

I gränslandet mellan lagprövning och lagtolkning

Av jur. kand. MARTIN SUNNQVIST¹

Med utgångspunkt i två serier av rättsfall från Högsta domstolen analyseras här hur lagprövningen enligt 11 kap. 14 § regeringsformen blir allt mindre relevant. Allt större betydelse får istället ett tolkande dömande, där domaren utifrån en helhetssyn på rättens motstridiga delar tolkar lättare vägande rättsregler i ljuset av tyngre. Detta sker inte bara när det gäller interna rättsreglers förhållande till europarätten utan också i förhållandet mellan rent interna regler. Genom de analyserade prejudikaten har ett för svensk rätt nytt sätt att tänka etablerats, vilket ger domaren ett verktyg att använda för att lösa alla typer av konflikter och divergenser mellan rättsregler. Detta tänkesätt stämmer väl överens med rättsordningens nuvarande utformning och är därför välkommet. Det omdebatterade s.k. uppenbarhetsrekvisitet har mist det mesta av sin betydelse.

Inledning

Lagprövningen har — återigen — blivit en het fråga i svensk juridisk debatt. Under år 2007 lade Grundlagsutredningen fram en expertrapport om ”Olika former av normkontroll”,² och Svensk Juristtidnings nionde häfte förra året hade rubriken ”Lagprövning och andra frågor om normkontroll”. Häftet innehåller elva artiklar av tolv förfat-

¹ Hovrättsfiskal vid Hovrätten över Skåne och Blekinge, doktorand i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet.

² SOU 2007:85.

tare.³ I artiklar av Göran Regner,⁴ Rune Lavin,⁵ Joakim Nergelius⁶ och Thomas Bull⁷ finns ytterligare nya bidrag till frågans belysning.

Med denna rikedom på litteratur borde allt som går att säga i ämnet vara sagt. Ändå finns det några viktiga perspektiv som har förbisetts och som bör lyftas fram. I denna artikel analyserar jag två prejudikat, båda från Högsta domstolen, båda från år 2005, och båda det första i var sin prejudikatserie.⁸ Jag kommer inte att analysera de materiella rättsliga bedömningarna i fallen⁹ utan hur Högsta domstolen har resonerat och förhållit sig till rättskällorna. Det är inte min avsikt att försöka uttolka hur Högsta domstolens ledamöter faktiskt tänkte utan att analysera hur det som framgår av domskälen bäst bör uppfattas. Genom artikeln vill jag framhäva att rättsordningen under de senaste decennierna har förändrats i grunden men att vårt sätt att uppfatta och förhålla oss till rättsordningen inte alltid har följt med.¹⁰ Ar-

³ Anders Eka och Daniel Gustavsson, "Lagprövning och andra frågor om normkontroll — rapport från en expertgrupp", s. 769–778, Olle Abrahamsson, "Handlar normprövningsdebatten om rätt saker?", s. 779–793, Sten Heckscher, "Normprövning — behov och metod", s. 794–808, Göran Lambertz, "Normprövning och demokrati", s. 809–826, Lotta Lerwall, "En utökad lagprövningsrätt — en kostym eller tumme?", s. 827–843, Karin Åhman, "Varför utvidgad normkontroll? Några reflektioner med anledning av expertgruppens rapport", s. 844–850, Iain Cameron, "Normkonflikter och EKMR", s. 851–861, Clarence Crafoord, "Normprövning och Europakonventionen", s. 862–881, Inger Österdahl, "Normprövning ur ett EKMR-perspektiv", s. 882–896, Mats Melin, "Normprövning i ett unionsrättsligt perspektiv", s. 897–909, Ola Wiklund, "Juridisk nationalism och lagprövning — hinder för gemenskapsrättens genomslag i svensk rätt", s. 910–926, allt i *SvJT* 2007.

⁴ "Lagprövning och blankettstraffstadganden. Några HD-fall" i *Festskrift till Rune Lavin*, Lund 2006, s. 235–246, "Lagprövning på 2000-talet" i *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*, Lund 2008, s. 395–407.

⁵ "Regeringsrätten och normkontrollen" i *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*, Lund 2008, s. 201–215.

⁶ "Till frågan om lagprövning och grundlagsvänlig lagtolkning — än en gång" i *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*, Lund 2008, s. 337–344.

⁷ "Lagprövningens många ansikten" i *Festskrift till Johan Hirschfeldt*, Uppsala 2008, s. 75–93.

⁸ NJA 2005 s. 33 följt av NJA 2006 s. 293 I–II, 2007 s. 918 och Högsta domstolens dom den 21 maj 2008 i mål B 3239-06; dessutom RH 2005:8 och 2007:38. — NJA 2005 s. 805 följt av NJA 2006 s. 467 och 2007 s. 805 I–II.

