de Derechos?, REdDC 1991 s. 135-155

van Dijk,P./van Hoof, G.J.H.: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2 uppl., Deventer/-Boston 1990

Dodge, William S.: Congressional control of Supreme Court Appellate Jurisdiction: Why the Original Jurisdiction Clause Suggests an Essential Role, Yale L.J. 1991 s. 1013-1032

Dolva, Trond: Internasjonale Menneskerettighetskonvensjoner og intern norsk rett, TfR 1990 s. 121-133

Donnelly, Jack: The Concept of Human Rights, Beckenham/Sydney 1985

Douzinas, C./Homewood. S/Warrington, R: The shrinking scope for public protest, I. on C. 8/88 s. 13-15

Betydningen av den internasjonale beskyttelse av menneskerettighetene i fransk intern rätt, TfR 1990 s. 134-166

Drzemczewski, Andrew Z.: European Human Rights Convention in Domestic Law, Oxford 1983

Drzemczewski, A./Meyer-Ladewig, J.: Principal Characteristics of the new ECHR Control Mechanism, HRLJ 1994 s. 81-86

Dubouis, Louis: Alminnelige rettsgrunnsettninger og beskyttelse av menneskerettighetene i EF-retten, TfR 1988 s. 799-813 -

Due, Ole: EF-domstolens retspraksis som integrationsfremmende faktor, JT 1991/92 s. 407-416

Dufwa, Bill W.: Société de législation comparée och Sverige, SvJT 1991 s. 528-538

Dunleavy, P./ O'Leary, B.: Theories of the State – The politics of liberal democracy, London 1987

Dworkin, Ronald: A Bill of Rights for Britain, London 1990 -

A Matter of Principle, Cambridge 1985-

Devaluing liberty, i I. on C. 8/1988 s. 7 f -

Law's Empire, Cambridge (Mass.) 1986 -

Life's Dominion, New York 1993 -

Mr. Liberty, recension av Gunther, Learned Hand – The Man and the Judge, New York Review of Books 11 augusti

1994 s. 17-22 -

Taking Rights Seriously, London 1977

Dürig, Günter: An Introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany, i U. Karpen (utg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988 s. 11-24

Döhring, Karl: The Special Character of the Constitution of the Federal Republic of Germany as a Free Democratic Basic Order, i Karpen (utg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988 s. 25-44

Eckhoff, Thorstein: Forvaltningsrett, 4 uppl, Oslo 1992 -

Høyesterett som grunnlovens vokter, i Makt og motiv. Et festskrift til Jens Arup Seip, Oslo 1975 s. 182-207 -

Legalitetsprinsippet, TfR 1963 s. 225-285

Ehlermann, Claus-Dieter: Zur Diskussion um einen »Solange III»-Beschluss: Rechtspolitische Perspektiven aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, EuR 1991 s. 27-38

Eide, Asbjörn: Grunnlov og menneskerettigheter, LoR 1989 s. 195-208 -

Menneskerettigheter i det norske rettssystem fra 1814 til ca. 1970, TfR 1990 s. 39-59

van Eikema Hommes, Hendrik Jan: Major Trends in the Theory of Legal Philosophy, Amsterdam 1979

Einersen, E./Trier, T: Den europæiske Menneskeretsdomstols prøvelsekompetence – Doktrinen om Margin of Appreciation, TfR 1991 s. 570-593

Ekelöf, Per-Olof: Juridisk slutledning och terminologi, TfR 1945 s. 213-272

Ellwein, Thomas: Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung, i Benda/Maihofer/-Vogel (utg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/New York 1983 s. 1093-1147

Elster, Jon: Introduction, till Elster/Slagstad (utg.), Constitutionalism and Democracy, London/Oslo 1988 -

Ulysses and the Sirens, Cambridge 1979

Ely, John Hart: Democracy and Distrust, Cambridge (Mass.)/London 1980 -

Democracy and the right to be different, N.Y.U.L.R. 1981 s. 397-405 -

Commentary, N.Y.U.L.R. 1981 s. 527-528

Engel, Christoph: Der Ordnungsvorbehalt in den Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, SJiR 1989 (XLVI) s. 41-91

Ermacora, Felix: General Problems of Relations between Constitutional Law and International Law, i The New Constitutional Law, utg. av The International Association of Constitutional Law, Fribourg 1991 s. 267-286

Estreicher, Samuel: Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely's Role for the Supreme Court in the Constitutions Open Texture, N.Y.U.L.R. 1981 s. 547-582

Everling, Ulrich: Brauchen wir »Solange III»?, EuR 1990 s. 195-227

Ewing, K.D./Gearty, C.A.: Freedom under Thatcher, Oxford 1990

Fahlbeck, E./Jägerskiöld, S./Sundberg, H.G.F.: Medborgarrätt, Stockholm 1947

Fahlbeck, Reinhold: Employment Privacy in Sweden, JT 1991/92 s. 41-62 -

Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet, Stockholm 1992

Favoreu, Louis: Les decisions du Conseit Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, Rev.d.dr.publ. 1982 s. 377-420 -

Chronique, Rev.d.dr.publ. 1986 s. 396-495

La légitimité du juge constitutionnel, RIDC 1994 s. 557-581 -

La politique saisie par le droit, Paris 1988 -

L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles, Rapports Francais au XI Congrès International de droit comparé a Caracas, Paris 1982 s. 1-23 -

Menneskerettighetserklæringen av 1789 og det franske forfatningsråd, TfR 1990 s. 72-87 -

Souveraineté et supra-constitutionnalité, Pouvoirs 1993 s. 71-78

Favoreu, L. (utg.): Le Conseil Constitutionnel et les partis politiques, Aix-en-Provence 1988

The Federalist Papers, utg. av. Alexander Hamilton/James Madison/John Jay, Cambridge (Mass.) 1961

Feger, Dieter: Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften – Bestand und Entwicklung, Frankfurt a.M. 1984

Feldman, David: Civil Liberties & Human Rights in England & Wales, Oxford 1993

Fennessy, R.R.: Burke, Paine and the Rights of Man, Haag 1963

Fleischer, Carl August: Norsk ekspropriasjonsrett, Oslo 1978 -

Regulering og ekspropriasjon, LoR 1995 s. 215-234

Fogelklou, Anders: Constitutionalism: The Swedish Experience, Swedish National Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990 s. 205-223

Frankfurter, Felix: Advisory Opinions, Enc. of Soc.Sc., Vol.1, London 1930 s. 475-480 –

A Note on Advisory Opinions, Harv.L.Rev. 1923-24 s. 1002-1009

Freeman, Samuel: Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review, Law and Philosophy 1990-91 s. 327-370

Friedrich, Carl J.: Constitutional Government and Democracy, 4 uppl., Waltham/Toronto/London 1968 -

Constitutions and Constitutionalism, i Enc. of Soc.Sc., Vol. 3, London 1968 s. 318-326 -

Limited Government: A Comparison, Englewood Cliffs 1974

Frowein, J./Schulhofer, S./Shapiro, M.: The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle for Integration, i Cappelletti/Seccombe/Weiler (utg.), Integration through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 1, Book 2, Berlin 1986 s. 231-344

Frykholm, Lars: Studier över artikel 48 i Weimarförfattningen, Uppsala 1942

Fukuyama, Francis: The end of History and the last Man, New York 1992

Gaja, Giorgio: New Developments in a continuing Story: The Relationship between EEC law and Italian Law, CMLR 1990 s. 83-95

Galston, William A.: Liberal Purposes, Cambridge 1991

García, Ricardo Alonso: Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas, i Estudios sobre La Constitucion Espanola – Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tome III, Madrid 1991 s. 799-836

Germer, Peter: Berufsverbot i forfatningsretslig belysning, Retfærd 6 (1978) s. 87-92 -

Dänemark, i E.Grabitz (utg.), Grund-

rechte in Europa und USA, Kehl/ Strasbourg/Arlington 1986 s. 85-114 -

Menneskerettighedernes forfatningsretslige funktion i velfærdssamfundet, Jussens Venner 1981 s. 330-338 -

Statsforfatningsret I-II, Köpenhamn 1988-89 -

Ytringsfrihetens væsen, Köpenhamn 1973

Golzong, Heribert: Der Schutz der Grundrechte durch die Europäische Menschenrechtskonvention und seine Mängel, i H. Mosler/R. Bernhardt/M. Hilf, Grundrechtsschutz in Europa, Berlin/Heidelberg/New York 1977 s. 7-20

Gralla, René: Der Grundrechtsschutz in Dänemark, Frankfurt a.M./Bern/New York 1987

Gravells, Nigel P.: European Community Law in the English Courts, P.L. 1993 s. 44-53

Grey, Thomas C.: Constitutionalism: An analytic framework, i Nomos XX – Constitutionalism, New York 1979 s. 189-209 -

Do we have an Unwritten Constitution, Stan.L.Rev. 1975 s. 695 ff-

Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought, Stan.L.Rev. 1978 s. 843-893

Grief, Nicholas: The domestic impact of the European Convention of Human Rights as mediated through Community Law, P.L. 1991 s. 555-567

