

Fler frågetecken kring Lagrådets roll

1. Inledning

Under 1997 riktade jag i två artiklar i denna tidning ganska skarp kritik mot Lagrådet,¹ eller rättare sagt mot det lagråd som tjänstgjorde från 1995 till 1997 och bestod av justitierådet Staffan Magnusson (ordf.), förre presidenten i Försäkringsöverdomstolen Leif Ekberg och regeringsrådet Leif Lindstam. Utgångspunkten var därvidlag att den bristande vilja att på djupet analysera politiskt kontroversiella och konstitutionellt tvivelaktiga lagförslag som detta lagråd vid upprepade tillfällen gav prov på aktualiserade viktiga frågor om Lagrådets konstitutionella ställning samt om lagrådsgranskningens förhållande till domstolarnas lagprövningsrätt.

Två nya lagrådsyttranden under hösten 1997, avgivna av helt andra lagråd, vilka har det gemensamt att de rör kontroversiella frågor men i övrigt är mycket olika varandra, visar enligt min mening än tydligare behovet av en diskussion här omkring, inte främst för att de är så märkliga i sak utan för att de visar hur Lagrådet kan svänga och frångå tidigare förfäktade uppfattningar, samtidigt som det vid andra tillfällen tycks vara den officiella lagrådsdoktrinen att överprövning av tidigare yttranden normalt inte skall kunna ske. Vad som verkligen gäller och inom vilka ramar

¹ Se Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet, SvJT 1997 s. 426–457, särskilt s. 447 ff. samt Problemet lagrådet — oberoende granskningsinstans eller regeringens förlängda arm?, SvJT 1997 s. 562–572.

Lagrådet egentligen utövar sin verksamhet tycks vara mycket oklart, vilket knappast är tillfredsställande så länge Lagrådets yttranden tillmäts så stor betydelse som i dag. Avsikten med denna artikel är mot den nämnda bakgrunden att illustrera problemet samt att peka på behovet av en konstitutionell reform avseende den svenska normprövningen och rättighetsskyddet. Det är däremot inte min primära avsikt att än en gång kritisera Lagrådet för felaktiga bedömningar,² även om en och annan kritisk släng av slevan måhända slinker med; sådan kritik får reserveras för mer uppenbara felbedömningar samt för de fall då det finns en klar tendens att samma lagråd vid flera tillfällen tycks sätta lojaliteten mot den politiska makten i högsätet (eller åtminstone inte går till botten med de konstitutionella aspekterna på politiskt kontroversiella förslag).

2. Vägran att yttra sig i sak efter begäran av riksdagsutskott

Det första yttrandet av de två, som är det vilket främst ger upphov till de nämnda frågorna, gällde liksom ett av de av mig tidigare kritiserade yttrandena

² Tvärtom är det angeläget att påpeka, som jag flera gånger gjort (bl. a. i avhandlingen Konstitutionellt rättighetsskydd från 1996, kap. 17) att Lagrådet är en på många sätt förtjänstfull institution, som genom åren gjort betydande insatser för det svenska rättighetsskyddet. Dessutom vill jag passa på att tacka Ulla Backman vid Lagrådets kansli för alltid lika god service och hjälp med material.

lagen om kärnkraftens avveckling. Situationen var här onekligen något speciell. Lagrådet yttrade sig först, som framgick av min föregående artikel härom, den 17 juni 1997 om ett sådant förslag (vilket återfanns i en lagrådsremiss av den 12 juni).³ Yttrandet kom att bli föremål för ganska stark kritik både från juridiskt håll och i den allmänna politiska debatten. Från juridiskt håll framhölls främst att Lagrådet inte tillräckligt noga analyserat viktiga konstitutionella, processuella och EG-rättsliga frågor i det mycket komplicerade förslaget.⁴ Därtill kom att existensen av en tidigare okänd PM rörande avvecklingsplanerna, upprättad inom närings- och handelsdepartementet i januari 1997, enligt vilken det egentliga motivet till att inleda kärnkraftsavvecklingen just med Barsebäcksreaktorn inte var de i lagförslaget och dess motiv uppgivna lokaliseringsskäl utan snarare var av ekonomisk natur, blivit känd i slutet av augusti 1997. Mot denna bakgrund krävde företrädare för moderaterna, folkpartiet och kristdemokraterna i näringsutskottet att utskottet skulle begära ett nytt lagrådsyttrande om förslaget. Eftersom dessa partier förfogade över den enligt Riksdagsordningen 4:10 st. 2 i sammanhanget erforderliga minoriteten om fem leda-

möter villfor utskottsmajoriteten denna begäran och beslöt den 14 oktober 1997 att inhämta ett nytt yttrande.⁵

Beslutet väckte stor uppmärksamhet och situationen beskrevs i media som tämligen unik, genom att företrädare för oppositionen försökte tvinga fram ett nytt — och får man förmoda annorlunda — yttrande från Lagrådet, sedan det första, juridiskt måhända något tveksamma yttrandet gått dem emot. Att Lagrådet skulle ompröva ett tidigare lämnat yttrande sades aldrig ha hänt förut och ansågs kunna bidra till att urholka organets redan något ifrågasatta auktoritet.⁶ Lagrådet, denna gång bestående av regeringsråden Bækkevold och von Bahr samt justitierådet Edvard Nilsson, tycks ha hörsammat dessa farhågor och angav i sitt mycket korta yttrande av den 16 oktober 1997 bara att de få ändringsförslag som det första Lagrådet framfört hade beaktats i det slutgiltiga lagförslaget samt att förslaget, som i övriga delar redan hade granskats av Lagrådet, inte föranledde något ytterligare uttalande.⁷ Dock angav man inte klart och tydligt att man under rådande omständigheter ansåg sig förhindrad att överpröva det tidigare lagrådsyttrandet i sak, varför detta ytt-

³ Yttrandet återges i prop. 1996/97:176 bil. 6.

⁴ Se förutom min nämnda artikel härom och ett stort antal debatt- och ledarartiklar bl. a. Wiweka Warnling-Nerep, "Lex Barsebäck": Kan vi lita på lagstiftaren och på lagrådet?, JT 1997–98 s. 286–297 samt Hans-Heinrich Vogel i KU-utfrågning den 23 oktober 1997 (i KU 1997/98:65).