⁹ När det gäller NJA 2005 s. 33 hänvisar jag till Joakim Nergelius, "HD gör både rätt och fel om lagprövning" i *JT* 2004/05, s. 857–861, Regner 2006, Bull 2008, SOU 2007:85 s. 36–39, se även s. 43–45. När det gäller NJA 2008 s. 805 hänvisar jag till Inger Österdahl, "Åke Green och missaktande men inte hatiskt tal", s. 213–226, Hans Ytterberg, "Har HD gett grönt ljus för hets mot homosexuella som grupp", s. 227–239, jämte Hans Danelius kommentar till dessa artiklar, s. 240–242, allt i *SvJT* 2006, Thomas Bull, "På yttrandefrihetens yttersta gren", s. 514–535, och Carl Lebeck, "Konventionskonformitet som rättsligt giltighetskrav? Några konstitutionella aspekter på Pastor Green-domen", s. 661–666, båda i *JT* 2005/06, samt SOU 2007:85 s. 42–43.

¹⁰ I min forskning arbetar jag med frågan om gränserna för nordiska domares oavhängighet och särskilt deras förhållande till lagen. Den del som jag arbetar med nu skall preliminärt heta *Domaren i en hierarkisk rättsordning*, tidsmässigt omfattande tiden från omkring 1800 fram till andra världskriget, och jag skall därefter fortsätta med ämnet *Domaren i övergången till en polycentrisk rättsordning*, omfattande tiden därefter. Frågorna om lagprövning och lagtolkning är centrala för mitt ämne. — I det följande talar jag om 'lagprövning' och 'lagtolkning' och uppfattar 'lag' mera allmänt betydande 'rättsregler utfärdade av den lagstiftande mak-

tikeln skall bidra till besvarandet av Olle Abrahamssons fråga *Handlar normprövningsdebatten om rätt saker?*¹¹ och visa att rättsutvecklingen har sprängt de teoretiska ramar inom vilka mycket av den svenska debatten fortfarande förs.¹²

NJA 2005 s. 33

Kort sammanfattat handlar fallet om hur 38 § första stycket 5 skogsvårdslagen, ett blankettstraffstadgande med fängelse i straffskalan, skulle förstås, när den aktuella gärningen stred mot en myndighetsföreskrift som enligt 8 kap. 7 § andra stycket och 11 § regeringsformen inte kan sanktioneras med fängelsestraff. Frågan aktualiserades av att den tilltalade skulle dömas att betala avgift till brottsofferfonden om fängelse skulle anses finnas i straffskalan.¹³ Huruvida grundlagens bestämmelser hindrade förekomsten av fängelsestraff i straffskalan i dessa fall hade dittills varit omstritt, men Högsta domstolen¹⁴ menade att "rättighetsskyddet bör tillämpas på ett för den enskilde generöst sätt",¹⁵ varför avsaknaden av uttryckligt grundlagsstöd gjorde att myndighetsföreskriften inte kunde vara sanktionerad med fängelse. Slutsatsen var alltså med Högsta domstolens ord:

"Med hänsyn till det anförda får det anses att RF inte tillåter att förvaltningsmyndigheter och kommuner fyller ut blankettstraffstadganden med fängelse i straffskalan på ett sådant sätt att den gärning som härigenom straffbeläggs anges helt eller i det väsentliga i deras föreskrifter."¹⁶

Högsta domstolen framhöll sedan att lagen inte var helt oförenlig med grundlagen, eftersom fängelse kunde föreskrivas för brott mot innehållet i förordningar och böter kunde föreskrivas för brott mot myndighetsföreskrifter. Högsta domstolen jämförde fallet med situa-

ten'. Detta utesluter inte regeringsförordningar, jfr 87 och 89 §§ 1809 års regeringsform, vars anda lever kvar i 8 kap. regeringsformen; se här till Regner 2006 s. 236 och 2008 s. 397–398. 'Normkontroll' och 'normprövning' synes mig vara för vida begrepp, då det finns normer av flera andra slag än de som är aktuella här.

¹¹ Abrahamsson 2007.

¹² Denna artikel anknyter till mitt anförande "From Deference to Difference. Nordic Judiciaries and Judicial Jurisprudence" vid symposiet *Beyond Nordic Legal Modernity. In Search for New Coordinates. Nordic Jurisprudence Revisited*, Reykjavik, 24–27 april 2008, under publicering 2008.

¹³ 1 § lagen (1994:419) om brottsofferfond.

¹⁴ Justitieråden Regner, Lundius (referent), Lindeblad, Calissendorff och Widebeck. Enhälligt. Se också Regner 2006.

¹⁵ NJA 2005 s. 33 på s. 42.