Griffith, John: The Political Constitution, M.L.R. 1979 s. 1-21 –

The Politics of the Judiciary, Glasgow 1977

Gunther, Gerald: Cases and Materials on Constitutional Law, Mineola 1975 -

Learned Hand – The Man and the Judge, New York 1994

Gutmann, Amy: Communitarian Critics of Liberalism, Phil. & Publ.Aff. 1985 s. 308-322

Görlich, Helmuth: Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines i U. Karpen (utg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988

Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung, 4 uppl., Frankfurt a.M. 1994

Habib, Laurent: La notion d'erreur manifeste d'appreciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1986 s. 695-730

Hahn, Georg: Die Grundrechte der Schwedischen Regierungsform, AöR 1977 s. 592 ff

Hallström, Pär: Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten, JT 1992/93 s. 59-81

Hand, Learned: The Bill of Rights, Cambridge (Mass.) 1958 -

The Spirit of Liberty, New York 1953

Heath, Edward: A State of Secrecy, New Statesman & Society 10 mars 1989 s. 10-11

Heckscher, Gunnar: Förord till Burkes Reflektioner om franska revolutionen, i Burke, Reflektioner om franska revolutionen, Stockholm 1982 s. 7-14 -

Nationell och internationell författningsdebatt 1809 och tidigare, i S. Björklund (red), Kring 1809 – Om Regeringsformens tillkomst, Stockholm 1965 s. 120 ff

Hedenius, Ingemar: Om rätt och moral, 2 uppl., Stockholm 1965

Henkin, Louis: The Age of Rights, New York 1990

Herbert, Georg: Der Wesensgehalt der

Grundrechte, EuGRZ 1985 s. 321-335

Herdegen, Matthias: Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz, EuGRZ 1989 s. 309-314

Herlitz, Nils: Grunddragen av det svenska statsskickets historia, 6 uppl., Stockholm 1964 -

Svenska statsrättens grunder, Stockholm 1948

Hermansson, Jörgen: Demokrati i västerländsk mening, StvT 1986 s. 253-264

Herzog, Roman: Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte, EuGRZ 1990 s. 483-486

Hesse, Konrad: Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978 s. 427-438

Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland: Aufgabe und Funktion der Verfassung, i E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands, Berlin 1983 s. 3-27 -

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14 uppl., Heidelberg 1984

Hessler, Carl Arvid: Regeringsformen och den utländska doktrinen, StvT 1959 s. 209-225

Hidén, Mikael: Constitutional Rights in the Legislative Process: the Finnish System of advance control of legislation, i Sc.St.i.L. 1973 s. 97-125 -

Die präventive Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze, ÖZöRuV 1979 s. 91-104 -

Har grundrättigheterna någon betydelse?, JFT 1978 s. 413-421 -

The Constitution, i J. Uotila (utg.), The Finnish Legal System, Helsingfors 1985 s. 39-59

Hidén. M./Saraviita, I.: Statsförfattningsrätten i huvuddrag, 6 uppl., Helsingfors 1994

Higgins, R.: United Kingdom, i F.G. Jacobs/S. Roberts (utg.), The Effect of Treaties in Domestic Law, London 1987 s. 123-139

Hilf, Meinhard: Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft, EuR 1991 s. 20 ff -

General Problems of Relations between Constitutional Law and International Law, i C. Starck (utg.), Rights, Institutions and Impact of International Law, – The contributions of the Federal Republic of Germany to the Second World Congress of the International Association of Constitutional Law, Baden-Baden 1987 s. 182-189 -

Solange II: Wie lange nach Solange?, EuGRZ 1987 s. 1-7

Holmberg, Erik: På spaning efter rättigheterna, SvJT 1987 s. 653-676

Holmberg, E./Stjernquist, N.: Grundlagarna, Stockholm 1980 -

Vår författning, 8 uppl., Stockholm 1992 -

Vår författning, 10 uppl. Stockholm 1995

Holmes, Oliver Wendall: Law and the Court, i Collected Legal Papers, London 1920 s. 291-297

Holmes, Stephen: Precommitment and the paradox of democracy, i J. Elster/R. Slagstad (utg.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge/Oslo 1988 s. 195-240

The Permanent Structure of Antiliberal Thought, i Nancy L. Rosenblum (utg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge/London 1989 s. 227-253

Holst-Christensen, Nina: Gælder menneskerettighederne i Danmark?, Juristen 1989 s. 48-57

Horton, J./Mendus, S.: Alasdair MacIntyre: *After Virtue* and after, i Horton/Mendus (utg.), After MacIntyre – Critical Perspectives on the Work of Alasdair MacIntyre, Cambridge 1994 s. 1-15

Horwitz, Morton J.: Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism, Harv.L.Rev. 1993 s. 32-117

Huber, E.R.: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band VI, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981

Häberle, Peter: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3 uppl., Heidelberg 1983 -

Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992

Hägerström, Axel: Der römische Obligationsbegriff I, Uppsala 1927-

Naturrätt i straffrättsvetenskapen, SvJT 1920 s. 321-341 -

Om moraliska föreställningars sanning, i Socialfilosofiska uppsatser, 2 uppl., Stockholm 1966 s. 35-57 -

Om primitiva rudimenter i modernt föreställningssätt, i Socialfilosofiska uppsatser, 2 uppl, Stockholm 1966 s. 112-132 -

Om sociala vidskepelser, i Socialfilosofiska uppsatser, 2 uppl., Stockholm 1966 s. 77-96

Inger, Göran: Svensk rättshistoria, Lund 1980

Ipsen, Hans-Peter: Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechtsproblematik, EuR 1987 s. 1-6 -

Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, i J. Schwarze (utg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, Baden-Baden 1983 s. 29-62

Ipsen, Jörn: Constitutional Review of Laws, i C. Starck (utg.), Main Principles of the German Basic Law, Baden-Baden 1988 s. 107-137

Jaconelli, Joseph: Enacting a Bill of Rights, Oxford 1980

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 2 uppl., Berlin 1905

Jeanneau, Benoit: »Juridicisation» et actualisation de la Declaration des droits de 1789, Rev.d.dr.publ. 1989 s. 635-663

Jensen, Michael H.: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretslig belysning, UfR 1994 s. 335-344

Johansson, Alf W.: Herbert Tingsten och det kalla kriget, Stockholm 1995

Johnson, Nancy: Vereinigte Staaten von Amerika, i E. Grabitz (utg.), Grundrechte in Europa und USA, Kehl/Strasbourg/Arlington 1986 s. 885-971

Johnson, N./McAuslan, P.: Dicey and his influence on public law, P.L. 1985 s. 717-723

Jolowicz, J.A.: The Judicial Protection of Fundamental rights under English Law, Cambridge 1979

Jowell, Jeffrey: Broadcasting and Terrorism, Human Rights and Proportionality, P.L. 1990 s. 149-156

Jyränki, Antero: Taking Democracy Seriously – The problem of the control of the constitutionality of legislation. The case of Finland, i M. Sakslin (utg.). The Finnish Constitution in Transition, Finnish contributions to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law, Helsingfors 1991 s. 6-16

Jägerskiöld, Stig: Genmäle om lagprövningsrätt, StvT 1965 s. 249-252 -

Mot vem riktar sig RF § 16?, i Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt, Uppsala 1947 s. 129-140 -

Om domstols lagprövningsrätt, StvT 1964 s. 1-20

Kaarsted, Tage: Grundloven, Ringkjöbing 1974

Kaira, Kaarlo: Om omfattningen och betydelsen av grundlagstiftningen i Finland, Festskrift till Poul Andersen, Köpenhamn 1958 s. 240-253

Kannar, George: The Constitutional Catechism of Antonin Scalia, Yale L.J. 1990 s. 1297-1357

Karlbom, Rolf: Bakgrunden till 1809 års regeringsform, Göteborg 1964

Karlsson, Nils: The State of State, Uppsala 1993

Karpen, Ulrich: Application of the Basic Law, i C. Starck (utg.), Main Principles of the German Basic Law, Baden-Baden 1983 s. 55-88

Kastari, Paavo: De medborgerliga fri- och rättigheternas grundlagsskydd i Finland, StvT 1959 s. 285-301 -

Socialiseringssträvandena och egendomens grundlagsskydd i de europeiska länderna, TfR 1948 s. 191-223

Kellberg, Love: Den svenska inställningen till Europarådsdomstolen för mänskliga rättigheter, i Festskrift till Lars Hjerner, Stockholm 1990 s. 299-309

Kelsen, Hans: Judicial Review of Legislation, The Journal of Politics 1942 s. 183-200 -

La garantie juridictionnelle de la Constitution, Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929 s. 52-143 -

Reine Rechtslehre, 2 uppl., Wien 1960

Kingston, P./Imrie, C.: Der Grundrechtsschutz in England, i E. Grabitz (utg.), Grundrechte in Europa und USA, Kehl/Strasbourg/Arlington 1986 s. 717 ff

Kirchhof, Paul: Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung, EuGRZ 1994 s. 16-36

Kjönstad, Asbjörn: Trygderettighetenes grunnlovsvern, Oslo 1994

Klein, Eckart: The concept of the Basic Law, i C. Starck (utg.), Main Principles of the German Basic Law, Baden-Baden 1983 s. 15-35

Kröger, Klaus: Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, Baden-Baden 1978