⁵ NU 1997/98:5.

⁶ Se t. ex. Fredrik Mellgren, Kritiken sätter Lagrådet i knipa, SvD 16 oktober 1997.

⁷ Efter beslut i riksdagen den 17 december 1997 infördes så senare lagen (1997:1320) om kärnkraftens avveckling.

rande av den som så önskar⁸ kan tas till intäkt för att det kontroversiella förslaget nu granskats av Lagrådet två gånger (vilket alltså inte riktigt är fallet, eftersom en överprövning av det första yttrandet och en förnyad granskning i sak hade tagit betydligt längre tid och under alla omständigheter, oavsett bedömningen i sakfrågan, avsatt ett avsevärt mer omfattande yttrande från Lagrådet).

Det korta yttrande som nu ändå lämnades föranleder emellertid hursomhelst ett antal principiellt viktiga frågor. För det första så kan det beklagas att Lagrådet inte tydligare gav uttryck för sin uppfattning rörande möjligheten att göra en förnyad granskning i sak. Denna fråga är så pass viktig att man nog kan begära att Lagrådet, som ju nu vägrade att på nytt granska förslaget, något redovisade skälen för denna ståndpunkt. Problemet med avsaknaden av tydligt redovisad ståndpunkt härvidlag är inte bara att den som så önskar nu kan dra för stora växlar på yttrandet, utan också att varje form av vägledning inför liknande situationer i framtiden saknas. Det framgår av yttrandet — vid varje rimlig tolkning — att Lagrådet ansett sig förhindrat att överpröva det tidigare Lagrådets yttrande. Men var man förhindrad att göra så just i detta fall — och i så fall varför — eller anser Lagrådet att någon sådan om- eller överprövning aldrig under

några som helst omständigheter kan komma till stånd? Den senare ståndpunkten är i så fall, som kommer att framgå nedan, inte riktigt förankrad i de senaste årens konstitutionella verklighet;⁹ mediernas beskrivning av den uppkomna situationen som unik var åtminstone på denna punkt något överdriven.

Vidare så måste det diskuteras i vilken utsträckning Lagrådet egentligen, på det sätt som skedde här, kan vägra att efterkomma en begäran från ett riksdagsutskott om ett yttrande, vare sig det rör sig om en ny eller en tidigare granskad fråga. I RF 8:18 står bara att yttrande från Lagrådet inhämtas av regeringen eller av riksdagsutskott; här framgår inte att Lagrådet har någon möjlighet att när yttrande väl begärts vägra att efterkomma denna begäran. Även om man i och för sig kan ha en viss förståelse för Lagrådets vanda i detta fall och det är riktigt att minoritetsskyddsregeln i RO 4:10 st. 3 inte bör missbrukas för rent politiska syften, eftersom den då skulle kunna åberopas av minoriteten i ett utskott beträffande varje förslag som den politiska oppositionen ogillar, så är det dock samtidigt ett faktum att denna regel existerar och inte gärna kan ignoreras när tillämpning i ett fall som detta påkallas. I förbigående kan också nämnas att den minoritetsskyddsregel i den fran-

⁸ Se t. ex. näringsminister Anders Sundström i KU-utfrågning den 6 november 1997, KU 1997/98:64.

⁹ Så tycks inte heller vara fallet i ett historiskt perspektiv; jfr Karl-Göran Algotsson, *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet*, Stockholm 1993 s. 87 ff. och 152 ff. om inställningen till preventivmedelslagstiftning.

ska grundlagen enligt vilken en parlamentarisk minoritet om sextio ledamöter kan begära att Conseil Constitutionnel skall granska en ännu inte ikraftträd lag är utformad så att oppositionen i praktiken alltid har denna möjlighet.¹⁰ Lagrådet är förvisso inte jämförbart med Conseil Constitutionnel, men regler av detta slag, som ger oppositionen en möjlighet att kräva granskning av och därmed fördröja lagar kring vilka oenighet råder finns således i andra, inte alltför avlägsna länder. Inget i RF, RO eller dess förarbeten tyder egentligen på att Lagrådet kan vägra att yttra sig när detta begärs av regeringen eller av ett riksdagsutskott. Majoriteten i det ifrågasättande utskottet har däremot enligt RO 4:10 möjlighet att stoppa minoritetens propå, om en lagrådsgranskning skulle fördröja ärendet och därigenom leda till avsevärt men. Denna möjlighet är enligt förarbetsuttalanden avsedd just att hindra ren obstruktion från minoritetens sida,¹¹ men någon sådan befanns alltså inte föreligga här utan utskottet ställde sig formellt bakom minoritetens hemställan om en ny granskning. Mot denna bakgrund kan faktiskt Lagrådets agerande uppfattas som lite självsvåldigt. Det är möjligt att Lagrådet fann att det främst var fråga om en politisk fråga, varvid man kanske med stöd i vissa motivuttalanden från 1970-talet om att Lagrådets granskning aldrig får

avse politiska frågor¹² kunde anse sig förhindrat att yttra sig. Återigen är det dock i så fall märkligt att inte detta klart ut-sades, med en tydlig motivering, utan som nu måste uttolkas mellan raderna i yttrandet. Relevansen i dessa snart tjugo år gamla motivuttalanden, vilka bygger på en mycket statisk syn på förhållandet mellan juridik och politik, kan dessutom i dag starkt ifrågasättas. I dagens situation, med den pågående internationaliseringen av rättslivet och den ökade juridiska betydelsen av konstitutionella frågeställningar vilka tidigare kanske ansetts sakna praktisk vikt, får det anses vara mer vedertaget att även politiskt kontroversiella frågor går att analysera och bedöma i juridiska termer och med sedvanliga juridiska metoder. Dessutom måste det beaktas att avslöjandet av den tidigare okända promemorian¹³ gav stöd åt kritik som tidigare framförts från vissa remissinstanser och från annat håll om att regeringen inte redovisade de egentliga skälen för och syftet med avvecklingen på ett korrekt och juridiskt godtagbart sätt, vilket har betydelse för helhetsbedömningen av förslaget (även om det i och för sig kanske vore svårt för Lagrådet, som endast granskar det föreliggande förslaget till lagtext, att alltför mycket beakta bakgrundsmaterial av detta slag). Allt sammantaget visar detta enligt min mening att Lagrådet,

¹⁰ Se art. 61 st. 2 i den franska grundlagen.

