

# Svensk Juristtidning och statsrätten

Av justitierådet ANDERS EKA

*Artikeln inleds med en översiktlig tillbakablick på det statsrättsliga inslaget under tidningens hundraåriga historia. Därefter behandlas några aktuella frågeställningar på grundlagsområdet. Det gäller närmare bestämt regeringsformens betydelse, grundlagsregleringen av kommunerna och reformarbetet på det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga området. Frågan om regeringsformens ökade betydelse diskuteras i ljuset av rättsfall från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen. När det gäller grundlagsregleringen av kommunerna berörs särskilt utformningen och betydelsen av regeln om proportionalitetsbedömning av lagstiftning som inskränker den kommunala självstyrelsen. Slutligen behandlas det omfattande utredningsarbete som under senare år pågått på det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga området och de förändringar som kan bli aktuella på kort och lång sikt.<sup>1</sup>*

## 1 Inledning

När nu Svensk Juristtidning firar sitt hundraårsjubileum finns det anledning att se tillbaka på åren som gått. I centrum för denna artikel står statsrätten och det är därför naturligt att behandla hur och på vilket sätt detta rättsområde har satt spår i tidningen. Artikeln inleds därför med en tillbakablick på det statsrättsliga inslaget i tidningen.

Ett jubileum av detta slag bör dock inte enbart vara tillbakablickande. Det är också ett tillfälle att se framåt och reflektera över aktuella och kommande frågeställningar. I den resterande delen av artikeln kommer jag därför att beröra några, som jag har bedömt det, aktuella frågeställningar inom regeringsformens, tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden. Någon heltäckande bild kan det inte bli tal om utan det är närmast fråga om några spridda nedslag.

I anslutning till några rättsfall från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen diskuteras först frågan om regeringsformens betydelse kan sägas ha ökat under senare tid. Därefter behandlas grundlagsregleringen av kommunerna, särskilt i ljuset av att kommunerna numera regleras i ett särskilt kapitel i regeringsformen. Den avslutande delen ägnas åt vissa tryck- och yttrandefrihetsrättsliga frågor, bl.a. det utredningsarbete som pågått och alltjämt pågår på detta område.

I de anslutande artiklarna i detta avsnitt av boken kommer andra författare att vidareutveckla några av de frågor som jag tar upp och sam-

<sup>1</sup> Tack till Daniel Gustavsson för värdefulla synpunkter på artikeln.

tidigt komplettera bilden genom att belysa ytterligare frågor inom det statsrättsliga området.

## 2 Statsrättsliga artiklar de första hundra åren

För de flesta rättsområden gäller att de inte är skarpa i konturerna. Så är det kanske i särskild hög grad med statsrätten. Detta rättsområde gränsar dels mot statsvetenskapen, dels mot ett antal andra rättsområden såsom förvaltningsrätten och den internationella rätten. Statsrätten blir på detta sätt ett särskilt intressant och dynamiskt rättsområde, något som illustreras av den bredd av artiklar på detta område som förekommit i Svensk Juristtidning under tidskriftens hundraåriga historia. Även detta avsnitt i jubileumsboken är tänkt att visa denna bredd.

Den tidskrift som är föremål för hyllningen i denna jubileumsbok utkom alltså för första gången 1916. Premiärårgången innehöll endast en artikel som kan hänföras till det statsrättsliga området. Det rörde sig om en kortare artikel under avsnittet Från det praktiska rättslivet, som refererade ett beslut från JO angående kommunala handlingars offentlighet. Det dröjde därefter fram till 1921 innan statsrätten återkom i tidningen. Det året publicerades två artiklar; en om det proportionella valsättet och en om kungens benådningsrätt. Generellt sett rör det sig om relativt få artiklar på det statsrättsliga området under tidningens första period.

Detta hindrar dock inte att man, vid botaniserandet i de tidiga årgångarna, så småningom hittar en hel del intressanta artiklar. Som exempel på detta kan nämnas Högsta domstolen och laggranskningen i SvJT 1927 s. 141, publicerad under avdelningen Aktuella spörsmål. Artikelns behandlar ett framlagt förslag om att avskaffa det 1909 inrättade Lagrådet för att åter lägga laggranskningen i Högsta domstolen. Ett av skälen till förslaget angavs vara att möjliggöra för lagrådsledamöterna "att låta dessa syssla med dispens- och nådemål under de tider, då tilläventyrs inga lagförslag förelåge till behandling".