Kymlicka, Will: Liberalism, Community and Culture, Oxford 1991

Källström, Staffan: Den gode nihilisten – Axel Hägerström och striderna kring Uppsalafilosofin, Stockholm 1986 -

En filosof i politiken – Vilhelm Lundstedt och äganderätten, Stockholm 1991

Lagerroth, Fredrik: Moderna författningar mot historisk bakgrund, Stockholm 1955

Lamberti, Jean-Claude, Tocqueville and the Two Democracies, Cambridge/-London 1989

Landfried, Christine: Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany, i Landfried (utg.), Constitutional Review and Legislation, Baden-Baden 1988 s. 147-167

The Judicialization of Politics in Germany, IPSR 1993 s. 113-124

Lando, Ole: Komparativ ret som emne for forskning og undervisning, JFT 1966 s. 261-271

Lauridsen, Preben Stuer: Studier i retspolitisk argumentation, Köpenhamn 1974

Lavin, Rune: Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen, JT 1994/95 s. 731-737 -

Lagprövningsrätten i en ny regeringsform, FT 1973 s. 11-26 -

(utg.): Om lagrådsgranskning, Lund 1987

Lawrence, R.J.: Rights and Remedies, i C.M. Campbell (utg.), Do we need a Bill of Rights, London 1980 s. 10-16

Laws, John: Is The High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?, P.L. 1993 s. 59-79 -

Judicial Remedies and the Constitution, M.L.R. 1994 s. 213-227

Lebreton, J.-P.: Les particularités de la juridiction constitutionnelle, Rev.d.dr.publ. 1983 s. 419-485

Lee, Simon: Bicentennial Bork, Tercentennial Spycatcher: Do the British need a Bill of Rights?, Univ.Pitt.L.Rev. 1988 s. 777-821

Leigh, Ian: The Security Service, the Press and the Courts, P.L. 1987 s. 12-21

Lenaerts, Koen: Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue, ELR 1991 s. 365 ff

Lester, Anthony: Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated, P.L. 1984 s. 46-72 -

The Constitution: Decline and Renewal, i J. Jowell/D. Oliver (utg.), The Changing Constitution, Oxford 1989 s. 345-370

Lewin, Leif: Eliternas tävlan om folket, SvD 1 april 1995 -

Folket och eliterna, Stockholm 1970 –

Ideologi och strategi – Svensk politik under 100 år, 4 uppl., Stockholm 1992

Lidbom, Carl: Lagstiftningsmaktens gränser, JT 1993/94 s. 283-299

Lindahl, Lars: Hans Kelsen och den rena rättsläran (stencil), Lund 1986

Locke, John: Two Treatises of Civil Government, London 1690, omtryckt 1966 (Dent & Sons)

Lorentzen, P./Rehof, L.A./Trier, T: Den Europæiske Menneskerettskonvention, Köpenhamn 1994

Low-Bloch, S./Marcus, M.: John Marshall's Selective Use of History in *Marbury v. Madison*, Wisconsin Law Review 1986 s. 301-337

Loveland, Ian: Labour and the Constitution: The »Right» Approach to Reform?, Parl.Aff. 1992 s. 173-187

Lundum, John: Den danske inkorporering af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Mor 1993 s. 274-279

Lübbe-Wolff, Gertrude: The Role of the Reichsgericht, i H. Wellenreuther (utg.), German and American Constitutional Thought, New York/Oxford/-München 1990 s. 353-372

Lysén, Göran: Europas grundlag – Europakonventionen om mänskliga rättigheter, 2 uppl., Uppsala 1993 -

Något om lagprövning och skadestånd, FT 1983 s. 129-139

Om svensk domstols lagprövning m.m. - några reflektioner, SvJT 1989 s. 115-121

Länsineva, Pekka: The Constitutional Committee of Parliament: The Finnish Model of Norm Control, i M. Sakslin (utg.), The Finnish Constitution in Transition, Helsingfors 1991 s. 68-80

Macedo, Stephen: Liberal Virtues, Oxford 1990

Mahoney, Paul: Judicial activism and Judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, HRLJ 1990 s. 60 ff

MacIntyre, Alasdair: After Virtue, London 1981

Mancini, G. Federico: The Making of a

Constitution for Europe, CMLR 1989 s. 595-614

March Hunnings, Neville: Video Censorship, P.L. 1985 s. 214 ff

Marcus, Maeva: Truman and the Steel seizure Case – The Limits of Presidential Power, New York 1977

Marshall, Geoffrey: Constitutional Theory, Oxford 1971

Martin, Rex: A System of Rights, Oxford 1993 -

Rawls and Rights, Kansas City 1985

Martin. R./Nickel, James W.: Recent Work on the Concept of Rights, American Philosophical Quarterly 1980 s. 165-180

McDonald, Joan: Rousseau and the French Revolution, London 1965

McKay, Robert B.: Judicial Review in a Liberal Democracy, Nomos XXV (Liberal Democracy), New York 1983 s. 121-144 -

The preference for freedom, N.Y.U.L.R. 1959 s. 1182-1227

Meiklejohn, Alexander: Political Freedom, New York/Oxford 1965

Merrills, J.G.: The development of international law by the European Court of Human Rights, Manchester 1990

Metcalf, Michael F.: Det politiska spelet kring Högsta Domstolens tillkomst, i Rolf Nygren (utg.), Högsta domsmakten i Sverige under 200 år, Rättshistoriska studier- sextonde bandet, Lund 1990 s. 5-15

Mill, John Stuart: Democracy and Government, i G.L. Williams (utg.), John Stuart Mill On Politics and Society, Brighton 1976 s. 179-185 -

De Tocqueville on Democracy in America (I-II), i J.M. Robson (utg.), Collected Works, vol. XVIII, Toronto 1977 s. 187 ff -

Om friheten, Stockholm 1984

Modéen, Tore: La protection des droits de l'homme en droit constitutionnel Finlandais, Revue des droits de l'homme 1975 s. 201-211

Modéer, Kjell-Åke: Finalisten som katalysator, i Festskrift till Per-Olof Bolding, Stockholm 1992, s. 323-371

Granskning eller prövning? – Högsta domstolen som normbildare, i R. Lavin (utg.), Om lagrådsgranskning, Lund 1987 s. 13-31 -

Historiska rättskällor, Stockholm 1993 -

Regeringen påverkar lagrådet, Dagens Nyheter 2 maj 1991

Mulhall, S./Swift, A.: Liberals & Communitarians, Oxford 1992

Mullen, Tom: Constitutional Protection of Human Rights, i T. Campbell/D. Goldberg/S. McLean/T. Mullen, Human Rights – From Rhetoric to Reality, Oxford 1986 s. 21-36

Mullenix, Linda S.: Unconstitutional Rulemaking: The Civil Justice Reform Act and Separation of Powers, Minn.L.Rev. 1993 s. 1290 ff

Müller, Wolfgang: Der Conseil d'Etat, AöR 1992 s. 337-409

Nelson, Alvar: Rättsvetenskapen i dagens samhälle, i Festskrift till Karl Olivecrona, Stockholm 1964 s. 458-474

Nergelius, Joakim: Maastrichtfördraget – Ett försök till en konstitutionell analys, FT 1993 s. 119-151 -

Den tyska författningsdomstolens godkännande av Maastrichtfördraget, FT 1994 s. 53-60

Neri, Sergio: Le droit communautaire et la Cour Constitutionnelle italienne: La protection des droits fondamentaux,

RivdiDE 1989 s. 81-98

Nino, Carlos S.: The Ethics of Human Rights, Oxford 1991

Nordin, Svante: Från Hägerström till Hedenius – Den moderna svenska filosofin, Lund 1984

Nowak, John E.: Evaluating the Work of the New Libertarian Supreme Court, Hast.Const.L.Quart. 1980 s. 263-314

Nowak, J.E./Rotunda, R.D./Young, J.N.: Constitutional Law, 2 uppl., St. Paul 1983

Nyman, Olle: Regeringsformens målsättningsstadganden, FT 1984 s. 289-303

Nørgaard, Carl Aage: Den europæiske menneskerettighedskonvention og dansk ret, UfR 1987 s. 73-82

Oberdorff, Henri: A propos de l'actualité juridique de la declaration de 1789, Rev.d.dr.publ. 1989 s. 665-684

Olivecrona, Karl: Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt, Tre uppsatser, Lund 1962 -

Om lagen och staten, Lund 1940 -

Rättsordningen, 2 uppl., Lund 1976

Oliver, Dawn: Written Constitutions: Principles and Problems, Parl.Aff. 1992 s. 135-152

Olsson, Curt: Det finländska systemet, i Författningsdomstol och lagprövning, Stockholm 1991 (utg. av Rättsfonden) s. 64-67 -

Om lagprövning, JFT 1994 s. 443-503

Opsahl, Torkel: Bör vi modernisere individets grunnlovsvern?, LoR 1968 s. 65-82 -

Idéen om menneskerettighetene, Jussens Venner 1981 s. 267-283 -

Menneskerettighetene og rettsstaten, TfR 1990 s. 167-176 -

Reform av statsrettslige grunnprinsipper, TfR 1969 s. 83-121 -

Trenger Norge en ny grunnlov?, LoR 1989 s. 451-464

Ossenbühl, Fritz: Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976 s. 2100-2107