¹¹ Se SOU 1978:34 s. 141.

¹² Se närmare Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd s. 624 ff., särskilt s. 630.

¹³ Vilken alltså även var okänd för mig när jag skrev min artikel i SvJT 1997 s. 562–572.

även om man förvisso hamnade i en svår situation, befann sig på betänkligt svag konstitutionell is när man i praktiken valde att inte efterkomma näringsutskottets begäran om en ny granskning av förslaget.

3. Exempel på omprövning av tidigare yttranden; den kommunala skatteutjämningen anno 1995

Ovannämnda intryck förstärks av att en sådan granskning, även om den hade lett till en annan bedömning på några punkter än den som det första Lagrådet kom fram till, i praktiken inte alls hade varit så exceptionell som flera bedömare velat göra gällande. Under senare år har det nämligen ibland förekommit att Lagrådet frångått tidigare gjorda bedömningar eller att ett nytt lagråd kommit till en annan slutsats än ett tidigare. Det tydligaste exemplet härpå är väl kanske turerna kring 1995 års förslag om kommunal skatteutjämning, vilka jag behandlat vid flera tidigare tillfällen¹⁴ men ändå får rekapitulera något här. Ärendet var mycket särpräglat genom att två lagrådsyttranden om i stort sett samma förslag avgavs med kort mellanrum (maj och oktober 1995), men med olika innehåll. Först konstaterade Lagrådet (bestående av Torkel Gregow, Lars Å Beckman och Sigvard Holstad) i maj 1995 att förslaget till lag om utjämning av skatteinkomster i kommuner och landsting stred mot RF 1:7, eftersom den

grundlagsskyddade kommunala beskattningsrätten i alltför hög grad inskränktes av ett system där skatt uttagen i en viss kommun sedan tillfördes andra kommuner. Enligt RF 1:7 st. 2 får en kommun endast ta ut sådan skatt som behövs för skötseln av dess egna uppgifter. Att Lagrådet på detta sätt klart uttalar att ett lagförslag strider mot grundlagen är för övrigt ytterst ovanligt. Samtidigt antydde Lagrådet dock att det fanns en möjlighet att syftet med förslaget kunde tillgodoses med någon annan teknik rörande avgifter och bidrag, vilken inte stred mot RF. Lagråd två valde sedan, delvis med stöd av en stark övertolkning av Lagrådets reservation för att en annan teknik avseende avgifter och bidrag skulle kunna göra förslaget förenligt med RF, att godkänna ett med det tidigare avstyrkta förslaget i sak identiskt förslag, där den enda ändringen var att de olika pengaöverföringarna mellan kommunerna döpts om från tillägg och avdrag till avgifter och bidrag!¹⁵ Lagrådet angav till och med att denna enda ändring saknade praktisk betydelse för de berörda kommunerna.¹⁶ Detta var väl i så fall i hög grad, om nu olyckskorparna från i

¹⁵ Se närmare de i föregående not angivna artiklarna.

¹⁶ Se prop. 1995/96:64 s. 78 f.: "Den huvudsakliga förändringen...är alltså att det inte längre föreskrivs att en kommun eller ett landsting skall få ett tillägg till eller vidkännas ett avdrag från sina skatteinkomster utan att kommunerna och landstingen skall ha rätt till ett statligt bidrag eller vara skyldiga att erlägga en avgift till staten. Sett från de enskilda kommunernas och landstingens synpunkt har ändringen knappast någon praktisk betydelse."

¹⁴ Se bl. a. i SvJT 1997 s. 448 ff. samt i Några synpunkter på grundlagsskyddet för den kommunala självstyrelsen, FT 1997 s. 33–55.

höstas skulle ha rätt i sina farhågor för att en omprövning av ett tidigare yttrande generellt kan urholka Lagrådets auktoritet, en bedömning ägnad att desavouera det tidigare Lagrådet och därmed bidra till en sådan auktoritetsförlust. Lagrådet två vägrade ju i praktiken, utan att skriva det rakt ut, att godta det första Lagrådets klara bedömning att förslaget stred mot RF 1:7. Vilket rättsligt stöd fanns egentligen för en sådan bedömning och varför skulle ett sådant agerande vara godtagbart 1995, när det formellt sett var fråga om ett nytt förslag men inget egentligt nytt tillkommit som kunde motivera en ändrad bedömning, men inte 1997, när det vid bedömningen av det oförändrade förslaget fanns åtminstone en ny relevant faktor att beakta? För att det i det förra fallet var regeringen som bad om en förnyad granskning men i det senare fallet ett i slutänden enligt riksdagsutskott? Men i så fall, om detta skulle bilda mönster för framtiden, har ju Lagrådet övergått från att vara ett självständigt granskningsorgan till att bli ett rent regeringsorgan, vars funktion tycks vara att genom att nedtona de konstitutionella och andra svåra problem som olika lagförslag kan ge upphov till legitimera lagstiftning i kontroversiella frågor. Är det rentav så att flera lagrådsledamöter ser det som sin uppgift att hjälpa de departement där de påfallande ofta har sina rötter¹⁷ på traven snarare än att opponera mot lagda förslag, men inte känner samma ansvar gentemot riksdagen? Anses en omprövning av tidigare lämnade yttranden vara mindre allvarlig om den leder till att den politiska majoriteten i slutänden får sin vilja igenom än eljest? Frågorna kan inte besvaras eller utredas här, men att en viss, olycklig oklarhet råder om var gränserna för Lagrådets handlingsfrihet går är tydligt. Kanske är det rentav denna oklarhet som är orsak till att Lagrådet i oktober 1997 inte alls förklarade eller motiverade sitt val att inte göra en förnyad granskning utan valde den smidigaste utvägen, dvs. att inte göra eller säga någonting.