¹⁶ NJA 2005 s. 33 på s. 42. En intressant fråga, som Högsta domstolen inte hade anledning att beröra, är vad som händer när det gäller kommunala föreskrifter, vars innehåll varierar från kommun till kommun. Om kommunerna har givits rätt att närmare definiera en viss anmälningsskyldighet kan några kommuner ha meddelat en föreskrift av rent formell karaktär ("detaljbestämmelser av verkställighetskaraktär", Regner 2006 s. 242) medan andra har meddelat sådana föreskrifter som "i det väsentliga" definierar den brottsliga gärningen. Med ledning av att rättighetsskyddet skall tillämpas generöst torde det vara kommunernas *utrymme* att meddela föreskrifter som skall beaktas snarare än de föreskrifter som meddelats i det enskilda fallet.

tionen då förenligheten av svenska lagbestämmelser med EKMR¹⁷ och EG-rätten aktualiseras. Slutsatsen var att det var fråga om en partiell icke-tillämpning av lagen, vilket var en parallell till grundlagskonform lagtolkning och låg utanför lagprövningen enligt 11 kap. 14 § regeringsformen.¹⁸

Avgörandet har väckt viss kritik. Joakim Nergelius har anfört att det var fråga om ett åsidosättande av en lagbestämmelse och att fallet uttryckligen borde ha behandlats som ett fall av grundlagsstridighet.¹⁹ Thomas Bull har menat att en ny onödig form av lagprövning har tillskapats; den stig som beträddes i fallet bör enligt honom snart växa igen alternativt beträddas endast i fall som rör blankettstraffstadganden.²⁰

På grund av det invecklade rättsläget när det gäller blankettstraffstadganden och brottsofferfondsavgift var Högsta domstolen emellertid tvungen att frigöra sig från en förenklad bild av rätten: att lagar antingen är uppenbart grundlagsstridiga eller inte är grundlagsstridiga. Teorier om rättsliga rum som griper in i varandra,²¹ rättens polycentri²² och om rättens olika nivåer²³ är användbara för förståelsen av rättsfallet. Vad Högsta domstolen måste ha tagit som sin utgångspunkt är att det rättsliga landskapet generellt inte är så enkelt att han-

¹⁷ Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, jfr 2 kap. 23 § regeringsformen och lag (1994:1219) om sagda konvention.

¹⁸ Jfr Nergelius 2008 s. 342. — Att icke-tillämpning mycket väl kan beskrivas som ett fall av tolkning i konformitet med högre rätt framgår av EG-domstolens dom den 13 november 1990 i målet *Marleasing*, C-106/89. I domslutet sades att den nationella domstolen "is required to interpret its national law in the light of the wording and the purpose of that directive in order to preclude a declaration of nullity of a public limited company on a ground other than those listed in Article 11 of the directive." Om sådana "other grounds" finns i nationell lag måste lagen tolkas som om de inte fanns där. Här är alltså (partiell) icke-tillämpning synonym med tolkning.

¹⁹ Nergelius 2004/05 s. 860–861, Nergelius 2008 s. 341.

²⁰ Bull 2008 s. 90–93.

²¹ Se Boaventura de Sousa Santos, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law" i *Journal of Law and Society*, vol. 14:3, 1987, s. 279–302, ssk. s. 295–299, eller densamme, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York/London 1995, s. 456–473, ssk. s. 470–473.

²² Se Henrik Zahle, "The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics" i Hanne Petersen och Henrik Zahle (red.), *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot 1995, s. 185–199.

²³ Se Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Aldershot/Burlington 2002, eller densamme, "Towards a Multi-Layered View of Modern Law" i *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, Lund 1997, s. 427–442. I rättens ytskikt finns lagar, domar och ståndpunkter i doktrinen, i rättskulturen de principer, metoder och förhållningssätt som aktörerna använder och utvecklar samt i rättens djupstruktur rättens långsamt föränderliga grunder. Jag har även haft stor nytta av två manuskript, Kaarlo Tuori, "European Law and Polity. Pluralism and/or Unity?", ännu opublicerat, och Nina-Louisa Arold, "Promoting Normative Cracks in the Surface: Strasbourg Changing Swedish Legal Culture", som skall publiceras i Lisbet Christoffersen m.fl. (red.), *Law and Religion in the 21st Century — Nordic Perspective, New Life in the Ruins — Pluralistic Renewal in the Lutheran Setting*, Leuven 2008.

tera längre. Referenserna till EKMR och EG-rätten och framför allt uttalandet att partiell icke-tillämpning av en delvis grundlagsstridig lagbestämmelse är en motsvarighet till det betraktelsesätt som ”finns när det gäller förenligheten av svenska lagbestämmelser med Europakonventionen [—] och EG-rätten [—]”²⁴ visar att Högsta domstolen har utgått från en helhetssyn på den rätt som med utgångspunkt i olika rättsordningar och delvis motstridiga rättskällor gäller i Sverige. Det fragmentariska regelverket måste lotsas till koherens i varje enskilt fall. De olika reglerna — antingen de finns i lagar och förordningar, EG-förordningar och direktiv, konventioner, eller prejudikat från nationella eller övernationella domstolar — måste granskas, avvägas²⁵ och sammanjämkas. Lagprövning med ett uppenbarhetskrav stämmer sämre överens med rättsordningens nuvarande utformning än en kontextuell tolkning av de aktuella rättsreglerna i förhållande till varandra. Högsta domstolen har till och med slagit fast vad som skall vara utslagsgivande, så att tolkningen inte skall ta vilka vägar som helst: Rättighetsskyddet bör tillämpas på ett för den enskilde generöst sätt. Det viktiga här är klargörandet att *domstolarna*, inte bara riksdagen, skall svara för bedömningen av detta och tillgodose att rättighetsskyddet är generöst mot den enskilde.