En påminnelse om att vissa frågor, även på det juridiska området, kan sägas vara eviga återfinns i 1922 års årgång. Som närmare kommer att beröras i det följande har relativt betydande kritik under senare tid riktats mot vad som många ansett vara en klåfingrighet när det gäller att i tid och otid genomföra grundlagsändringar. Ändringarna riskerar enligt kritikerna att underminera grundlagens stadga och dess karaktär av fundament för samhällets uppbyggnad. Många gånger har den norska grundlagen — och förstas den amerikanska konstitutionen — framhållits som föredömen i den diskussionen. Att inte denna kritik är ny får man veta om man läser Otto Varenius anmälan i SvJT 1922 s. 309 av Robert Malmgrens 1921 utgivna grundlagsedition. Varenius konstaterar i artikeln att en 1915 utgiven grundlagsedition blivit föråldrad "genom det i senare tid rastlöst fullföljda nydaningsarbetet inom

den konstitutionella rättens område”. Malmgrens kommentar var därför enligt artikelförfattaren mycket välkommen. Han fortsätter: ”Och denna i sakens egen natur liggande känsla ökas efter tagen kännedom om det sätt, varpå förf. löst sin uppgift. Man behöver icke bläddra långt i denna grundlagskommentar för att finna, att det är en i akademisk undervisning väl förfaren man, som här fört pennan och lagt fram ett rikt kunskapsmaterial.”

Naturligtvis är sammansättningen av artiklar på statsrättens område, i likhet med på andra rättsområden, i mångt och mycket en spegling av planerade och genomförda reformer och av utvecklingen i samhället i stort. Under 1920-talet förekommer flera artiklar om den medborgarrättslag som då infördes. Och under 1930- och 1940-talen publiceras ett stort antal artiklar med anledning av det reformarbete som då pågick på tryckfrihetsrättens område.

När det gäller tryckfrihetsförordningen skulle det som bekant dröja ända fram till 1949 innan 1812 års tryckfrihetsförordning ersattes med en ny grundlag. Av särskilt intresse i sammanhanget är dock de förändringar av rättegången i tryckfrihetsmål som skedde redan 1937. Om detta kan man läsa i en artikel av Natanael Gärde i SvJT 1937 s. 326. Genom dessa förändringar bröts rättegångsreglerna ut från tryckfrihetsförordningen och en särskild lag infördes. Det mest intressanta med detta var att de processuella grundbultar — koncentration, muntlighet och omedelbarhet — som sedan kom att sjösättas generellt i och med rättegångsbalkens ikraftträdande 1949 fanns med som huvudprinciper i denna reglering redan 1937. Den stora processrättsliga reformen kan således sägas ha smygstartat genom 1937 års lag om rättegången i tryckfrihetsmål.

Jag kan inte låta bli att nämna något om en annan i svensk juridisk miljö återkommande frågeställning som uppmärksammas i en artikel från denna tidsperiod. Henning Nitelius redogör för rättsfall från Högsta domstolen och Regeringsrätten och framhåller i SvJT 1947 s. 296 det bekymmersamma läge som uppkommit genom att dessa båda domstolar kommit till olika slutsatser när det gällde skattskyldigheten enligt en förordning om s.k. varuskatt. Närmare bestämt rörde det sig om julgranskarameller och frågan var om dessa var av sådant slag att varuskatt skulle utgå. Regeringsrätten fann att skattskyldighet förelåg för de aktuella julgranskaramellerna. Högsta domstolen gjorde en annan bedömning och uttalade: ”Med hänsyn särskilt till användningen av de med åtalet avsedda — av ett pappersomhölje med en däri inlagd karamell bestående — s.k. julgranskaramellerna och till att priset å den inlagda karamellen är obetydligt i förhållande till priset å hela julgranskaramellen finner K. M:t julgranskaramellerna böra betraktas väsentligen som prydnadsföremål och icke vara hänförliga till de varuslag för vilka enligt 1941 års förordning varuskatt skall utgå.” Risken för olika bedömningar i de

båda högsta instanserna av en och samma rättsfråga finns förstås även i dag.<sup>2</sup> Även risken för s.k. negativa kompetenskonflikter bör nämnas i sammanhanget.<sup>3</sup> Och av och till vaknar diskussionen om en gemensam högsta domstol till liv. Men det finns knappast anledning att tro att en sammanslagning kommer att bli aktuell under den närmaste tiden, även om det som jag ser det finns goda skäl att närmare överväga en sådan förändring.