Paine, Thomas: Rights of Man, London 1791, nytryckt 1988 (Penguin) -

Sunt förnuft, Stockholm 1986 -

Palmer, Stephanie: Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Act 1989, P.L. 1990 s. 243-256

Patterson, Elizabeth G., Human Rights and Human Life: An Uneven Fit, Tul.L.Rev. 1994 s. 1527-1561

Peces-Barba, Gregorio: Reflections on economic, social and cultural rights, HRLJ 1981 s. 281-294

Peczenik, Aleksander: Juridisk argumentation, Stockholm 1990 -

Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, FT 1990 s. 41-52 -

Vad är rätt? – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Stockholm 1995

Pellonpää, Matti: Nationaler Individualrechtsschutz und Europäischer Menschenrechtsstandard, EuGRZ 1993 s. 590-594

Pennock, J. Roland: Democratic Political Theory, Princeton 1979

Pernice, Ingolf: Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990 s. 2409-2420

Perry, Michael: The Constitution, The Courts and Human Rights, New Haven/
London 1982

Persson, C.G./Rosenberg, G./Åberg, K.: Ordningslagen – Kommentarer och

rättspraxis, Stockholm 1994

Pescatore, Pierre: The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities, HRLJ 1981 s. 295-308

Petrén, Gustaf: Domstols lagprövningsrätt, SvJT 1956 s. 500-509 -

Högsta Domstolens ställning, SvJT 1990 s. 633-35

Lagprövningsrätten, SvJT 1966 s. 432 -

Lagprövningsrätten än en gång, StvT 1964 s. 403-407 -

Lagrådets verksamhet, i R. Lavin (utg.), Om lagrådsgranskning, Lund 1987 s. 55-61 -

Lagrådsintryck, i SvJT 1980 s. 129-139 -

Minoritetsskydd i en modern författning, SvJT 1988 s. 705-721 -

Slutreplik om lagprövningsrätten, StvT 1965 s. 558-559 -

Vägar för medborgarna att hävda sina rättigheter, i Om våra rättigheter II, Stockholm 1993 s. 9-18 -

Vägen till en svensk rättighetskatalog, i Skrifter till minnet av Halvar G.F. Sundberg, Stockholm 1978 (utg. av Institutet för offentlig och internationell rätt) s. 17-33

Petrén, G./Ragnemalm, H.: Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar, 12 uppl., Stockholm 1980

Philip, Loic: Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1983 s. 401-418

Phillips, O. Hood: Constitutional and Administrative Law, 6 uppl., London 1978 -

Dicey's Law of the Constitution: A personal view, P.L. 1985 s. 587-595

Pierroth, B./Schlink, B: Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg 1987

Popkin, William D.: An »Internal» Critique of Justice Scalia's Theory of Statutory Interpretation, Minn.L.Rev. 1992 s. 1133-1187

Poullain, Bernard: La pratique Francaise de la Justice Constitutionnelle, Paris 1990

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, i Rechtsphilosophie, Stuttgart 1950 s. 347-357

Ramcharan, B.G.: The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights – Forty Years after the Universal Declaration, Dordrecht 1989

Rapaczynski, Andrzej: Nature and Rights – Liberalism in the Philosophies of Hobbes, Locke, and Rousseau, Ithaca/London 1987 -

The Ninth Amendment and the Unwritten Constitution: The Problems of Constitutional Interpretation, Chicago-Kent Law Review 1988 s. 177-210

Raphael, D.D.: Human Rights, Old and New, i Raphael (utg.), Political Theory and the Rights of Man, London/Melbourne/Toronto 1967 s. 54-67

Rapport de la délégation francaise, i Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: Concurrence ou complémentarité?, Vol. 1, Paris 1993 (utg. av C.C.), s. 315-352

Rasmussen, Hjalte: On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht/Boston/Lancaster 1986

Rawls, John: A Theory of Justice, Oxford 1972 –

Political Liberalism, New York/Chichester 1993 -

The Law of Peoples, Critical Inquiry 1993

s. 36-68

Regner, Göran: En utdragen grundlagshistoria, SvJT 1991 s. 428-444 -

Mänskliga rättigheter – räcker andra kapitlet regeringsformen?, SvJT 1987 s. 677-686

Rehof, Lars Adam: På sporet af pragmatismen i dansk retspleje, i Suum Cuique, Retsvidenskabelige afhandlinger Københavns Universitet, Köpenhamn 1991 s. 30-45

Ress, Georg: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht, i H. Kutscher/G. Ress/F. Teitgen/F. Ermacora/G. Ubertazzi (utg.), Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985 s. 5-51

Reuterskiöld, C.A.: Statsrätt och statskunskap, TfR 1929 s. 69-86-

Vår Regeringsforms Magna Charta, StvT 1897-99 s. 71 (281) ff -

Vår rättsordnings omvandling, StvT 1918 s. 69-97

Riedel, Eibe H.: Assertion and Protection of Human Rights in International Treaties and their Impact in the Basic Law, i C. Starck (utg.), Rights, Institutions and Impact of International Law according to German Basic Law, Baden-Baden 1987 s. 198-221

Riis, Erik: Kommentar, UfR 1987 s. 53

Riley, Jonathan: American Democracy and Majority Rule, i Nomos XXXII (Majorities and minorities), New York 1990 s. 267-307

Rivero, Jean: Les libertés publiques, 4 uppl., Paris 1984 -

Menneskerettighetenes stilling i fransk rett fra 1789 til 1971, i TfR 1990 s. 60-71

Robert, Jacques: Conseil d'Etat et Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1987 s. 1151-1180 -

Constitutional and International Protection of Human Rights: Competing or Complementary Systems, HRLJ 1994 s. 1-23 -

Droits de l'homme et libertés fondamentales, 5 uppl, Paris 1994

Robertson, Geoffrey, Freedom, the Individual and the Law, 6 uppl., London 1989

Roche, Jean: Libertés publiques, 11 uppl., Paris 1995

Rodriguez Iglesias, Gil Carlos: Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht, EuR 1992 s. 225-245

Roellecke, Gerd: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, i C. Starck (utg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (II), Tübingen 1976 s. 22 ff

Rosas, Allan: Grundlagsskyddet av de mänskliga rättigheterna i Norden, Jussens Venner 1981 s. 339-355 -

Rättigheter och traktater – Mänskliga rättigheter och finländsk konventionspolitik, i K. Myntt: (utg.) Finländska människorättsperspektiv, Åbo 1987 s. 21

Rosen, Jeffrey: The leader of the Opposition, The New Republic 18 januari 1993 s. 20-27

Rosén, Jan: Etableringsfrihet eller villkorade tillstånd – radiorättens balansnummer, SvJT 1995 s. 7-31

Ross, Alf: Statsretslige studier, Köpenhamn 1959 -

Dansk statsforfatningsret I-II, 3 uppl., Köpenhamn 1980 (utg. av Ole Espersen) -

Kan domstolenes kompetence til at pröve Loves grundlovsmæssighed berøves dem ved lov?, Festskrift till Poul Andersen, Köpenhamn 1958 s. 356-370 -

Om ret og retfærdighed, 3 uppl., Köpenhamn 1971 -

Varför demokrati?, 2 uppl., Stockholm 1965

Rostow, Eugene V.: The Democratic Character of Judicial Review, Harv.L.Rev. 1952 s. 193-224

Rousseau, Dominique: Chronique de jurisprudence constitutionelle, Rev.d.dr.publ. 1992 s. 37-109 -

Chronique ..., Rev.d.dr.publ. 1993 s. 5-55

Chronique ..., Rev.d.dr.publ. 1995 s. 51-104 -

Droit du contentieux constitutionnel, 3 uppl, Paris 1993

Rousseau, Jean-Jacques: Du Contrat Social, Paris 1762, nytryckt 1966 (Flammarion)

Rüfner, Wolfgang: Grundrechtskonflikte, i C. Starck (utg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (II), Tübingen 1976 s. 453-479

Ryle, Michael: Pre-legislative scrutiny: a prophylactic approach to protection of human rights, P.L. 1994 s. 192-197

Rättsfonden (utg.): Författningsdomstol och lagprövning i nordisk och europeisk belysning, Stockholm 1991

Saario, Voitto: Human Rights as Legal Rights, JFT 1985 s. 29-33

Sager, Lawrence Gene: Constitutional Limitations on Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts, Harv.L.Rev. 1981 s. 17-89

Sainio, Toivo: Civil and political rights in Finland, Revue des droits de l'homme 1975 s. 215-220

Sandel, Michael J.: Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge 1982 -

Recension av Rawls, Political Liberalism, i Harv.L.Rev. 1994 s. 1765-1794

Sartori, Giovanni: The Theory of Democracy Revisited, Chatham 1987

Savoie, Eric: Frankreich, i E. Grabitz (utg.), Grundrechte in Europa und USA, Kehl/Strasbourg/Arlington 1986 s. 203-257

Lord Scarman: Bill of Rights and Law Reform, i R. Holme/M. Elliott (utg.), 1688-1988, Time for a New Constitution, London 1988 s. 103-111 -

English Law – The New Dimension, London 1974 -

Human Rights in An Unwritten Constitution, Denning Law Journal 1987 s. 129-135

Human Rights: The Current Situation, i C.M. Campbell (utg.), Do We Need a Bill of Rights, London 1980 s. 2-9