4. *Barnpornografifrågan*
Det går inte heller i detta sammanhang att låta bli att något beröra höstens andra mer uppmärksammade konstitutionella fråga, nämligen det senaste (och kanske slutgiltiga) försöket att kriminalisera innehav av barnpornografi.¹⁸ Också detta har varit föremål för lagrådsgranskning,¹⁹ varvid Lagrådet kommit till helt andra slutsatser än vad ett tidigare lagråd gjorde 1994. Detta är kanske inte i sig särskilt anmärkningsvärt; det har gått tre och ett

4. *Barnpornografifrågan*

Det går inte heller i detta sammanhang att låta bli att något beröra höstens andra mer uppmärksammade konstitutionella fråga, nämligen det senaste (och kanske slutgiltiga) försöket att kriminalisera innehav av barnpornografi.¹⁸ Också detta har varit föremål för lagrådsgranskning,¹⁹ varvid Lagrådet kommit till helt andra slutsatser än vad ett tidigare lagråd gjorde 1994. Detta är kanske inte i sig särskilt anmärkningsvärt; det har gått tre och ett

1997 s. 462) hade de sittande ledamöterna i HD och RegR i september 1997 141 respektive 166 års arbetslivserfarenhet från regeringskansliet, att jämföra med 31 respektive 25 års arbete som ordinarie domare, 20 respektive 2 års arbete som praktiserande jurist samt 10 respektive 0 års erfarenhet som professor. Siffrorna är ganska talande.

¹⁸ Förslaget återfinns i prop. 1997/98:43.

¹⁹ Se yttrande i a. prop. s. 309 ff.

¹⁷ Enligt nyligen framlagd statistik (se Jan-Mikael Bexhed, Rättstillämpning i stället för maktutövning — RÅ 1997 ref. 18, i Rättsfall att minnas — Festschrift till Jan Hellner, Stockholm

halvt år mellan de båda yttrandena, vilka inte gäller identiska förslag. Ändå har det faktiskt ett visst intresse i detta sammanhang att jämföra de båda yttrandena, inte minst inför utskottsbehandlingen under våren 1998.

1994 var Lagrådet sålunda med all rätt irriterat över att ett förslag till grundlagsändring lades trots att den niomånadersfrist inför riksdagsvalet inom vilken förslag till grundlagsändringar första gången måste anmälas i riksdagen hade förutsatts.²⁰ På denna punkt är Lagrådets kritik, som inte behöver kommenteras närmare här, alltså relevant och oemotsägd. Kritik riktades också mot bristen på remissbehandling av förslaget. Därutöver hade emellertid Lagrådet (bestående av Baekkevold, Bengt Hamdahl och Bo Svensson) även ytterligare kritik, vilken rimmar mindre väl med det yttrande som 1997 års lagråd nu lämnat i frågan.

För att rätt värdera detta bör framhållas att 1994 års förslag från Justitiedepartementet (vilket lades fram till synes något motvilligt, som svar på ett slags folkstorm mot barnpornografi) innehöll två alternativ, ett enligt vilket innehav av barnpornografi skulle kriminaliseras och ett enligt vilket endast möjligheterna till konfiskation av sådant material skulle utvidgas.²¹ Nu föreliggande förslag innebär däremot att varken Tryckfrihetsför-

ordningen eller Yttrandefrihetsgrundlagen överhuvudtaget skall vara tillämpliga på barnpornografi, samtidigt som innehav av sådant material kriminaliseras; detta förslag är alltså betydligt mer långtgående från yttrandefrihetsrättslig synpunkt än 1994 års förslag. Även 1994 föreslogs emellertid parallella ändringar i de båda grundlagarna, vilket Lagrådet ogillade; även om barnpornografiska framställningar i tryckt skrift "självfallet" inger en kraftig olust, menade Lagrådet, så var det ändå så att "jämfört med den genomslagskraft som levande bilder har framstår problemen med de tryckta skrifterna som mera begränsade". En särbehandling av tryckta skrifter skulle däremot göra det möjligt att slå vakt om hävdvunna tryckfrihetsrättsliga principer, som Lagrådet uttryckte saken.²² Sammanfattningsvis fann Lagrådet denna gång, efter att ha beaktat argumenten för och emot en grundlagsändring som skulle möjliggöra innehavskriminalisering, att det var tveksamt om det fanns tillräcklig grund för en sådan åtgärd. Vidare var Lagrådet kritiskt mot det förslag om ökade möjligheter till konfiskering av barnpornografi som också lades fram (och sedan genomfördes), eftersom konfiskering enligt detta kan ske i samband med varje slags förundersökning, således även t. ex. efter förundersökningar om misstänkta skattebrott eller andra brott utan samband med misstanke om sexualbrott. Därför fanns "en logisk motsättning mellan å ena

²⁰ Se allmänt om bakgrunden härtill och om Lagrådets kritik Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd s. 586 f. Lagrådets yttrande återges i KU 1993/94:28 bil. 2.

²¹ Se KU 1993/94:28 bil. 1.

²² KU 1993/94:28 s. 86.

sidan rätten att inneha barnpornografiskt material för eget bruk och å andra sidan möjligheten för de rättsvårdande myndigheterna att konfiskera sådant material i den mån innehavaren blir föremål för förundersökning". Lagrådet föreslog följdriktigt, dock utan att få gehör i KU, att det skulle skrivas in i de respektive relevanta lagrummen i TF och YGL att konfiskation endast skulle kunna ske efter en förundersökning avseende misstanke om sexualbrott eller brott mot allmän ordning som avser skildringar i pornografisk bild eller av sexuella handlingar eller av våld eller tvång mot person. "Om utgångspunkten tills vidare skall vara att envar har rätt att inneha barnpornografi för eget bruk framstår det som motsägelsefullt att denna rätt skall kunna sättas åt sidan, om det slumpar sig så att innehavaren blir föremål för förundersökning."²³ Då gällande rättsläge, innebärande att barnpornografiska filmer som tagits i beslag hos en för spridningsbrott inte misstänkt innehavare, i syfte att säkra bevisning om att spridning skett, sedan kunde återlämnas till ägaren, ansågs ha den fördelen att "(D)et framstår då som följdriktigt att när rättegången mot den ifrågavarande spridaren avslutats, den beslagtagna filmen återställs till ägaren".²⁴