Om vi tar oss fram ytterligare i tiden når vi det första skedet av det omfattande grundlagsarbete som kom att pågå under flera decennier. I SvJT 1954 s. 683 konstaterar Sten Rudholm: ”De genomgripande förändringar i det svenska styrelseskicket som skett under detta århundrade har i betydande utsträckning ägt rum vid sidan av den skrivna författningen. Den sedvanerätt som utvecklats sig utgör inte bara ett komplement till den skrivna författningen utan den har också medfört att åtskilliga formellt orubbade bestämmelser i denna förlorat sitt reella innehåll.” Rudholm redogör i artikeln för tillsättandet av Författningsutredningen och för de huvudsakliga frågor som utredningen hade att behandla.

Efter andra världskrigets slut börjar fri- och rättighetsfrågorna göra entré på ett tydligare sätt. I 1948 års årgång återfinns två anmälningar av verket Medborgarrätt av Erik Fahlbeck, Stig Jägerskiöld och Halvar G. F. Sundberg. Boken hade utkommit 1947. Enligt förordet var författarnas avsikt att åstadkomma en modern lärobok inom medborgarrätten, något som fram till dess saknats. Boken behandlar bl.a. frågan om domstolarnas lagprövningsrätt. Där sägs att ”spörsmålet om domstolarnas kontroll av den styrande och den lagstiftande makten genom prövning av lagars och författningars grundlagsenlighet har länge behandlats i den statsrättsliga litteraturen, men någon fullt samstämmig mening har icke utbildats, även om utvecklingen i stort sett gått i riktning mot ett vidgat erkännande av lagprövningsrätten”.<sup>4</sup> Till bilden hör att den s.k. tingstenska utredningen — som bl.a. hade haft till uppdrag att överväga om fri- och rättighetsskyddet skulle byggas ut genom en ändring av § 16 i 1809 års RF — några år tidigare hade presenterat sina förslag och i det sammanhanget uttalat att det inte i vårt land är klarlagt genom bestämmelser eller praxis huruvida någon lagprövningsrätt tillkommer domstolarna. Utredningen ansåg sig inte heller varken ”böra uttala” någon uppfattning i denna fråga eller ”böra föreslå” införandet av en klargörande bestämmelse på denna punkt.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Här kan nämnas bl.a. frågan om den svenska rättsordningens förenlighet med Europakonventionens dubbelstraffningsförbud, som i olika avseenden har prövats av både Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen. Detta har dock kunnat ske utan att några motstridiga bedömningar av de centrala rättsfrågorna skett.

<sup>3</sup> Se om denna fråga bl.a. Johan Hirschfeldt, Efter Stallknechtmålet — två färiska fall från Högsta domstolen, i Regeringsrätten 100 år, 2009.

<sup>4</sup> Erik Fahlbeck m.fl., Medborgarrätt, 1947, s. 32.

<sup>5</sup> SOU 1941:20 s. 16.

Just frågan om det fanns en lagprövningsrätt för domstolarna blev föremål för ett vid denna tid mycket uppmärksammat meningsutbyte mellan Gustaf Petrén och Östen Undén i 1956 års årgång. Enligt den förre gav en genomgång av praxis en entydig bild och rättsfallen kunde knappast inte förstås på annat sätt än att domstolarna hade en lagprövningsrätt.<sup>6</sup> Undén var bestämt av en annan uppfattning och angav bl.a. att det förhållandet att ”enstaka teoretiker under årens lopp fällt uttalanden till förmån för en domstolarnas kontrollrätt över statsmakternas lagstiftning har dock mindre intresse. En så betydelsefull konstitutionell princip vacklar inte på grund av några juridiska författarens angrepp.”<sup>7</sup> Debatten mellan Undén och Petrén och andra frågor om domarnas roll som konstitutionella aktörer behandlas i Martin Sunnqvist artikel som återfinns längre fram i detta avsnitt.