Schaumburg, H.: Kommentar, UfR 1965 s. 241-244

Scheinin, Martin: Legal Protection of Human Rights and Different Conceptions of Democracy, ARSP, Beiheft 41, Stuttgart 1990 s. 63-79 -

Medborgarnas grundläggande rättigheter i stöpsleven. Hur bör de tillämpas?, JFT 1991 s. 489-495 -

Människorättskonventionernas ställning i Finland, Mor 1993 s. 280-285

Schermers, Henry G.: The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights, ELR 1994 s. 367-384

Scheuner, Ulrich: Fundamental Rights In European Community Law and In National Constitutional Law, CMLR 1975 s. 171-191

Schiffauer, Peter: Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1981 s. 193-208

Schlaich, Klaus: Das Bundesverfassungsgericht, München 1985

Schlink, Bernhard: Abwägung in Verfas-

sungsrecht, Berlin 1976 -

Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984 s. 457-468

Schmidhauser, John R.: Judicial Activism and Congressional Responses in the United States, i C. Landfried (utg.), Constitutional Review and Legislation, Baden-Baden 1988 s. 46 ff

Schmidt, Folke: Komparativt rättsstudium, TfR 1951 s. 473-483

Schneider, Harald: Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden-Baden 1979

Schneider, Ludwig: Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach art. 19 Abs. 2 GG, Berlin 1983

Scholz, Rupert: Wie lange bis »Solange III», NJW 1990 s. 941-946

Schwartz, Bernard: American Constitutional Law, Cambridge 1955 -

Constitutional Law, New York 1972 -

The great rights of Mankind, New York 1977

Schwarze, Jürgen: Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft – Grundlagen und heutiger Entwicklungsstand, EuGRZ 1986 s. 293-299 -

Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, i Scwarze (utg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, Baden-Baden 1983 s. 11-28

Schött, Roland: Edmund Burke och det tidiga tyska kodifikationsmotståndet, Stockholm 1992

Sevón, Leif: EES-avtalet, statsförfattningen och lagprövningsskyldigheten, JFT 1993 s. 560-573

Shapiro, Ian: The Evolution of Rights in Liberal Theory, Cambridge 1986

Siesby, Erik: Grundlovssikrede menneskerettigheter og EF's retssystem, Juristen 1977 s. 477-487 -

Om ændring av grundlovens ændringsprocedure, i Festskrift till Alf Ross, Köpenhamn 1969 s. 459-469

Simmonds, Nigel E.: Juridiska principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter, Stockholm 1974

Skovdahl, Bernt: Tingsten, totalitarismen och ideologierna, Stockholm/Stehag 1992

Slagstad, Rune: Den norske Høyesteretts prøvingsrett i perioden 1850-1920, i Rolf Nygren (red.), Högsta domsmakten i Sverige under 200 år, Rättshistoriska studier bd. 16, Lund 1990 s. 149-174 -

Prøvingsretten i det norske system, NNT 1989 s. 333-356 -

Rett og politikk, Oslo 1987

Smith, Carsten: Domstolene og rettsutviklingen, LoR 1975 s. 292-319 -

Om internasjonale menneskerettigheter og nasjonale domstoler, Jussens Venner 1980 s. 302-314

Smith, Eivind: Constitutional Protection of Minorities: The Rights and Protection of the Sami Population in Norway, Sc.St.i.L. 1990 s. 235-259 -

Domstolskontroll med lovgivning i Norge etter ca. 1970, TfR 1990 s. 88-120 -

Høyesterett og folkestyret, Oslo 1993 -

Judicial Review of legislation in Norway, characteristics and recent trends, i The Role of the Constitution in a Changing Society, utg. av Det norske Vetenskapsakademi, Oslo 1992 s. 179-215 -

Menneskerettighetene i den nasjonale rett i Frankrike og i Norge, TfR 1990 s. 1-14 -

Modeller for normkontroll – domstoler som korrektivmulighed, i Författningsdomstol och lagprövning, Stockholm 1991 s. 45-63 -

Norge som konstitusjonelt demokrati, i B.E. Rasch/K. Midgaard (red.), Representativt demokrati – Spilleregler under debatt, Oslo 1994 s. 46-68 -

Recension av Nergelius, Komparativ statsrätt, TfR 1994 s.257-259-

Rettslig binding av politisk handlefrihet, i Smith (utg.), »Jus» og »politikk» i det norske statsliv, Oslo 1989 s. 117-133 -

Rettslig håndhevning av konstitusjonelle normer – i Europa och i Norge, TfR 1983 s. 77-133 -

Rettslig prøving av lovgivning och regjeringsbeslutninger, i Torgny T. Segerstedt (utg.), Rättssäkerhet och demokrati, Stockholm 1985 s. 117-136

Smith, Eva: Anvendelse af Den europæiske Menneskerettighedskonvention ved danske domstole, UfR 1994 s. 99-107

de Smith, S./Brazier, R: Constitutional & Administrative Law, 6 uppl., London 1989

Soulier, Gerard: Nos droits face à l'Etat, Paris 1981

Squella, Agustin: The Legal Positivism and Democracy in the 20th Century, ARSP nr. 40, Stuttgart 1991 s. 141-149

Starck, Christian: Constitutional definition and Protection of Rights and Freedoms, i Starck (utg.), Rights, Institutions and Impact of International Law according to German Basic Law, Baden-Baden 1987 s. 33 ff-

Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970 -

Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1981 s. 545-550 -

Europe's Fundamental Rights in their newest garb, HRLJ 1982 s. 103-120 -

Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidée, i J. Isensee/P. Kirchhof (utg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Heidelberg 1987 § 29 -

Introduction, i Starck (utg.), Main Principles of the German Basic Law, Baden-Baden 1983 s. 9-14

Stenderup Jensen, Sören: The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law, Köpenhamn 1992

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2 uppl., München 1984 -

Band II, München 1980 -

Band III, München 1988

Sterzel, Fredrik: Lagrådet och engångsskatten, i Om våra rättigheter III, Stockholm 1987 (utg. av Rättsfonden), s. 111-127

Stjernberg, Nils: Om de nutida rättsliga garantierna för medborgarfrihet och rättssäkerhet, StvT 1920-21 s. 397-418

Stjernquist, Nils: Lagrådet i det konstitutionella reformarbetet, i R. Lavin (utg.), Om lagrådsgranskning, Lund 1987 s. 32-54 -

Regeringsformens tillkomst, i S. Björklund (red.), Kring 1809 – Om Regeringsformens tillkomst, Stockholm 1965 s. 13-42

Statsrätt och statskunskap, i Festskrift till Poul Andersen, Köpenhamn 1958 s. 371-382

Stokes Paulsen, Michael: A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-seventh Amendment, Yale L.J. 1993 s. 677-763

Stordrange, Bjørn: Ekspropriasjonsretten i utvikling – ny praksis mot Kløfta-

dommen, LoR 1994 s. 407-413

Stourzh, Gerald: Wege der Grundrechtsdemokratie, Wien 1989

Streinz, Rudolf: Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989

Strossen, Nadine: Recent U.S. and International Judicial Protection of Individual Rights: A Comparative Legal Process Analysis and Proposed Synthesis, Hastings Law Journal 1990 s. 805-904

Strömberg, Håkan: Den klerikala åsiktsfriheten i rättslig belysning, FT 1995 s. 49-53 -

Ett rättsfall om prövning av ett regeringsbeslut lagenlighet, JT 1993/94 s. 364-368 -

Europakonventionen och lex posteriorprincipen, FT 1993 s. 25-26-

Grundlag och medborgarrätt, Lund 1974 -

Hädiska tankar om religionsfriheten, i Om våra rättigheter, Stockholm 1980 (utg. av Rättsfonden), s. 41-49 -

Kommunarresten inför HD, JT 1989/90 s. 324-327 -

Lagprövningsrätt och medborgerliga rättigheter, StvT 1964 s. 21-31 -

Normgivningsmakten enligt 1974 års Regeringsform, 2 uppl., Lund 1989 -

Normprövning i nyare rättspraxis, FT 1988 s. 121-143 -

Några kommentarer till Ordningslagen, FT 1994 s. 1-19 -

Några lagtekniska synpunkter på Yttrandefrihetsgrundlagen och dess följdförfattningar, FT 1992 s. 367-379 -

Några rättsliga problem vid en EU-anslutning, FT 1994 s. 277-79 -

Sveriges författning, 13 uppl., Lund 1992 -

Tryckfrihet och marknadsföring, SvJT 1980 s. 25-39

Tryckfrihetsrätt, 10 uppl., Lund 1992

Strömberg, Tore: Rättsfilosofins historia i huvuddrag, 2 uppl., Lund 1985

Strömholm, Stig: Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, SvJT 1971 s. 251-263 -

Har den komparativa rätten en metod?, SvJT 1972 s. 456-465 -

Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, RabelsZ 1992 s. 611-623

Strömholm, S./Nycander, S.: Makten över rätten – fjorton brev om juridik och politik, Stockholm 1991

Strömholm, S./Vogel, H.H.: Le »réalisme Scandinave» dans la Philosophie du droit, Paris 1975