1997 års lagrådsyttrande i ämnet får sägas skilja sig ganska drastiskt från 1994 års, inte bara av det skälet att vissa av 1994 års lagråds formuleringar inte

framstår som särdeles politiskt korrekta. Även om det är fråga om två olika förslag som inte är direkt lika varandra vad avser den juridiska konstruktionen, bör det vid bedömningen av dem erinras om att den grundläggande frågan, dvs. om innehav av barnpornografi bör kriminaliseras även till priset av en grundlagsändring, är densamma som 1994 och att denna fråga alltjämt är mycket kontroversiell, både i den allmänna debatten och från politiska och juridiska synpunkter.²⁵ Dessutom är alltså 1997 års förslag betydligt mer långtgående från yttrandefrihetsrättslig synpunkt än 1994 års, eftersom det innebär en total utmönstring av barnpornografi och all befattning därmed ur två grundlagar. Ändå hade Lagrådet vid sin granskning i november 1997, till skillnad från 1994, blott mild och hovsam kritik att framföra mot förslaget, som i stort sett godtogs. En jämförelse kan här göras med diskussionen om det dåvarande förslaget våren 1994. Mot en innehavskriminalisering anfördes då egentligen tre argument: Att det var olyckligt att ändra grundlagen med tillämpning av en annars så gott som aldrig använd undantagsregel i RF 8:15 vilken närmast är avsedd för rena krissituationer, att en innehavskriminalisering i sak vore olycklig eftersom det är omöjligt att upprätthålla ett sådant förbud utan att polisen ges befogenheter att genomföra husrannsakan och andra tvångsåtgärder enbart för att leta efter

²³ KU 1993/94:28 s. 87.

²⁴ Ibid.

²⁵ En genomgång av några av orsakerna till varför så är fallet återfinns i två artiklar av Peter Kadhammar i Expressen den 8–9 december 1997.

barnporr samt att det finns en risk för "smittoeffekter", så att ett liknande förbud nästa gång i stället kan föreslås mot andra skrifter eller filmer som ogillas av breda opinioner, t. ex. rasistiska eller kvinnoförnedrande alster. Saknade då dessa invändningar betydelse denna gång?

Klart är i vart fall att ingen av dem gjort något intryck på Lagrådet. Den första invändningen hade givetvis mindre intresse denna gång, eftersom förslaget ju faktiskt lades fram innan niomånadersfristen utgått. Den invändning om brist på remissförfarande som Lagrådet gjorde 1994 hade dock även denna gång haft visst fog för sig, om den framförts; medan situationen 1993/94 var den att en av justitiedepartementet utarbetad promemoria,²⁶ där inga grundlagsändringar föreslogs, hade remissbehandlats till skillnad från det förslag till innehavskriminalisering som senare lades fram, var det nu så att ett tidigare förslag från den s. k. Barnpornografiutredningen²⁷ remissbehandlats, men inte regeringens senare framlagda, betydligt mer drastiska och nu av Lagrådet godtagna förslag. Detta senare förfarande har dock inte föranlett någon reaktion från Lagrådet.

Barnpornografiutredningen föreslog en kriminalisering av innehav men menade att detta kunde ske utan ändringar i TF (eftersom det var osannolikt att tryckt barnpornografi på nytt skulle börja publiceras) och med den enda ändringen i YGL

att barnpornografiska filmer utan erforderliga uppgifter om utgivare inte längre borde omfattas av grundlagens tillämpningsområde.²⁸ Detta modesta ingrepp i grundlagarna motiverades med att det gällde att hitta den lösning som bäst motverkar befattning med den barnpornografi som faktiskt förekommer, varför det var viktigt att beakta den opinionsbildning som enskilda och olika organisationer genom massmedia kan bedriva, en opinionsbildning som är beroende av att information om förekommande befattningar med barnpornografi verkligen avslöjas och kan nå ut till offentligheten. För att så skall kunna ske förutsätts enligt utredningen²⁹ att de regler i TF och YGL som garanterar detta (rörande anskaffar- och meddelarfrihet samt anonymitetsskydd för just anskaffare och meddelare, censurförbud och ensamansvar för utgivare) inte sätts ur spel. Men det är ju just detta som nu skett genom regeringens förslag! Att Lagrådet inte gått närmare in på detta är faktiskt lite förvånande eftersom de flesta jurister, oavsett inställning till frågan om behovet av den ingripande lagändring som nu föreslås, nog bör kunna enas om att barnpornografiutredningens varning för alltför långtående ingrepp i TF och YGL som sådan är beaktansvärd.

Medan argumentet att det är vanskligt att ge polisen befo-

²⁶ Ds 1993:80, Ökat skydd för barn.

²⁷ Se SOU 1997:29, Barnpornografi-frågan. Innehavskriminalisering m. m.

²⁸ Förslaget kritiserar i denna del av Warnling-Nerep, Barnpornografi — är det verkligen ett bruk av yttrandefrihet?, JT 1996-97 s. 1115.

²⁹ Vars resonemang återges i komprimerad form i prop. 1997/98:43 bil. 1, s. 178 f.

genheter att genomföra husrannsakingar och dylikt enbart för att leta efter barnpornografi hos misstänkta konsumenter av dylika alster mer eller mindre tycks ha försvunnit ur debatten denna gång — trots att det i och för sig är lika relevant som för fyra år sedan — och inte heller berörts av Lagrådet, har Lagrådet ändå uppmärksammat frågan om "smittorisken". Denna hade dock kanske behövt analyseras ännu noggrannare, eftersom frågan nu inte bara som 1994 kan formuleras så att "vilken slags tidigare grundlagskyddat material blir det förbjudet att inneha härnäst?", utan nu gäller "vilken slags material lyfts helt bort från TF och YGL — och blir dessutom straffbart att inneha — nästa gång en bred opinion gör sig hörd?". Att här verkligen kan finnas en smittorisk är enligt min mening klart. Warnling-Nerep har i och för sig med framgång argumenterat för att det är möjligt att helt lyfta bort de "kameraövergrepp" som barnpornografi utgör från både TF och YGL, på samma sätt som t. ex. bedrägeri begånget genom tryckt skrift inte omfattas av TF:s skydd.³⁰ Detta innebär som hon ser det inte någon risk för att även politiskt misshagliga yttranden, t. ex. nazistiska sådana, skulle komma att lyftas bort — varefter grundlagarna sakta skulle urholkas — eftersom de senare oavsett vad man tycker om innehållet är politiska yttranden som hör hemma i TF om de framförs i en tryckt skrift (varvid eventuella brott som hets mot folkgrupp också får bedömas