Detta sammantaget ställer nya krav på domarens sätt att resonera och föranleder analys av de rättskulturer som ligger djupare än rättsreglerna i rättens ytskikt. När rättens polycentri och komplexitet så tydligt framgår i ett fall om så för svenska domare vana rättsinstitut som blankettstraffstadganden och brottsofferfondsavgift måste det ha stått ganska klart att ett nytt²⁶ angreppssätt vid sidan av de gamla behövdes.

I fallet jämförde Högsta domstolen som sagt förhållandet mellan konkurrerande helt interna²⁷ rättsregler med förhållandet mellan dessa rättsregler och sådana delar av rätten som har sitt ursprung i EG-rätten och i EKMR. Därför kunde man ana att nästa steg i utvecklingen skulle vara Åke Green-fallet. Det blev också ett tydligt steg — snett bakåt?

²⁴ NJA 2005 s. 33 på s. 43. Se också Regner 2008 s. 398–407, jfr Lambertz 2007 s. 817–819.

²⁵ Jag noterar Ronald Dworkins terminologi att regler antingen gäller eller inte gäller medan principer avvägs mot varandra (*Taking Rights Seriously*, London 1977, s. 22–28) men anser att man kan tala om avvägning mellan regler med olika tyngd med hänsyn till deras innehåll och till att de härrör från olika rättsbildare.

²⁶ Hårtill kan anmärkas att Högsta domstolen hänförde sig till NJA 2001 s. 132. Referensen torde inte vara märkligare än att det fallet, även om det var ett klara lagprövningsfall, gav Högsta domstolen en grund att stå på för att föra rättsutvecklingen vidare när det gäller lagtolkningen. Jfr Bull 2008 s. 86–90.

²⁷ I brist på bättre begrepp kallar jag rättsregler som härrör från riksdag och regering för ’intern’ rätt eller ’helt intern rätt’. Att kalla det för ’svensk’ rätt kan leda till missförstånd då även den rätt som härrör från EU:s organ och från EKMR ingår i den rätt som gäller i Sverige.

NJA 2005 s. 805

Senare samma år frikände Högsta domstolen²⁸ pastorn Åke Green. Han hade predikat nedsättande om homosexuella men åberopade sin rätt till yttrande- och religionsfrihet. Eftersom Europadomstolen sannolikt inte skulle godta en fällande dom, friades han.

Högsta domstolen inledde sin dom med vad som kanske bäst kan beskrivas som en traditionell svensk brottmålsdom. 16 kap. 8 § brottsbalken, som handlar om hets mot folkgrupp, analyserades med utgångspunkt i främst lagförarbeten men också några rättsfall. Slutsatsen var:

”Enligt den innebörd av 16 kap. 8 § BrB som kommit till uttryck i motiven får uttalandena därför anses ha gett uttryck för missaktning av gruppen homosexuella.”²⁹

Där kunde Högsta domstolen ha stannat — om inte regeringsformen och EKMR hade aktualiserats. Trots att Högsta domstolen hänvisade till NJA 2000 s. 132 och 2005 s. 33³⁰ talade domstolen om att tillämpning av brottsbalksbestämmelsen eventuellt skulle underlåtas om ”en sådan tillämpning skulle strida mot grundlag”.³¹ Formuleringen påminner alltså inte om den i NJA 2005 s. 33, där lagprövning inte aktualiserades utan där det var fråga om partiell icke-tillämpning, som utgjorde grundlagskonform tolkning. Högsta domstolen konkluderade att det var uppenbart att religionsfriheten inte hindrade en fällande dom, och att det inte var uppenbart att yttrandefriheten hindrade en fällande dom.³² Det tvivel som möjligen kunde finnas om brottsbalksbestämmelsens grundlagsenlighet var alltså inte tillräckligt starkt, och någon grundlagskonform tolkning aktualiserades inte ens. Grundlagen, tillämpad med dess uppenbarhetsrekvisit i 11 kap. 14 § regeringsformen, hindrade inte en fällande dom.

I nästa steg bedömdes om brottsbalksbestämmelsen stred mot EKMR; så var inte fallet. I det sista steget bedömde Högsta domstolen om en fällande dom skulle utgöra ett brott mot Sveriges konventionsåtaganden med beaktande av Europadomstolens praxis. I detta avsnitt använde Högsta domstolen återkommande ordval som tyder på viss osäkerhet.³³ Slutsatsen var att det

”är [—] sannolikt att Europadomstolen, vid en prövning av den inskränkning i Å.G:s rättighet att förkunna sin i bibeln [sic] grundade uppfattning som en

²⁸ Justitieråden Munck, Regner (referent), Blomstrand, Calissendorff och Skarhed. Enhälligt.