Även på andra sätt återspeglas det omfattande arbete som ledde fram till 1974 års regeringsform tydligt och i relativt stor omfattning från 1950-talet och fram in på 1970-talet i tidningens årgångar under denna period.<sup>8</sup>

JO-ämbetet reformerades 1968. Då ändrades ordningen med en justitieombudsman (JO) och en militieombudsman (MO). I stället infördes en myndighet med tre ombudsmän som alla fick titeln justitieombudsman. Vid denna tid publicerades ett antal artiklar om det svenska ombudsmannasystemet, bl.a. den före detta justitieombudsmannen Hugo Henkows artikel Det reformerade JO-ämbetet i SvJT 1970 s. 461. Det förhållandet att offentliga förvaltningsuppgifter i dag i stor utsträckning utförs av enskilda väcker nya frågor om JO:s tillsyn. Denna frågeställning behandlas längre fram i detta avsnitt av Lotta Lerwall i artikeln JO:s tillsyn över privata utförare av offentlig förvaltningsuppgift — särskilt fristående skolor.

Domstolsverket inrättades 1975 och man kan i början av 1970-talet se flera artiklar med koppling till frågor om styrningen av domstolarna och domstolarnas ställning.<sup>9</sup> Diskussionen om dessa frågor har fått förnyad aktualitet under senare år, något som också avspelats i Svensk Juristtidning.<sup>10</sup>

Ett annat tecken i tiden är att artiklar om datalagstiftningen börjar förekomma, bl.a. kan nämnas en artikel av Stig Strömholm i SvJT 1973 s. 513 med titeln Datalagen och datamaterialet i tryckfrihetsrätten. Datalagstiftningen var vid denna tid ett nytt och relativt begränsat juridiskt område, i dag är det minst sagt ett synnerligen omfattande och kompli-

<sup>6</sup> SvJT 1956 s. 500.

<sup>7</sup> SvJT 1956 s. 261.

<sup>8</sup> Se exempelvis Nils Herlitz i SvJT 1959 s. 305, 1963 s. 385 och 1970 s. 1, Fredrik Sterzel i SvJT 1973 s. 597 samt Gustaf Petrén i SvJT 1966 s. 458.

<sup>9</sup> Se exempelvis Gustaf Petrén i SvJT 1975 s. 1 och 651.

<sup>10</sup> Se exempelvis Dag Mattsson i SvJT 2014 s. 587, Lotta Lerwall i SvJT 2014 s. 597 samt vidare ett antal artiklar i Svea hovrätt 400 år, 2014.

cerat rättsområde. Om några aktuella frågeställningar på detta område kan man läsa i Kristina Svahn Starrsjös artikel Personuppgiftslagen och yttrandefriheten, som återfinns längre fram i detta avsnitt av boken.

Som tidigare berörts har frågor i omvärlden och framför allt politiska stridsfrågor satt tydliga spår i tidningens årgångar. Den som trots att tidningen på det statsrättsliga området främst ägnat sig åt mer juridiskt tekniska frågeställningar såsom delegationsreglerna i 8 kap. regeringsformen misstar sig således. Löntagarfondsfrågan, som genererade ett antal artiklar under 1970-talet, är ett tydligt tecken på det.<sup>11</sup>

Det råder i dag enighet om att svensk rätt genomgått en betydande s.k. europeisering. Tidiga tecken på detta återfinns förstas också i Svensk Juristtidning. Här kan nämnas artikeln Europakonventionens krav på domstolsprövning av Erik Fribergh i SvJT 1986 s. 325. Fribergh diskuterar där bl.a. vilka förändringar som kan behöva göras inom ramen för det svenska rättssystemet. Från följande års årgång kan nämnas Hans Danelius artikel med titeln De mänskliga rättigheterna — räcker 2 kap. RF eller behövs mer?<sup>12</sup>

Och några år senare framträder också de EG-rättsliga aspekterna tydligare. I 1992 års årgång återfinns exempelvis Ola Wiklunds artikel med rubriken Om svenska domstolars självständighet i ett EG-rättsligt perspektiv.<sup>13</sup> Tre år senare skriver Iain Cameron en artikel med rubriken Inför inkorporeringen av Europakonventionen om mänskliga rättigheter.<sup>14</sup>