³⁰ A. a. s. 1110 ff.

enligt TF). Och det är nog sannolikt så att den nu valda lösningen rent lagtekniskt har vissa fördelar framför tidigare förslag. Men samma typ av folkstorm som frambragt de nu hörsammade kraven på ändring av TF och YGL kan faktiskt tänkas även beträffande andra impopulära företeelser som t. ex. våldspornografi, kvinnoförnedrande alster i samma genre eller framställningar där rasistiska motiv antyds. Vilka spärrar finns då mot att successivt utmönstra även sådant ur grundlagarnas tillämpningsområde? En sorts allmän presumtion för att de medverkande om de är vuxna ställt upp frivilligt? Men tänk om det i nästa uppmärskade porrhärvä³¹ framkommer att de varit drogade eller stått i beroendeställning till den som framställt eller producerat eländet — vad händer då? Vilka politiker och jurister har egentligen kuraget och insikten att klargöra för allehanda intressegrupper och bekymrade medborgare att yttrandefriheten bara värnas då den också, utan att vara total, omfattar vissa djupt avskydda framställningar och åsikter? Att den väg som nu tycks ha valts kan visa sig olycklig i framtiden skall nog inte uteslutas.

Just därför hade man kunnat tänka sig att Lagrådet ägnat frågan lite större uppmärksamhet än vad som nu skett. Lagrådet är i och för sig medvetet om

³¹ De högljudda kraven på kriminalisering av innehav av barnporrhärvä uppstod först sedan en stor barnporrhärvä avslöjats i Norrköping vid nyåret 1993/94; se närmare Nergerlius, Konstitutionellt rättighetsskydd s. 586 f.

problemet och framhåller att samma argument som nu anförts för en innehavskriminalisering, t. ex. om barnpornografins unika karaktär, skulle kunna åberopas ”i fråga om snart sagt varje företeelse som en allmän opinion — eller den vid tidpunkten rådande politiska majoriteten — ogillar tillräckligt starkt”. Dessa synpunkter får dock vika, eftersom Sverige internationellt åtagit sig att agera mot barnporr, främst genom anslutning till FN:s barnkonvention och EU:s beslut om gemensamma åtgärder mot sexuellt utnyttjande av barn från 1997. Därför skulle det enligt Lagrådet närmast vara ägnat att bringa den svenska yttrandefriheten i vanrykte om Sverige under hänvisning till grundlagen skulle anse sig förhindrat ”att löpa linan fullt ut” när det gäller att skydda barn mot att utnyttjas i barnpornografiska bilder. Lagrådet fortsätter: ”Samtidigt kan förutses att en sådan internationell konsensus som det här är fråga om inte kan antas komma att omfatta andra företeelser än sådana som verkligen är förtjänta av att förbjudas och där det alltså kan framstå som välmotiverat att det svenska grundlagsskyddet får vika. Om även i framtiden iakttas att inskränkningar i yttrandefriheten inte görs annat än i samklang med ett utbrett internationellt samförstånd minskas riskerna för en spridningseffekt.”³²

Lagrådet anknyter här till ett av sina mest omdiskuterade yttranden sedan 1980, då RF 8:18 fick sin nuvarande utformning,

³² Se prop. 1997/98:43 s. 309 f.

vilket gällde ett eventuellt förbud mot rasistiska organisationer. Bakgrunden var här att en skärpning av straffbestämmelsen för hets mot folkgrupp 1987 föreslogs i en proposition, samtidigt som justitieministern klargjorde att ett organisationsförbud inte var önskvärt utan bara skulle göra ont värre. Lagrådet fann emellertid att FN:s av Sverige tillträdde rasdiskrimineringskonvention från 1971, som ålägger konventionsstaterna att förbjuda organisationer som främjar och uppmuntrar till rasdiskriminering samt att kriminalisera deltagande i sådana organisationer, medförde att ett sådant förbud måste införas.³³ Detta var ju knappast någon självklar tolkning av förhållandet mellan FN-konventionen och skyddet för föreningsfriheten i RF 2:1 st. 1 p. 5 och Lagrådet fick inte heller något gehör för sina synpunkter. I dag, drygt tio år senare, kan inte heller behovet av ett förbud mot sådana organisationer sägas vara direkt akut; visserligen ställer de till med åtskillig skada, men det är möjligt att ingripa mot dem på annat sätt än genom förbud och erfarenheterna från länder där sådana förbud förekommer (t. ex. Tyskland) övertygar knappast om förbudens effektivitet såvitt gäller att förhindra spridningen av extremistisk propaganda.³⁴

Återigen valde nu som synes Lagrådet att anknyta till internationella överenskommelser.

³³ Se prop. 1986/87:151 s. 307 f.

³⁴ En annan sak är dock att det historiskt sett kan finnas goda och lättförståeliga skäl just för den tyska regleringen; jfr Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd s. 214 ff.

Finns sådan internationell konsensus att någon slags traktat eller liknande överenskommelser ingåtts så får alltså den svenska grundlagen vika, tycks Lagrådets paroll vara. Detta är ju dock knappast någon traditionell tolkning av förhållandet mellan inhemsk grundlag och internationella överenskommelser vilka, med undantag för den direkt tillämpliga EG-rätten, i det av hävd dualistiska Sverige inte blir gällande som nationell rätt förrän de på något sätt införlivats i den nationella rättsordningen.³⁵ Dessa yttranden kan rentav ge ett intryck av att regerings- och justitierådens ovana vid — och stundtals synbara ovilja inför — att upprätthålla grundlagarna gentemot vanliga lagar smittat av sig, så att de alltför lätt låter grundlagarna vika även vid konflikt med internationella överenskommelser av skiftande slag. Men så kan väl ändå inte vara fallet?³⁶

³⁵ För en diskussion kring ett annat aktuellt problem av likartat slag se Ulf Bernitz, Indirekt tobaksreklam som grundlagsfråga, JT 1997–98 s. 597–600.