²⁹ NJA 2005 s. 805 på s. 826.

³⁰ NJA 2005 s. 805 på s. 827.

³¹ NJA 2005 s. 805 på s. 827.

³² Notera skillnaden mellan ’det är uppenbart att inte’ och ’det är inte uppenbart att’.

³³ ”Det avgörande synes vara [—]”, ”måste det antas att [—] en viss återhållsamhet skall iaktas”, ”Ett liknande synsätt kan antas gälla [—]”. NJA 2005 s. 805 på s. 828–829.

fällande dom skulle utgöra, skulle finna att inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen.”³⁴

Först därefter konstaterade Högsta domstolen följande.

”Uttrycket missaktning i bestämmelsen om hets mot folkgrupp kan inte anses ha en så entydig innebörd att en verklig lagkonflikt här uppkommer mellan Europakonventionen och BrB (jfr bet. 1993/94:KU24 s. 18 ff.). Av det förut anförda följer visserligen att det enligt förarbetena är avsett att yttranden av sådant slag som dem som riksåklagaren har åberopat i den justerade gärningsbeskrivningen skall anses ge uttryck för missaktning i bestämmelsens mening. Ett av skälen för att inkorporera Europakonventionen i svensk rätt har emellertid varit att skapa ett uttryckligt underlag att direkt tillämpa konventionen vid svensk domstol (se prop. 1993/94:117 s. 33). HD har också i flera avgöranden slagit fast att sådana uttalanden om en lagregels innebörd som har gjorts i lagförarbeten eller rättspraxis måste kunna frångås när detta krävs enligt den konventionstolkning som kommer till uttryck i Europadomstolens avgöranden (se senast NJA 2005 s. 462; jfr tidigare bl.a. rättsfallen NJA 1988 s. 572, 1991 s. 188, 1992 s. 532 och 2003 s. 414). *Det anförda leder till att ansvarsbestämmelsen om hets mot folkgrupp i detta fall bör tolkas mera restriktivt än vad dess förarbeten ger vid handen för att en konventionsenlig tillämpning skall uppnås.* Som nyss anförts får det antas att en sådan konventionsenlig tillämpning inte ger utrymme för en fällande dom mot Å.G. under de i målet aktuella omständigheterna.”³⁵

I denna del kommer man åter till resonemangssättet i NJA 2005 s. 33. Liksom i det fallet är det inte fråga om en verklig lagkonflikt, och lagen skall tolkas enligt EKMR och dess praxis snarare än enligt förarbetena. I detta kan jag helt instämma, men varför kommer detta resonemang sist i domen och inte först?³⁶ Varför gjorde inte Högsta domstolen vad NJA 2005 s. 33 antydde, nämligen omedelbart en helhetstolkning av 16 kap. 8 § brottsbalken i ljuset av EKMR och regeringsformen?

16 kap. 8 § brottsbalken var en given utgångspunkt, för det var den bestämmelsen som åtalet byggde på. Vid bedömningen av hur bestämmelsen, och särskilt ordet missaktning, skall tolkas, fanns flera rättskällor att beakta. Av EKMR inklusive tillhörande praxis,³⁷ regeringsformen (och grundlagarna i övrigt) och svenska lagförarbeten, väger den sistnämnda rättskällan lättast. Betydelsen av lagförarbeten måste nog omvärderas, och de bör i ett sammanhang som detta ha betydelse inte på grund av sin auktoritet men i den mån de innehåller en övertygande argumentation om lagstiftarens grundlags- och konventionstolkning som gör intryck på domstolen i kraft av sin genomtänkthet.³⁸ Denna argumentation kan övertyga domaren om att lagstif-

³⁴ NJA 2005 s. 805 på s. 830.

³⁵ NJA 2005 s. 805 på s. 830–831. Kursiveringen tillagd här.

³⁶ Jfr Österdahl 2007 s. 884–886.

³⁷ Högsta domstolen hänvisade till bet. 1993/94:KU24 s. 19.

³⁸ Jfr Abrahamsson 2007 s. 781–787.

taren hållit sig inom sin tolkningsmarginal,³⁹ även om detta måste bedömas med hänsyn även till senare tillkommen praxis och rättsutvecklingen på angränsande områden. Förvånande är därför också att Högsta domstolen bedömde konventionen separat och praxis sedan, eftersom praxis utgör tolkning av konventionen.

Det ligger nära till hands att anta att Högsta domstolen försökte skriva en pedagogisk dom där de olika delarna av rättsordningen bedöms var för sig. För detta talar också att domstolen tydliggjorde den osäkerhet som fanns om innebörden av Europadomstolens praxis. En mindre välvillig tolkning skulle kunna vara att Högsta domstolen — medvetet eller omedvetet — markerade avstånd i förhållande till grundlagens och EKMR:s fri- och rättigheter. I slutet av domen klargjordes ändå att svensk lag skall tolkas konventionskonformt. Här ligger således en verklig koppling till innebörden av NJA 2005 s. 33 och till fri- och rättigheternas företrädare.