Det förhållandet att det internationella, och framför allt det europeiska perspektivet, i dag utgör en central del av den svenska rätten illustreras bl.a. av två artiklar längre fram i detta avsnitt; Iain Camerons och Johan Hirschfeldts artikel Om Venedigkommissionen — uppdrag, arbetsätt och resultat samt Karin Åhmans artikel 2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter — en jämförelse. Och i Lena Marcussons artikel Förvaltningsrätt som konkretiserad författningsrätt diskuteras bl.a. vilken betydelse det europeiska inflytandet kan ha haft för en utveckling i riktning mot ett slags konstitutionalisering av förvaltningsrätten.

Från tiden strax före millennieskiftet kan också nämnas en annan s.k. tidsmarkör, nämligen Erik Ullenhags artikel Kärnkraftsavvecklingen och Europakonventionen, publicerad 1998.<sup>15</sup>

Den första hälften av 2000-talet innebar en viss nedgång när det gäller artiklar på det konstitutionella området. Några artiklar från början av

<sup>11</sup> Se exempelvis Stig Strömholm i SvJT 1976 s. 452 och 656, Fritz Kaijser i SvJT 1976 s. 650, Joachim Nelhans i SvJT 1976 s. 647 och Ulf Brunfelter i SvJT 1983 s. 295.

<sup>12</sup> SvJT 1987 s. 645.

<sup>13</sup> SvJT 1992 s. 188.

<sup>14</sup> SvJT 1995 s. 241.

<sup>15</sup> SvJT 1998 s. 315.

detta decennium skvallrar dock om ett begynnande intresse för de mer principiella konstitutionella frågeställningarna. Jag tänker då bl.a. på Eyvind Smiths artikel från 2000 med rubriken Sverige som konstitutionell demokrati.<sup>16</sup> och Joakim Nergelius artikel Domstolar och demokrati — Är det dags för maktdelning? från samma år.<sup>17</sup> Den konstitutionellt intresserade delen av tidningens läsekrets fick dock ett slags revansch senare under 2000-talet. I 2007 års årgång ingick ett temahäfte benämnt Lagprövning och andra frågor om normkontroll. Och 2009 var drygt en tredjedel av artiklarna hänförliga till det konstitutionella området, däribland ett temahäfte om Lagrådet och ett om integritetsskyddsfrågor.

Det kan vidare finnas skäl att nämna Clarence Crafoords artikel från 2009, Regeringsformens fri- och rättighetskydd och skadestånd,<sup>18</sup> och Bertil Bengtssons artikel i 2011 års årgång med rubriken Skadestånd vid brott mot regeringsformen.<sup>19</sup> Dessa båda artiklar framstår i dag rätt i tiden som särskilt sedda i ljuset av rättsfallet NJA 2014 s. 323 angående statens ersättningsskyldighet för ideell skada vid avregistrering av svenskt medborgarskap, vilket berörs närmare i det följande.

Under de allra senaste åren har flera artiklar rört regleringen av tryck- och yttrandefriheten. Här kan nämnas flera artiklar av Göran Lambertz<sup>20</sup> samt en debatt mellan å ena sidan Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten och Magnus Schmauch å den andra.<sup>21</sup> Tryck- och yttrandefrihetsfrågor berörs mer ingående längre fram i denna artikel samt i Thomas Bulls bidrag Yttrandefrihet och konstitutionell kultur.

Med dessa nedslag och reflektioner kan det vara dags att lämna det tillbakablickande perspektivet och i stället se framåt. Som tidigare nämnts kommer den resterande delen av artikeln att ägnat åt några aktuella frågeställningar på grundlagsområdet. I de anslutande artiklarna i detta avsnitt kommer, som också berörts, flera författare att vidareutveckla några av de frågor som jag tar upp och samtidigt komplettera och bredda bilden genom att belysa andra frågor inom det statsrättsliga området.

### 3 Regeringsformens genomslag

#### 3.1 Bakgrund

Frågan om regeringsformens genomslag och betydelse i det svenska rättssystemet har diskuterats alltsedan grundlagens tillkomst.