³⁶ Att ett konsekvent fasthållande vid dessa grundlagar skulle vara ägnat att försätta den svenska yttrandefriheten i vanrykte förefaller f. ö. vara överdrivet. Vad som däremot kan ha en sådan effekt är händelser som den vilken inträffade i Stockholms tingsrätt på försommaren 1993, när ett antal representanter för den intresserade allmänheten utnyttjade offentlighetsprincipen till att i tingsrättens lokaler, under en rättegång om barnpornografibrott, ta del av det beslagtagna bevismaterialet (filmer), vilket var allmän och offentlig handling. Tingsrätten kom därför att tjänstgöra som en något okonventionell porrbiograf, främst frekventerad av pedofiler. Denna absurda situation avbröts dock och förhindrades inför framtiden genom en ny regel i

Förutom det ovan nämnda problemet är den kanske viktigaste invändningen mot det nu framlagda förslaget att innehavskriminaliseringen kommer att göra livet svårare inte bara för olika frivilligorganisationer och liknande som bekämpar barnpornografi utan även för forskare och journalister som vill studera fenomenet och granska det kritiskt. Om inte de får inneha sådant material minskar deras möjligheter att studera frågan, vilket även kan drabba den allmänna debatten i ämnet. För denna risk varnade också flertalet remissinstanser som yttrade sig över Barnpornografiutredningens förslag.³⁷ Regeringen menar däremot i prop 1997/98:43 att eftersom den kriminalisering som nu föreslås innebär en avsevärd utvidgning av det kriminaliserade området så bör man närma sig frågan om undantag från det straffbara området "från en delvis annan utgångspunkt" än den traditionella (dvs. att innehav för legitima syften av det slag som nämnts ovan generellt bör vara straffria). I stället har man med sina egna ord undersökt vilka konkreta behov av undantag som finns och vägt dessa mot "intresset av en heltäckande lagstiftning",³⁸ varvid resultatet blivit att varje innehav av barnpornografi i tryckt skrift eller i någon teknisk framställning som annars normalt skulle omfattas av YGL är straffbart, såvida inte "särskilda omständigheter gör att gärningen måste anses

Sekretesslagen 5 kap. 6 § (införd genom SFS 1993:437).

³⁷ Se prop. 1997/98:43 s. 89 f.

³⁸ A. prop. s. 90 f.

uppenbart befogad”.³⁹ De fall som avses är enligt ett motivuttalande ”de där syftet med gärningen är skyddsvärt, konkret och specifikt och omständigheterna är sådana att det i princip är uteslutet att t. ex. hantera en situation utan att exempelvis inneha en barnpornografisk skildring”.⁴⁰ Särskilt mycket klokare vid besvärliga gränsdragningsituationer blir nog inte rättstillämparen av denna vaga beskrivning, som inte heller kan sägas vara präglad av någon överdriven språklig stringens. Hade verkligen inte ett generellt undantag för några närmare beskrivna skyddsvärda situationer varit att föredra, inte minst från rättssäkerhetssynpunkt? Tydligt är enligt Lagrådets syn på saken, eftersom detta funnit att den försämring för journalister och forskare som består i att gärningen måste befinnas uppenbart befogad i varje enskilt fall — vilket t. ex. inte är fallet om en journalist eller forskare sparar eller helt enkelt glömt material från ett tidigare genomfört projekt, eftersom det bara skall vara tillåtet att inneha materialet under den tid arbetet pågår — inte kan sägas utgöra något hinder i egentlig mening för en seriöst bedriven verksamhet.⁴¹

³⁹ Förslag till ny regel i Brottsbalken, 16 kap. 10 a § 5 st. in fine.

⁴⁰ A. prop. s. 93.

⁴¹ A. prop. s. 310. Liknande argument har f. ö. senare återuppsatt i en Brännpunktsartikel i Svenska Dagbladet 11 februari 1998 av professor Madeleine Leijonhuvud, som bl. a. anfört att journalister i Belgien kunde avslöja den hemska pedofilhärvan där trots att de inte fick inneha barnpornografiskt material. Med denna logik kan man dock också hävda att innehavskriminalisering be-

Framtiden får väl utvisa om så är fallet, men här är det faktiskt förvånande att inte protesterna från mediahåll mot förslaget varit ännu kraftigare än hittills. Vad hindrar nu egentligen polisen från att göra razzior på olika nyhetsredaktioner och forskningsinstitut i jakt på barnpornografi? Lagrådets attityd förefaller med förlov sagt något sangvinisk.

Till sist skall dock framhållas att det finns ett allmänt problem med den nuvarande regleringen i TF och YGL, illustrerat med all önskvärd tydlighet av debatten om barnpornografi både 1994 och nu, nämligen att det faktum att dessa grundlagar till så stor del innehåller straff- och processrättsliga regler närmast med nödvändighet skapar problem i flera olika situationer. Inför gemene, icke-juridiskt skolad man eller kvinna är det t. ex. svårt att förklara de specifika rättsliga problem som en innehavskriminalisering skapar och varför frågan väcktes för sent 1994. Här finns det faktiskt anledning att erinra om vad KU 1994 skrev i anslutning till sitt förslag om innehavskriminalisering, nämligen att vad som bär upp det konstitutionella skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna framförallt är ett levande engagemang hos medborgarna för de värden som rättigheterna ger uttryck för,⁴² ett engagemang som knappast omfattar barnpornografi. Frågan är om det egentligen är rimligt att i så hög utsträckning som nu viga två av Sveriges fyra grundlagar visligen inte har någon verkan, eftersom skandalen i Belgien trots allt kunde uppstå.

⁴² KU 1993/94:28 s. 22 f.

åt en rent straff- och processrättslig reglering. Dessutom kan det, inte minst i ett framtidsperspektiv där betydligt fler media än i dag kan behöva grundlagsskydd, ifrågasättas om det finns någon anledning att dela upp skyddet på två olika grundlagar, med de många (lag)tekniska problem detta medför. Detta problem har såvitt gäller CD-romskivor och datordisketter nu uppmärksamats av Lagrådet,⁴³ till vars ståndpunkt i denna del om att uppdelningen på två grundlagar kommer att bli allt mer komplicerad ju längre den tekniska utvecklingen fortskrider det inte är svårt att ansluta sig.