Den helhetssyn på rätten som jag har funnit i NJA 2005 s. 33 finns också ännu tydligare representerad även i detta sammanhang. I uppföljaren på Åke Green-fallet, NJA 2006 s. 467,⁴⁰ har justitierådet Victor i sitt tillägg⁴¹ resonerat på ett sätt där helhetssynen och behovet av tolkning klart framträder. Och i nästa uppföljare, NJA 2007 s. 805 I–II,⁴² synes förhållningssättet från NJA 2005 s. 33 helt ha slagit igenom. När Högsta domstolen kommit till frågan om hur 16 kap. 8 § brottsbalken skall tolkas uttalade rätten:

”I rättsfallen NJA 2005 s. 805 och 2006 s. 467 har HD lämnat en redogörelse för innehållet i och bakgrunden till straffbestämmelsen om hets mot folkgrupp i BrB samt vad som uttalats i förarbetena i samband med dess tillkomst och senare ändringar i bestämmelsen. *Där framhölls att vid tolkningen av brottsbalksbestämmelsen hänsyn måste tas till grundläggande fri- och rättigheter.* I detta fall gäller det framför allt yttrandefrihetsintresset såsom detta kommit till uttryck i 2 kap. 13 § RF och artikel 10 i Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som sedan den 1 januari 1995 gäller som lag här i Sverige.”⁴³

Den av mig kursiverade meningen *Där framhölls att vid tolkningen av brottsbalksbestämmelsen hänsyn måste tas till grundläggande fri- och rättigheter* passerar helt förbi den äldre domens steg-för-steg-resonemang, dess lagprövning och dess tveksamhet inför den konventionskonforma tolkningen. I stället går rätten direkt på den konventionskonforma tolkningen.

³⁹ Detta får här — trots skillnaderna mellan uppenbarhetsrekvisitet och *margin of appreciation* — sammanfatta dessa två begrepp.

⁴⁰ Avgjort av justitieråden Regner, Nyström och Calissendorff (referent); Victor och Håstad skiljaktiga med var sitt särskilt yttrande.

⁴¹ NJA 2006 s. 467 på s. 482–490.

⁴² Avgjort av justitieråden Victor, Håstad och Skarhed; Nyström och Virdesten skiljaktiga.

⁴³ NJA 2007 s. 805 på s. 819. Kursiveringen tillagd här.

Helhetssyn och tolkning

Genom de båda serierna av rättsfall har Högsta domstolen klargjort att helt eller delvis motstridiga rättsregler i första hand skall tolkas i förhållande till varandra. Båda fallen klargör också att fri- och rättigheterna — här rätten till rörelsefrihet och yttrande- och religionsfrihet — skall ha företräde framför straff och sanktioner.

Relaterar man detta till uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § regeringsformen kan man göra två intressanta iakttagelser: För det första: Fallen bekräftar att prövningen av svensk rätts förhållande till EG-rätten och EKMR-rätten går helt vid sidan av den lagprövning som stadgas där,⁴⁴ och nu har samma möjlighet öppnats även när det gäller helt interna rättsregler. För det andra: Det förhållandet att de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna skall tillerkännas företräde *av domstolarna* — ”tillämpas på ett för den enskilde generöst sätt”⁴⁵ — innebär en presumtion *för* fri- och rättigheternas genomslag att jämföra med uppenbarhetsrekvisitets presumtion *mot* fri- och rättigheternas genomslag.

Det förbryllar mig som sagt att Högsta domstolen i NJA 2005 s. 33 direkt tolkade lagen konformt med högre rätt men i NJA 2005 s. 805 väntade in i det sista med att göra detta. Mitt bästa förslag till lösning på den gåtan är att det finns två parallellt verkande poler i rättens djupstrukturer.⁴⁶ En fortfarande ibland förekommande uttrycklig eller underförstådd förutsättning är att svensk rätt är något väsensskilt från EG-rätt eller EKMR-rätt och kan behandlas separat. Som exempel kan anges en fråga om ”HD [i NJA 2005 s. 805] i tillräcklig utsträckning hävdade inhemsk rätt”⁴⁷ och ett uttalande om att domstolen skall vara ”solidarisk med lagstiftaren”⁴⁸ om med ’lagstiftaren’ underförstått enbart avses Riksdagen. Mot detta står ett annat synsätt som ser rättsordningen som innehållande rättsliga rum som griper in i varandra,⁴⁹ där utgångspunkten inte är den nationella normhierarkin utan interaktionen mellan olika relevanta rättsregler med olika ursprung, styrka och tyngd.⁵⁰ Principer från EG-rätten och EKMR-rätten söker sig på ett naturligt sätt in vid bedömningen av rättsfrågor som i första hand bedöms enligt intern rätt. Min bedömning är att båda de serier av rättsfall som jag nu har analyserat pekar på en förskjutning från ett hierarkiskt steg-för-steg-tänkande till ett synsätt där domaren ser alla re-

⁴⁴ Jfr NJA 2007 s. 805 I–II som visar att det är överflödigt att ens bedöma grundlagens betydelse när EKMR fäller utslaget.