Den regeringsform som trädde i kraft den 1 januari 1975 hade föregåtts av ett mångårigt utredningsarbete. År 1954 tillsattes Författnings-

<sup>16</sup> SvJT 2000 s. 11.

<sup>17</sup> SvJT 2000 s. 545.

<sup>18</sup> SvJT 2009 s. 1062.

<sup>19</sup> SvJT 2011 s. 605.

<sup>20</sup> Se bl.a. SvJT 2011 s. 57 och 2014 s. 440.

<sup>21</sup> SvJT 2014 s. 201 och 520 samt SvJT 2015 s. 8 och 199.

utredningen och arbetet med att reformera 1809 års regeringsform inleddes. Utredningen redovisade sina förslag i betänkandet Sveriges statsskick (SOU 1963:16–19), som lade grunden för vissa grundlagsändringar under åren 1964–65. Sedan det kunnat konstateras att enighet rådde om att en total författningsreform borde genomföras tillsattes Grundlagberedningen 1966. Beredningen presenterade delbetänkandet Partiell författningsreform (SOU 1967:26), som bl.a. ledde fram till enkammarriksdagens införande och ett nytt valsystem. År 1972 lämnade beredningen sedan sitt slutbetänkande Ny regeringsform — Ny riksdagsordning (SOU 1972:15) och grundlagen kunde träda i kraft den 1 januari 1975.

Reformarbetet fortsatte emellertid mer eller mindre omgående därefter eftersom fri- och rättighetsregleringen inte hade fått sin lösning. Arbetet med dessa frågor bedrevs under de kommande åren av 1973 års fri- och rättighetsutredning och därefter av Rättighetskyddsutredningen.<sup>22</sup> I och med detta reformsarbete fick regeringsformen vid ingången av 1980-talet också en relativt omfattande reglering på fri- och rättighetsområdet.

Det vidare utredningsarbetet kom därefter att bl.a. avse tronföljdsfrågan och införandet av den kvinnliga tronföljden, vissa ändringar i regeringsformens s.k. rättighetskatalog samt inkorporeringen av Europakonventionen. Vidare kan här nämnas de ändringar av 10 kap. regeringsformen som föranleddes av Sveriges anslutning till EU.

Under årens lopp har kritik i olika avseenden riktats mot den utformning som regeringsformen kom att få.<sup>23</sup> Enligt en uppfattning har grundlagsregleringen gjorts alltför detaljerad. En annan kritik, som delvis hänger samma med frågan om detaljeringsgraden, har gått ut på att regeringsformen har ändrats alltför många gånger sedan den infördes. En text som ändras ofta har med detta synsätt svårt att uppnå ställning som en nationell symbol.

Förklaringen till att den svenska regeringsformen ändrats oftare än många andra länders grundlagar har ansetts vara ambitionen att regeringsformen ska spegla styrelseskicket eller, som det angetts, vara deskriptiv. Det har framhållits att om grundlagen ska stärkas som politiskt instrument måste den förvandlas till en normativ konstitution. Regeringsformen måste fullt ut bli en överordnad och styrande norm. Fredrik Sterzel skriver i artikeln Ett kvartsekel efter ”det författningslösa halvseket”: Har Sverige nu fått en författning i anslutning till denna diskussion följande. ”Om man studerar grundlagens förarbeten finner man, att lagstiftarna såg funktionen som väsentligen deskriptiv och kodifierande och var i huvudsak främmande för vad vi idag lägger in i en normerande författning. Den attityden svarar knappast mot den som

<sup>22</sup> Se SOU 1975:75 och 1978:34.

<sup>23</sup> Se exempelvis Eivind Smith, Politikernas konstitution — eller folkets?, SvJT 2004 s. 676.

flertalet jurister intar idag, men jag undrar om den inte fortfarande är utmärkande för flertalet svenska politiker.”<sup>24</sup>

Mycket av kritiken mot att regeringsformen inte fått fullt genomslag i rättslivet har varit inriktad på lagprövningsbestämmelsen i 11 kap. 14 § regeringsformen och det tidigare s.k. uppenbarhetskravet. Detta krav togs som bekant bort den 1 januari 2011. I stället infördes ett andra stycke i de, numera två, lagprövningsparagraferna.