Suksi, Markku: Om komparativ juridik särskilt inom statsförfattningsrättens område, JFT 1993 s. 263-273

Sullivan, Kathleen M.: The Justices of Rules and Standards, Harv.L.Rev. 1992 s. 24-123

Sundberg, Halvar G.F.: Domstolarnas befogenhet att åsidosätta grundlagsstridiga lagar, StvT 1930 s. 363-384 -

Om svensk domstols rätt att pröva lagars och andra författningars giltighet, JFT 1960 s. 59-70

Sunkin, M./Bridges, L./Meszaros, G.: Trends in judicial review, P.L. 1993 s. 442-446

Swindler, William F.: Court and Constitution in the Twentieth Century – A Modern Interpretation, Indianapolis/New York 1974

Sørensen, Max: Recension av Germer, Ytringsfrihedens væsen, Juristen 1973 s. 358-361 -

Statsforfatningsret, 2 uppl., Köpenhamn

1973 (utg. av Peter Germer)

Taxell, Lars Erik: Demokrati, Åbo 1987

Thayer, James Bradley: The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1893 s. 129-156

Thompson, Brian: Broadcasting and Terrorism, P.L. 1989 s. 527-541

Tingsten, Herbert: De konservativa idéerna, Stockholm 1966 -

De konstitutionella fullmaktslagarna i Tyskland efter världskriget, StvT 1925 s. 140-180 -

Demokratins problem, 3 uppl., Stockholm 1963

de Tocqueville, Alexis: De la democratie en Amerique (1-2), i J.-P. Mayer (utg.), Oeuvres complètes, Tome I, Paris 1961

Tomuschat, Christian: Aller guten Dinge sind III, EuR 1990 s. 340-361

Trechsel, Stefan: Commission Européenne des droits de l'homme, i Protection constitutionnelle et protection internationale des Droits de l'Homme: Concurrence ou complémentarité?, Paris 1993 s. 637-658

Tribe, Laurence H.: American Constitutional Law, Mineola 1978 -

God Save This Honorable Court, New York 1985 -

The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, Yale L.J. 1980 s. 1063-1080

Tribe, L.H./Dorf, M.C.: On Reading the Constitution, Cambridge (Mass.)/London 1991

Troper, Michel: Hva er menneskerettighetserklæringen av 1789?, TfR 1990 s. 15-29

Tuck, Richard: Natural rights theories, Cambridge 1979

Tully, James: Locke on Liberty, i Z. Pelczynski/J. Gray (utg.), Conceptions of Liberty in Political Philosophy, London 1984 s. 57-82

Tuori, Kaarlo: Four Models of the Rechtsstaat, i M. Sakslin (utg.), The Finnish Constitution in Transition, Helsingfors 1991 s. 31-41

Tushnet, Mark: Darkness on the Edge of Town: The Contribution of John Hart Ely to Constitutional Theory, Yale L.J. 1980 s. 1037-1062

Tönnesson, Kåre: Menneskerettighetserklæringerne i det attende århundre og den norske grunnlov, TfR 1990 s. 30-38 -

Törnudd, Klaus: Finland and the International Norms of Human Rights, Dordrecht 1986

Uddhammar, Emil: Förord till Gemenskaparna, (urval av Uddhammar) Stockholm 1994 (s. 7-19)

Undén, Östen: Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagsenlighet, SvJt 1956 s. 260-263 -

Om FN:s och Europarådets domstolar, SvJT 1963 s. 657-661

Uotila, Jaakko: Fundamental Rights of the Citizens, i Uotila (utg.), The Finnish Legal System, Helsingfors 1985 s. 60-67

Vallinder, Torbjörn: The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction, IPSR 1994 s. 91-99

Vedel, Georges: Abrégé de l'histoire des droits de l'homme en France depuis 1789 (I), Commentaire 59, 1992 s. 639-646 -

Souveraineté et supra-constitutionnalité, Pouvoirs 1993 s. 79-98

Vimbert, Christophe: Ordre public et Conseil Constitutionnel, Rev.d.dr.publ. 1994 s. 693-745

Vogel, Hans-Heinrich: Om införlivande av internationella överenskommelser och annan folkrätt med svensk rätt, i Festskrift till Håkan Strömberg, Lund 1992 s. 343-365

Lord Wade: Introducing a Bill of Rights, i C.M. Campbell (utg.), Do we need a Bill of Rights, London 1980 s. 18-22

Wade, E.C.S.: Constitutional Fundamentals, London 1980

Wade, E.C.S./Bradley, A.W.: Constitutional and Administrative Law, 10 uppl., London/New York 1985

Waldron, Jeremy: Nonsense upon Stilts, Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man, London/New York 1987

Walker, Neil: Spycatcher's Scottish Sequel, P.L. 1990 s. 354-371

Wallington, Peter: What does a Bill of Rights mean in practice? i C.M. Campbell (utg.), Do We Need a Bill of Rights?, London 1980 s. 38-48

Walzer, Michael: Spheres of Justice, Oxford 1983

Weber-Fas, Rudolf: Das Grundgesetz, Berlin 1983

Wechsler, Herbert: Stone and the Constitution, Col.L.Rev. 1946 s. 775 ff -

Toward Neutral Principles of Constitutional Law, Harv.L.Rev. 1959 s. 1-35

Weiler, Joseph H.H.: Eurocracy and Distrust, Wash.L.Rev. 1986 s. 1103-1142 -

The Court of Justice on Trial, recension av Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, CMLR 1987 s. 555-589

Weiler, J.H.H./Lockhart, J.S.: »Taking Rights Seriously» Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, CMLR 1995 s. 51-94

Weir, Tony: An Introduction to Comparative Law, Oxford 1977

Wennergren, Bertil, Demonstrationsfrihet och civil olydnad, i Om våra rättigheter IV, Stockholm 1990 (utg. av Rättsfonden), s. 109-132

West, Robin: Taking Freedom Seriously, Harv.L.Rev. 1990 s. 43-106

Westberg, Peter: Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen, i Festskrift till Håkan Strömberg, Lund 1992 s. 311-328

Westerberg, Ole: Regeringsformen 2 kap 18 § om egendomsskydd, FT 1985 s. 250-257

Westerhult, Bo: Juridik och politik, i Statsvetenskapens mångfald – Festskrift till Nils Stjernquist, Lund 1987 s. 311-323

Westerhäll, Lotta: Religionsfrihet och kyrkotillhörighet, i Festskrift till Håkan Strömberg, Lund 1992 s. 329-341

Westerståhl, Jörgen: Frågan om domstolarnas judiciella lagprövningsrätt i Sverige, i SOU 1941:20 bil. 3

Wiklund, Ola: Svenska domstolars självständighet i ett EG-perspektiv, SvJT 1992 s. 188-208

Winterton, George: The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Reexamined, L.Q.R. 1976 s. 591-617

Wood, Gordon S.: The Creation of the American Republic 1776-1787, Williamsburg 1969

Wright, J. Skelly: Professor Bickel, The Scholarly Tradition, and the Supreme Court, Harv.L.Rev. 1971 s. 769-805 -

The Bill of Rights in Britain and America: A Not Quite Full Circle, Tul.L.Rev. 1981 s. 291-325

Würtenberger, Thomas: Equality, i U. Karpen (utg.), The Constitution of the Federal Republic of Germany, Baden-Baden 1988 s. 67-90

Yardley, D.C.M.: Introduction to British Constitutional Law, 7 uppl., London 1990

Young, Benjamin Jr: Justice Scalia's History and Tradition, Virg.L.Rev. 1992 s. 581-622

Zahle, Henrik: Dansk forfatningsret 1-3, Köpenhamn 1989 -

Er brug af konstituerede dommere brud på grundloven?, Lov og Ret (Danmark) 1995 s. 10-13

Zander, Anthony: A Bill of Rights, London 1985

Zaremba, Maciej: Byalagets diskreta charm eller folkhemmets demokratiuppfattning, i Du sköna gamla värld, Stockholm 1987 (utg. av Sekretariatet för framtidsstudier) s. 84 ff

Zila, Josef: Om rättssäkerhet, SvJT 1990 s. 284-305

Örücü, Esin: The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits, i T. Campbell/D. Goldberg/S. McLean/T. Mullen, Human Rights – From Rhetoric to Reality, Oxford 1986 s. 37-59

Österdahl, Inger: Tiga är silver, men tala är guld: Det internationella skyddet av yttrandefriheten, TfR 1994 s. 661-722

Muntliga källor:

Justice Antonin Scalia, föredrag inför Hovrätten över Skåne och Blekinge den 10 september 1992

Riksdagsman Bertil Fiskesjö (c), samtal den 17 augusti 1993

Kammarrättspresident N.O. Wentz, samtal den 10 mars 1995

Sakregister

Abwägung: s. 222, 224, 243 ff, 253 ff, 282, 737 ff Se även under Balancing
Allemansrätt: s. 560
Allmänna handlingars offentlighet: s. 550, 569
Allmänviljan: s 79 f
Anonymitetsskydd: s. 568
Avsaknad av formellt rättighetsskydd: kap. 9, s. 492 f, 744