⁴⁵ NJA 2005 s. 33 på s. 42. Jfr dock Joakim Nergelius, ”Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag” i *SvJT* 1996 s. 847.

⁴⁶ Se härtill not 23.

⁴⁷ Heckscher 2007 s. 803.

⁴⁸ Lambertz 2007 s. 817.

⁴⁹ Se härtill not 21–22.

⁵⁰ Det finns exempel på denna typ av interaktion mellan rättsregler även i en nationell hierarkisk rättsordning, se justitiarius Lassons votum 1.11.1866 i *UfL* VI 1867 s. 172.

levanta regler och principer i ett sammanhang och tolkar dem på ett sätt som får dem att passa in i helheten.

En mer eller mindre underförstådd tanke är ofta att lagprövning är mera långtgående än grundlagskonform tolkning.⁵¹ Just i lagprövningen demonstrerar domaren sin makt och tillgodoser fri- och rättigheter gentemot alltför långtgående lagstiftning. Att lagprövningen är en undantagssituation är redan allmänt uppmärksammat.⁵² Lagtolkningen — om än inte av grundlagen⁵³ — är å andra sidan en normal del av den dömande verksamheten. Jag menar emellertid att det är i skärningspunkten, i gränslandet,⁵⁴ mellan dessa rättsinstitut — lagprövning och lagtolkning — som de riktigt intressanta resonemangen kan föras.⁵⁵ Högsta domstolens syfte i NJA 2005 s. 33 må ha varit att ”tona ned lagprövningens reella betydelse”,⁵⁶ vilket Joakim Nergelius anför, om man lägger tonvikten på *lagprövningen*. Om man istället lägger tonvikten på *reell betydelse*, har Högsta domstolen knappast tonat ned den dömande maktens uppgift. I vart fall är effekten av domen att fri- och rättighetskyddet och andra tyngre vägande rättsregler får en naturlig plats i dömandet och inte hänvisas enbart till de få, känsliga, lagprövningsfallen. Att domaren ofta tolkningsvis väger in grundlagen och EKMR i bedömningarna är enligt min mening mera värdefullt än att hon eller han i ett fåtal fall prövar förekomsten av renodlad, uppenbar grundlagsstridighet.

Frågan om lagprövningens definition i grundlagen har hittills inte behandlats så djupgående att det tolkande dömandet helt har beaktats. På grundval av hur jag uppfattar NJA 2005 s. 33 och 805 och deras efterföljare hävdar jag att 11 kap. 14 § regeringsformen i *praktiken* nu blir så gott som ointressant, även om dess *symbolvärde* är betydande ett tag till. Rättsutvecklingen har, som jag skrev inledningsvis, sprängt de teoretiska ramar inom vilka mycket av den svenska debatten fortfarande förs. Med detta avser jag att den äldre nationella, hierarkiska rättsordningen med en högsta lagstiftare har ersatts med en polycent-

⁵¹ Se t.ex. Nergelius 2004/05 s. 860, Bull 2008 s. 81–82 not 14.

⁵² I Norden tidigast F. Stang, *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestedte Ret*, Christiania 1833 s. 547–549.

⁵³ Se t.ex. Lambert 2007 s. 816–817.

⁵⁴ Boaventura de Sousa Santos, ”Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South” i *Law and Society Review*, 1995, s. 574–576.

⁵⁵ För att tydliggöra att det inte finns en skarp gräns mellan lagprövning och grundlagskonform tolkning kan jag som exempel hänvisa till ett norskt avgörande, Høyesteretts dom 27.4.1841 i *Rt.* 1841 s. 274–315 (jfr Eivind Smith, *Høyesterett og Folkestyret. Prøvingsretten overfor lover*, Oslo 1993, s. 124–127). Høyesterett kunde antingen tolka den i målet aktuella skattelagen enligt ordalydelsen, finna att den stred mot grundlagen tolkad enligt sin ordalydelse och åsidosätta den, eller tolka skattelagen i ljuset av grundlagen, finna att den med denna tolkning var i överensstämmelse med grundlagen och tillämpa den (vilket i detta fall betydde att skatt inte togs ut). Resultatet blir identiskt. Denna typ av resonemang kan föras i de flesta fall där lagprövning och grundlagskonform tolkning aktualiseras. Jfr Nergelius 2008 s. 337–338 och 1996 s. 835–870, ssk. s. 841–846.