Kritiken har också varit av mer grundläggande slag. Den har gått ut på att regeringsformen inte tydligt ger uttryck för grundlagens principiella företrädesrätt och den splittrade bild som följer av att Sverige inte har en samlad konstitution utan fyra grundlagar. Det har också hävdats att regeringsformen mer kan ses som en ordningsstadga för politikerna än en konstitution för folket. Det har därvid framhållits att grundlagsändringar i Sverige i regel genomförs utan någon form av folklig inblandning i beslutsprocessen.

### 3.2 Efter 2011 års reform

Frågan om regeringsformens ställning var föremål för relativt omfattande diskussioner under Grundlagsutredningens arbete under 2004–2008. Några mer principiella slutsatser drogs dock inte i utredningens betänkande En reformerad grundlag (SOU 2008:125). Däremot behandlades frågan om regeringsformens struktur och språkliga utformning relativt ingående (se betänkandet s. 123 ff.). Och i det sammanhanget berördes också diskussionen om det stora antalet grundlagsändringar. Den reviderade regeringsform som trädde i kraft den 1 januari 2011 innebar också betydande förändringar när det gäller grundlagens struktur och språk.

2011 års reform innebar vidare materiella ändringar av regeringsformen på en rad punkter. Bland dessa kan nämnas avskaffandet av uppenbarhetskravet i 11 kap. 14 §, införandet av särskilda kapitel rörande regleringen av rättskipningen, förvaltningen och kommunerna. Vidare kan nämnas förändringar avseende utnämningen av ordinarie domare, ändring av bestämmelsen om skyddet för äganderätten och införandet av en bestämmelse om s.k. statsministeromröstning efter val.

Frågan är då om något i grunden har ändrats efter den 1 januari 2011 när det gäller regeringsformens ställning och betydelse. Har Sverige, vilket Olof Petersson efterlyste under ett seminarium i Grundlagsutredningens inledande skede, fått en konstitution värd namnet?<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Fredrik Sterzel i Eivind Smith (red.), *Grundlagens makt, Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*, 2002. Se även samme författare i *Författning i utveckling*, 2009.

<sup>25</sup> Konferens om grundlagen den 21 mars 2005, *Behöver demokratin nya spelregler?*, s. 37 f.

Det första man kan fråga sig är om avskaffandet av uppenbarhetskravet lett till ett ökat antal normprövningsfall. Under de drygt fyra år som gått sedan den nya utformningen av lagprövningsbestämmelserna har inte något större antal fall förekommit på normkontrollområdet. De fall som i första hand kan nämnas är Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden HFD 2013 ref. 37 och 2013 ref. 80 samt NJA 2015 s. 298. Högsta domstolen fann där att en ansvarsbestämmelse i skyddslagen i ett visst fall stod i strid med anskaffarfriheten i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Ansvarsbestämmelsen fick därför enligt 11 kap. 14 § inte tillämpas i det fallet. I vilken utsträckning förändringen av lagprövningsbestämmelsen lett till fler lagprövningsfall i underrätterna torde inte ha undersökts.<sup>26</sup>

När det gäller frågan om regeringsformens ställning och betydelse frågar sig Thomas Bull i en artikel från 2013, *Regeringsformens renässans*,<sup>27</sup> om vi nu, efter 2011 års reform, har en ”riktig” grundlag i Sverige. Med detta avses, enligt Bull, en grundlag som inte bara är ett symboliskt dokument eller en mer formaliserad ordningsstadga för hur politiska beslut fattas, utan ett rättsligt bindande dokument som tas på samma allvar som exempelvis rättegångsbalken och brottsbalken.