Balancing: s. 314, 316 f, 455 ff, 737 ff
Barnpornografi, grundlagsändring i syfte att skärpa reglerna mot: s. 586 f, 646 f, 717
Begränsning av rättigheter –
allmänt: s. 53 ff, 101, 220 ff, 711 ff
i EG-rätten: s 494 ff
i Sverige: s. 548 f, kap. 15, kap. 17, s. 711 ff
i Tyskland: s. 220 ff
Berufverbot: s. 216, 221,526 f (n. 85)
Bill of rights (Storbritannien): s. 65, 307, 343, 346
Bloc de constitutionnalité: s. 270, 274, 288
Bundesverfassungsgericht: kap. 7, s. 500 ff, 744 ff

Censurförbud: s. 567, 572
Charter 88: s. 350
civil rights: s. 520 f
Common law, rättighetsskyddet i: kap. 9.3.2.2
Conseil Constitutionnel: s. 34 ff, kap. 8, kap. 19.4, 745 f
Conseil d'Etat: s 266 f, 286 f
Contempt of court: s. 318 ff

Demokratibegrepp –
formellt: s. 27, 31, kap. 3, s. 743, 753
materiellt: s. 27, 31, kap. 3, s. 753
Demokratins idealiska balanspunkt: s. 27 ff, 745 f
Demokratisk funktionalism: s. 128 f, 260, 749 f
Demokratiskt underskott: s. 511
De sententia ferenda, innebörd av: s. 56 f, 708
Diskrimineringsförbud i svensk rätt: s. 557
Domstolsprövning av frihetsberövande: s. 555 Se även under Kommunarrest
Drittwirkung: s. 250, 261 ff, 453 f, 562 f, 730 ff

EES-avtalet: s. 682
Effektivt rättsmedel: s. 529 f
Egendomsskydd (svensk rätt): s. 530 f, 558 ff, 648 ff, 689, 716, 738
EG-rätt och brittisk rätt: s. 295 f, 359, 363 f
Enforceability: s. 31, 406 f
Entrenchment: s. 358 ff
Erreur manifeste: s. 282 f
EU-medlemskap, svenska grundlagsändringar till följd av: s. 544 f (n. 2)
Europakonventionen om mänskliga rättigheter: kap. 1.4.2, s. 507 ff, kap. 12, kap. 16.6., kap. 18.2.5
Express derogation: s. 357 ff

Familjeliv, skydd för: s. 523 ff
Federalism –
i Tyskland: s. 218 f
i USA: s. 68 ff, 374 f, 394 ff
Flexibel konstitution: s. 292, 342, 600 f
FN:s rättighetsskydd: s. 40 ff
Folkrätt och nationell rätt, allmänt: s. 43 f
Folksuveränitet: s. 65 ff, 75 ff, 275 f, 538, 742 ff

Frihetstiden: s. 590 f
Föreningsfrihet: s. 551 f, 645 f Se även under Negativ föreningsfrihet
Föreningsfrihet i brittisk rätt: kap. 9.4.2.4
Författningsdomstol i Sverige: s. 660
Förhandsbesked från EG-domstolen: s. 486, 510, 685
Förverkligande av rättigheter: s. 49 ff

Gemenskapsfilosofi: s. 99 ff
"Good chaps theory of government": s. 743 f
Grundlagsvänlig lagtolkning: s. 145, 187, 202, 243, 284 ff, 539, 696 f, 716 f, 720
Grundlagstolkning: s. 242 f, 466, 474 ff, 681
Grundlagsändring –
allmänt: s. 149 f
i Danmark: s. 166 f
i Sverige: s. 585 ff, 713 f
i Tyskland: s. 207 f, 213 f
i USA: s. 370 f
Grunnlovskonservatism: s. 179

Informationsfrihet: s. 528, 550
Informationsfrihet i brittisk rätt: kap. 9.4.2.2
Injunction: s. 314 ff, 323 f
Inkorporering: s. 43 f
Internationellt rättighetsskydd: s. 40 ff
Interpretive review: s. 401, 482

JK: s. 543 (n. 1)
JO: s. 543 (n. 1)
Judicial activism: s. 116, 262 ff, 429 ff, 449 f, 467 ff, 510 ff, 536 f
Judicial preview: s. 33 ff, 680
Judicial review: s. 33 ff, 92 f, 110 f, 370, 399 ff, 466 ff
Judicial self-restraint: s. 116, 391 f, 449 f, 467 ff, 510 ff, 536 f
Judikalisering av politiken: s. 263, 278, 280

Klassificering av rättigheter: s. 48 ff, 208 f, 249 f, 548
Komparativrättslig metod: s. 44 ff
Kommunarrest, mål om: s. 692 ff, 730
Konservatism: s. 83 ff, 99 ff, 108 f
Konstitutionalism: s. 30 ff
Kulturarv och rättstraditioner: s. 29, 740 f

Labourpartiet: s. 348 ff
Lag –
antagande av: kap. 15.2
krav på generell utformning: s. 587 f
Lagrådet: s. 34 ff, kap. 17, kap. 19.4
Lagrådsgranskningens betydelse för lagprövning: s. 680
Lagprövningsrätt, olika former av –
allmänt: s. 42 f, 142 ff
svensk rätt: s. 673 ff, 678
Lag- och normprövningsrätt i svensk rätt: kap. 18, kap. 19.5
"Lex Bratt": s. 616 f, 641 f
Liberalism, liberal rättstradition: s. 26, 58 f, 62, 105 f, 540
Lochnereran: kap. 10.8–9, 10.15, s. 746
Lokalradio, tillstånd att sända: s. 617 f, 652

Magna Charta: s. 60, 306
Magnus Erikssons landslag: s. 545, 589 ff
Majoritetsparadigm: s. 471, 698 ff
Majoritetsprincip: s. 698 ff, 746 ff
Maktdelning: s. 64, 67, 72 f, 92f, 150 f, 368 f, 378 ff, 538
Maktutredning, svensk: s. 113
Manner and form-school: s. 359 f
Margin of appreciation: s. 534 ff, 685
Meddelar- och anskaffarfrihet: s. 568 f
Minoritetsskydd –
allmänt: s. 28 (n. 15), 90 ff, 148 f, 425 f, 471
i Danmark: s. 161 ff, s. 712 f
i Sverige: kap. 15.1, kap.

17.1, s. 712 ff
Motivuttalandens betydelse för lagprövningsrätten: s. 669 f, 680 f, 720
Målsägandes åtalsrätt, förslag till begränsning av: s. 644 f
Mötes- och demonstrationsfrihet: s. 550 f, 580
Mötesfrihet i brittisk rätt: kap. 9.4.2.3

Naturrätt –
klassisk: s. 59 f, 70 f
"sekulariserad": s. 29, 97 ff
Negativ föreningsfrihet: s. 529, 552
Negativa opinionsfriheter: s. 553 f
Non-interpretive review: s. 401, 466, 482
Normhierarki: s. 670

Oavhängighetsförklaringen, den amerikanska: s. 66

Parliamentary sovereignty, – supremacy: s. 65, 70 ff, kap. 9
Political question doctrine: s. 232 ff, 263 f, 391 f, 435
Pouvoir constituant: s. 150, 279 f
Preferred position principle, preferred rights: s. 89, 91, 186, 419 ff, 575, 725 ff, 753
Preventiv normkontroll: s. 33 ff, 278 ff, 390, kap. 17, 707, 745 f
Processuella rättssäkerhetsgarantier: s. 519 ff, 554 ff
Proportionalitetsprincipen (svensk rätt): s. 575, 658, 720 ff

Religionsfrihet: s. 552 f
Reklam: s. 550, 564 f, 573, 689 f
Retroaktiv lagstiftning, förbud mot: s. 555 ff
Riksdagsutskottets ställning: s. 543 (n. 1)
Rättighetskollisioner: s. 222, 464
Rättskällor, användning av: s. 46 f
Rättspolitik, innebörd av: s. 56 f
Rättsrealism: s. 94 ff, 457
Rättsstatsbegreppet: s. 25, 114 f
Rättssäkerhetsbegreppet: s. 631 f

Samers rättsliga ställning: s. 180 f (Norge), 560 f, 688 f
Samhällsfördraget: s. 61 ff, 78 ff, 100
Schranken-Schranken: s. 55, 222 f
Sociala och ekonomiska rättigheter: s. 51 ff, 257, 547 f, 557
Solange-målen: s. 500 ff
Stare decisis: s. 301, 393
Statsbegreppet: s. 37 f, 96
Substantive due process: s. 373 f, 411 ff, 441 ff
Supreme Court: s. 239 f, kap. 10, 745 f
Suspect classification: s. 377, 440 f

Torypartiet: s. 348 ff
Transformering: s. 43 f

Universalism: s. 29, 108
Uppenbarhetskravet i RF 11:14: s. 478 f, 609, 665, 669 f, 675 ff, 685 f, 697, 718 ff
Uppsalafilosofin: kap. 2.4.1, s. 612 f
Utlänningars rättsliga ställning i svensk rätt: s. 561 f, 617

Verhältnismässigkeit: s. 223, 245 ff, 283 f, 454 f, 497 f, 575, 720 ff
Våldsskildringar, kriminalisering av: s. 615 f
Värdenihilism: s. 60, 94 ff
Värderelativism: s. 83 ff, 104 f
Väsensinnehåll, Wesensgehalt: s. 55 f, 207, 213 f, 245 ff, 497 f, 503, 575, 722 ff