5. Slutsatser

Ovan förda resonemang leder fram till att det inte är omöjligt att en grundlagsreform på yttre frihetsrättens område kan komma att behövas inom en inte alltför avlägsen framtid. Enligt min mening visar dock de spörsmål som diskuterats i denna artikel, liksom i mina artiklar i denna tidning från 1997, att behovet av en konstitutionell reform avseende den svenska normprövningen och rättighetskyddet är än större. På något sätt måste förhållandet mellan lagrådsgranskning och efterföljande domstolsprövning av lagars grundlagsenlighet klarna; var skall huvudansvaret för prövningen av lagarnas grundlagsenlighet ligga? De två rimligaste alternativen att diskutera inför framtiden är enligt min mening antingen en förstärkning av Lagrådets roll, så att

Lagrådet ges vetorätt mot grundlagsstridiga lagförslag och får mer preciserade befogenheter och uppgifter, samtidigt som RF 11:14 behålls i nuvarande form, eller att uppenbarhetskravet i 11:14 avskaffas, samtidigt som normprövningen centraliseras till domstolarna (och således ej åläggs andra myndigheter) och Lagrådets betydelse tonas ner, kanske för att övergå till att vara ett slags rent remissorgan för regering och riksdag i vissa speciella juridiska frågor där allt inte klarnat efter sedvanligt utredningsarbete.

I avvaktan på denna större reform måste emellertid några viktiga frågor ställas: t. ex. i vilken utsträckning domstolarna skall vara bundna av Lagrådets bedömningar av en lags grundlagsenlighet (eller förenlighet med EG-rätten och Europakonventionen).

Vidare verkar det orimligt att Lagrådet vid ett tillfälle kan vägra att bemöta en önskan från ett riksdagsutskott om en förnyad granskning av ett lagförslag (vilken för att vara meningsfull givetvis måste vara någorlunda ingående) samtidigt som det vid andra tillfällen är tydligt att Lagrådet känner sig oförhindrat att frångå bedömningar gjorda av tidigare lagråd. Lagrådets befogenheter härvidlag bör klargöras, liksom frågan om Lagrådet främst är ett riksdags- eller regeringsorgan eller, som det väl är tänkt att vara, ett oberoende granskningsorgan med lika stor skyldighet att betjäna riksdagen som regeringen.

Det är möjligt att vissa av de ovan uttryckta farhågorna är överdrivna, men faktum är att

⁴³ Se prop. 1997/98:43 s. 310 ff.

ett huvudintryck från flera av de senaste årens uppmärksammade lagstiftningsärenden som berört konstitutionella frågor är att grundlagen tyvärr inte tas på tillräckligt allvar när den kolliderar med det politiskt önskvärda. Detta gäller både regeringens förarbete, Lagrådets granskning och KU:s och andra utskotts efterföljande kontroll, som främst tycks vara av politisk karaktär och sällan avsetter några tydliga juridiska spår.⁴⁴ Jag har tidigare vid flera tillfällen kritiserat denna tendens, dock utan att någon ändring till det bättre tycks ha skett (vilket jag i och för sig inte heller väntat mig).⁴⁵ Barnpornografifrågan

⁴⁴ Detta förhållande har tidigare kritiserats av Bertil Bengtsson, Om Konstitutionsutskottets lagprövning, i 14 uppsatser 1983–1991, Stockholm 1992 s. 345–361.

⁴⁵ Se bl. a. i SvJT 1996 s. 835–870 avseende domstolarnas lagprövning och i FT 1997 s. 33–55 avseende den kommunala skatteutjämningen. I sistnämnda fall var situationen den att Lagrådet i sitt tidigare nämnda yttrande i oktober 1995, då förslaget godtogs, hänvisade till tillsättandet av en utredning som skulle utreda grundlagsskyddet för den kommunala självstyrelsen som en särskilt viktig omständighet vid bedömningen av om förslaget var grundlagsenligt (se prop. 1995/96:64 s. 80), varefter denna utredning, den s. k. självstyrelsekommittén, SOU 1996:129, hänvisade till att Lagrådet godtagit gällande lag som grundlagsenlig! Även ett annat, i och för sig mycket grundligt lagrådsyttrande rörande förslaget till ny miljöbalk kan nämnas i sammanhanget; Lagrådet avgav här ett 140 sidor långt yttrande och kan inte anklagas för att ha inte ha gått till botten med frågan, men uttalade dock avseende grundlagsenligheten att en ändring av RF 2:18 vore att föredra framför en ändring av den föreslagna lagen på ifrågavarande punkt (se yttrande av den

skiljer sig såtillvida från tidigare av mig diskuterade frågor att grundlagen här föreslås ändrad, varefter de genomförda lagändringarna givetvis inte kommer att vara grundlagsstridiga. Även denna grundlagsändring kan dock kritiserars för att ha skett lite lättvindigt, utan att de problem som den kan komma att ge upphov till begrundats tillräckligt noga. Lagrådet har dock, till skillnad från 1994, villigt accepterat detta, vilket kan tyda på en viss lyhördhet gentemot justitiedepartementet (som ju denna gång, till skillnad från 1994, verkligen ville ha en grundlagsändring).⁴⁶ Under alla omständigheter understryker det som inträffat under hösten 1997 än en gång behovet av en vidgad diskussion i dessa centrala konstitutionella frågor, där allt inte kan sägas stå riktigt rätt till just nu.

Joakim Nergelius

30 september 1997, i prop. 1997/98: 45 s. 513). Även om RF 2:18 st. 2 må vara olyckligt formulerad, återger dessa lagrådssynpunkter enligt min mening en något oklar syn på förhållandet mellan grundlag och vanlig lag, särskilt som lösningen att överlämna frågan till rättstillämpningen — vilket var det enda möjliga då en grundlagsändring inte skulle hinnas med — beskrevs som en "nödfallsutväg".

⁴⁶ Lagrådets måhända alltför nära relationer till de olika departementen har kommenterats i den tidigare nämnda DN-ledaren av den 20 oktober 1997, till vilken kan hänvisas.