⁵⁶ Nergelius 2004/05 s. 860.

risk rättsordning med ett flertal högsta rättsbildare. Det är svårt att beskriva den nu aktuella rättsordningen med hjälp av hierarkier, och till exempel kan EG-rättens förhållande till svensk rätt beskrivas som att den svenske lagstiftaren och EU:s lagstiftningsorgan har olika områden där de är behöriga att lagstifta.⁵⁷ Det finns alltså även gränsland mellan olika lagstiftares behörighet där konflikter om vem som är rätt lagstiftare kan uppstå. Trots EG-rättens överhöghet har nationella högsta domstolar inte utan vidare lämnat ifrån sig den slutliga makten över i vilken omfattning staterna lämnat över kompetens till EU-organen.⁵⁸ Det är därför reglernas ursprung och materiella innehåll som blir viktigt snarare än formella regelnivåer.

I detta sammanhang är skillnaden mellan å ena sidan åsidosättande av lag och å andra sidan grundlagskonform, EG-rättskonform och EKMR-praxis-konform tolkning svår, för att inte säga meningslös, att upprätthålla. Det är lika svårt att se några goda skäl för att just regeringsformens fri- och rättighetsskydd enligt 11 kap. 14 § samma lag skall vara begränsat genom att en ren rättstillämpningsfråga hanteras med hjälp av ett beviskrav.⁵⁹ Just närvaron av de olika rättsliga rummen som griper in i varandra gör NJA 2005 s. 33 till det avgörande som har introducerat ett nytt sätt att tänka, vilket gör dömandet meningsfullt i den polycentriska rättsordning vi lever i. Den dömande makten har genom NJA 2005 s. 33 ett verktyg att använda vid lösningen av alla tänkbara problem där nationella eller övernationella regler från samma del eller olika delar av rättsordningen helt eller delvis står mot varandra. Den dömande makten skall väga de olika reglerna så att de stämmer överens med varandra, och till och med att tolka en regel så att den inte skall tillämpas är en möjlig lösning.⁶⁰ Detta innebär att 11 kap. 14 § regeringsformen och dess uppenbarhetsrekvisit i de allra flesta fall aldrig aktualiseras utan ersätts av lagtolkning.

Fördelen med detta är att den bästa rättsliga lösningen kan hittas i varje enskilt fall, men det kan finnas två nackdelar. Den första kan

⁵⁷ Melin 2007 s. 899.

⁵⁸ *UfR* 1998.800.H, *BVerfGE* 73 339, jfr 37 271 och 89 155.

⁵⁹ J. Nullemann, som inte var anhängare av lagprövningsrätten, ansåg att man inte kunde skilja mellan om lagen *uppenbart* stred mot grundlagen eller inte: "det er en aldeles ujuridisk Betragtning. Der gives ikke Grader i dette Forhold. Enten strider Loven med Grl., eller den gjør det ikke; og om den gjør det eller ikke, maa altid afgjøres ved en almindelig retsvidenskabelig Fortolkning." J. Nullemann, *Civilprocessens almindelige Deel*, København 1868, s. 107. En teoretiskt sett annan sak är så kallad *bifurcated judicial review*, varvid lagstiftaren exempelvis i norsk praxis givits ett omfattande tolkningsutrymme när det gäller de regler som avser deras verksamhet, ett mindre tolkningsutrymme beträffande ekonomiska rättigheter och minst tolkningsutrymme i fall som rör yttrandefrihet och andra grundläggande friheter. Se härtill *Rt.* 1976 s. 1, senast Høyesteretts dom den 21 september 2007, HR-2007-01593-P, och Ragnhildur Helgadóttir, *The Influences of American Judicial Review in Nordic Constitutional Law*, Leiden/Boston 2006, s. 154–155, 185–204.

⁶⁰ Jag hänvisar åter till Marleasing, C-106/89.

vara att verkligt grundlagsstridiga lagar inte tydligt åsidosätts.⁶¹ I de sällsynta fall där detta behövs kan 11 kap. 14 § regeringsformen fortfarande användas. Den andra nackdelen kan vara oförutsebarhet beträffande rättens innebörd i liknande fall och oklarhet om vilka vägar tolkningen kan ta. Denna nackdel motverkas genom att det nu står klart att det är svenska domstolars uppgift att säkerställa att rättighets-skyddet tillämpas på ett för den enskilde generöst sätt.⁶² Här har svenska domstolar en oerhörd uppgift, och de svenska domarna har härigenom tagit steget in i den gemensamma europeiska domarkåren.

⁶¹ Nergelius 1996 ssk. s. 838–841 och 868–870 och Hans-Jürgen Papier, "Problems of Enforcing Constitutional Court Decisions" in *International Almanac. Constitutional justice in the new millennium*, 2003, <http://www.concourt.am/armenian/almanakh/almanac2003/papers/3.doc>.

⁶² NJA 2005 s. 33 på s. 42. Jfr härtill också generaladvokaten Poiares Maduros yttrande av den 16 januari 2008 i mål C-402-05 P, *Kadi v. Council and Commission*, premiss 37, 45.