Warrendomstolen: s. 124, kap. 10.11, 10.15
Weimarrepubliken: s. 210 ff

Yttrandefrihet:
brittisk rätt: kap. 9.4.1
Europakonventionen: s. 526 ff
svensk rätt, olika former: s. 549, kap. 14.2–3

Åsidosättande av en lag:
innebörd av: s. 145
rättsliga verkningar av,
allmänt: s. 143 f
i Danmark: s. 168 f
i EG-rätten: s. 298, 499 f
i Frankrike: s. 274 f, 277, 279 f, 285 f
i Norge: s. 183
i Sverige: s. 672
i Tyskland: s. 239 ff
i USA: s.393 f, 395 f

Personregister

Ackerman, Bruce: s. 131 ff
Aleinikoff, Alexander T.: s. 460 ff
Alexy, Robert: s. 50 f, 221, 245 f, 248 f, 255 f
Algotsson, Karl-Göran: s. 576, 602, 628, 632 ff, 636, 656
Arendt, Hannah: s. 67, 76

Bengtsson, Bertil: s. 36, 559 f, 627 f, 629, 634 f, 653, 673, 677 f, 688 f, 693 f, 702 ff, 715 f, 718 ff, 726 ff
Bentham, Jeremy: s. 146, 308
Berger, Raoul: s. 401 f
Bickel, Alexander M.: s. 118 ff, 401 f, 466, 469, 471, 479 ff
Black, Hugo L.: s. 428, 443 f, 455 ff, 474 f
Bobbio, Norberto: s. 27
Bogdan, Michael: s. 44 f, 559 f
Bork, Robert: s. 474 ff
Brusewitz, Axel: s. 596 f
Burke, Edmund: s. 83 ff

Cappelletti, Mauro: s. 144, 147, 512 f
Castberg, Frede: s. 98 f
Chemerinsky, Erwin: s. 127, 130 f, 149, 473, 483
Coke, Chief Justice: s. 307
Cox, Archibald: s. 470
Cranston, Maurice: s. 49, 52 f

Dahl, Robert: s. 120 ff, 742, 748
Dicey, A.V.: s. 293, 308 ff, 346
Dworkin, Ronald: s. 29 f, 128, 148 f, 151 ff, 350 f, 464 f, 466, 483

Elster, Jon: s. 31
Ely, John Hart: s. 123 ff, 424 ff, 749 f

Feldman, David: s. 361, 753
Frankfurter, Felix: s. 33 f, 147, 423 f, 428, 456 ff
Freeman, Samuel: s. 149
Friedrich, Carl J.: s. 27 f

Germer, Peter: s. 171, 177, 728 f
Gralla, René: s. 176 f, 709
Griffith, John: s. 354, 362 f

Habermas, Jürgen: s. 750 ff
Hamilton, Alexander: s. 150 f, 404 ff
Hand, Learned: s. 117 ff, 403, 423 f, 427, 742 f
Heckscher, Gunnar: s. 597, 608
Hedenius, Ingemar: s. 57, 96 f
Herbert, Georg: s. 246 f
Hesse, Konrad: s. 258 f, 261
Hidén, Mikael: s. 202 ff
Hobbes, Thomas: s. 61 f
Holmberg, Erik: s. 675 f, 699 ff, 719 f
Holmberg, E./Stjernquist N.: s. 697 f
Holmes, Oliver Wendall: s. 396 (n. 159), 467
Häberle, Peter: s. 256 f, 258
Hägerström, Axel: s. 94 ff, 138

Jaconelli, Joseph: s. 357
Jefferson, Thomas: s. 70, 73, 398
Jellinek, Georg: s. 258 f

Kelsen, Hans: s. 32, 144 ff
Knutsson, Anders: s. 632 f
Kröger, Klaus: s. 253, 260

Lagerroth, Fredrik: s. 596, 598
Lauridsen, Preben Stuer: s. 56 f
Laws, John: s. 304
Lee, Simon: s. 360 f
Lester, Anthony: s.347
Lidbom, Carl: s. 623
Locke, John: s. 61 ff, 108 f

MacIntyre, Alasdair: s. 101 ff

Madison, James: s. 69 f, 74, 398 f, 403 f
Marshall, John, Chief Justice: s. 375, 398 ff
Mill, John Stuart: s. 88 ff, 108 f
Modéer, Kjell-Åke: s. 627 f
Montesquieu, Charles-Louis de Secondat: s. 64, 108, 592 ff

Olivecrona, Karl: s. 94 ff

Paine, Thomas: s. 72, 83 f, 86 f, 109
Peczenik, Aleksander: s. 46 f, 115, 139 ff, 631 f
Petrén, Gustaf: s. 599 ff, 628 f, 631, 665 f, 692

Radbruch, Gustav: s. 98
Rasmussen, Hjalte: s. 511 ff
Rawls, John: s. 28 f, 55, 99 ff
Regner, Göran: s. 614 (n. 1)
Rehnquist, William: s. 448 ff, 460
Rehof, Lars Adam: s. 138 f
Reuterskiöld, C.A.: s. 598 f, 662
Roosevelt, Franklin D.: s. 416 ff
Ross, Alf: s. 37 f, 56 f, 133 f, 147, 172 f, 176, 216, 740 f, 748 f
Rousseau, Jean-Jacques: s. 78 ff, 108 f
Rüfner, Wolfgang: s. 221, 244 f

Sandel, Michael J.: s. 103 f, 107 f
Scalia, Antonin: s. 450 ff, 474 f
Scarman, Lord: s. 347 f, 350
Schlaich, Klaus: s. 238 ff, 263 f
Schlink, Bernhard: s. 249, 254 f
Smith, Carsten: s. 186, 729
Smith, Eivind: s. 34 ff, 111, 141 f, 147 f, 150, 183 (n. 37), 538 f, 680 f, 749
Starck, Christian: s. 259
Sterzel, Fredrik: s. 628 f, 656
Stone, Harlan Fiske: s. 419 ff
Strömberg, Håkan: s. 54 f, s. 544 f (n. 2), 553, 583, 723 ff
Strömholm, Stig: s. 45 f
Sundberg, Halvar G.F.: s. 599, 662 f
Sörensen, Max: kap. 4

Taxell, Lars-Erik: s. 139 ff, 747
Thatcher, Margaret: s. 350 f
Thayer, James Bradley: s. 116 ff, 477 ff, 718 ff, 742 f
Tingsten, Herbert: s. 133 ff, 210, 602
Tocqueville, Alexis de: s. 91 ff, 108 f
Tribe, Laurence H.: s. 465

Undén, Östen: s. 613, 665 f

Walzer, Michael: s. 104 f
Wechsler, Herbert: s. 402 f, 480
Weiler, Joseph H.H.: s. 511 f
Westberg, Peter: s. 733 ff
Westberg, Ole: s. 679

Zahle, Henrik: kap. 4

JOAKIM NERGELIUS

Konstitutionellt rättighetsskydd

Svensk rätt i ett komparativt perspektiv

Detta är en av de få större statsrättsliga studierna i Sverige på senare år. Vad som analyseras i boken är inte rättsläget beträffande någon enskild rättighet utan de skyddsmekanismer för de medborgerliga rättigheterna som finns i ett antal västliga rättssystem. Förutom Sverige behandlas Danmark, Norge, Finland, Tyskland, Frankrike, Storbritannien och USA. Särskilda kapitel ägnas vidare åt EG-rätten och Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna.

För Sveriges del ligger tyngdpunkten i framställningen på lagstiftarens möjligheter att begränsa rättigheterna i 2 kap. Regeringsformen, lagrådets verksamhet samt domstolarnas lagprövningsrätt. Frågor som huruvida lagrådet bör ges en vetorätt mot grundlagstridiga lagförslag eller om Europakonventionens införlivande i svensk rätt kommer att ändra förutsättningarna för domstolarnas lagprövning behandlas ingående. I ett särskilt de lege ferenda-avsnitt diskuteras, mot bakgrund av det utländska materialet, möjligheterna att tillämpa rättighetsteorier som använts i t.ex. tysk och amerikansk rätt också i Sverige.

Boken innehåller också principiella resonemang kring vad förekomsten av ett starkt rättighetsskydd innebär för den moderna demokratin. Är ett effektivt rättighetsskydd ett sunt inslag i en väl fungerande demokrati eller tvärtom en odemokratisk begränsning av folksuveräniteten och lagstiftarens handlingsfrihet? Hur starkt kan skyddet för medborgarnas rättigheter tillåtas bli? Vad händer om folksuveräniteten tillåts härska oinskränkt som konstitutionellt ideal?

Joakim Nergelius är född 1962 och verksam som forskare vid juridiska fakulteten på Lunds universitet. Han har tidigare givit ut böckerna *Komparativ statsrätt* (2 uppl. 1995) och *Till Västerlandets försvar – två idéessäer om nationalism, globalisering och betydelsen av värden* (1994). *Konstitutionellt rättighetsskydd* är hans doktorsavhandling.

ISBN 91-38-50523-1

BESTÄLLNINGAR: FRITZES KUNDTJÄNST 10647 STOCKHOLM
FAX 08-20 50 21 TELEFON 08-690 90 90