Slutsatsen i artikeln är att regeringsformen i dag nått ganska långt på vägen fram till en ”riktig” grundlag. Den riktar sig, enligt Bull, inte längre enbart eller ens främst till lagstiftaren, utan till medborgarna och myndigheterna. Genom reformen 2011 kom konstitutionella frågor i förgrunden på ett sätt som inte varit aktuellt sedan 1970-talet. Till detta kommer, enligt Bull, ett antal avgöranden från i första hand Högsta domstolen (däribland det s.k. Manga-målet, NJA 2012 s. 400, se nedan) som har bidragit till denna utveckling. Ett ytterligare skäl till utvecklingen på detta område kan enligt Bull vara att europarättens inflytande har varit en draghjälp för regeringsformen, bl.a. genom att ett mer konstitutionellt förhållningssätt — där rättsliga normer står i ett hierarkiskt förhållningssätt till varandra — har vunnit acceptans.<sup>28</sup>

Den konkreta betydelsen av avskaffandet av uppenbarhetskravet — i den meningen att antalet normprövningsfall ökar — har ännu inte kunnat skönjas. Och frågan är om någon dramatisk förändring på detta område ens kommer att visa sig längre fram. Det återstår att se. Samtidigt tror jag inte att betydelsen av den förändring som borttagandet av uppenbarhetskravet innebar ska underskattas. Dels innebar förändringen ett klaggörande av att principen om normhierarkin gäller fullt

<sup>26</sup> Avseende tiden före avskaffandet av uppenbarhetskravet har sådana undersökningar däremot gjorts. Se bl.a. Karin Åhman, *Normprövning — Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000–2010*, 2011.

<sup>27</sup> Thomas Bull, *Regeringsformens renässans i Allmänt och enskilt — offentlig rätt i förvandling*, Festskrift till Lena Marcusson, 2013.

<sup>28</sup> Även andra författare har berört betydelsen av 2011 års ändringar, se exempelvis Joakim Nergelius, *Stärkta — men inte starka*, 2011.

ut, låt vara att all normprövning måste utövas med respekt för riksdagens lagstiftande roll. Dels undanröjdes den motsättning som uppenbarhetskravet innebar och som särskilt kom till uttryck när det gällde den inhemska rättens förenlighet med Europakonventionen; å ena sidan gällde ett krav på uppenbar konflikt för att Europakonventionen skulle få genomslag, å andra sidan var vi folkrättsligt förpliktade att ge konventionen genomslag.

Den tydlighet som trots allt kom till uttryck i förarbetena till ändringen av 11 kap. 14 § regeringsformen saknar nog inte heller betydelse för hur domstolarna kan se på dessa frågor. Jag tänker här särskilt på uttalandena i förarbetena om att möjligheten till lagprövning framstår som särskilt angelägen när det gäller vissa centrala delar av fri- och rättighetsregleringen och att det där ansågs vara av särskild betydelse att grundlagens regler fullt ut får genomslag i rättstillämpningen. Även den nyss berörda frågan om relationen till Sveriges internationella åtaganden och svensk rätts förenlighet med Europakonventionen framfördes som ett exempel på ett område där lagprövningsmöjligheten ansågs vara av särskild vikt. (Se prop. 2009/10:80 s. 147.)

Såsom Bull är inne på i den nyss nämnda artikeln kan det s.k. mangamålet, NJA 2012 s. 400, tas till intäkt för ett ändrat synsätt när det gäller regeringsformens betydelse. Ett annat avgörande av stort intresse i detta sammanhang är NJA 2014 s. 323 angående ideellt skadestånd vid avregistrering av svenskt medborgarskap. Vi ska titta lite närmare på dessa båda mål. Även NJA 2014 s. 332 och 2015 s. 374 ska beröras.

### *3.3 Några avgöranden som berört 2 kap. regeringsformen*

*NJA 2012 s. 400* gällde ansvar för barnpornografibrott, närmare bestämt bestående i innehav av s.k. mangateckningar. Prövningen i Högsta domstolen kom särskilt att avse 38 teckningar.

Högsta domstolen konstaterade att det i svensk rätt visserligen inte gjorts någon skillnad mellan verklighetstroga teckningar och sådana som föreställer fantasifigurer. När det gäller verklighetstroga teckningar gör sig emellertid skyddsintresset gällande på ett tydligare sätt. Sådana får enligt Högsta domstolen utan tvivel anses omfattade av straffbestämmelsen. Domstolen konstaterade vidare att de aktuella teckningarna i och för sig kunde sägas utgöra avbildningar av barn. Men samtidigt rörde det sig om fantasifigurer och det var uppenbart att det inte var fråga om avbildningar av några verkliga barn. Det skyddsintresse som bar upp bestämmelsen om barnpornografi var därför uttunnat i fråga om dessa bilder. Slutsatsen blev mot denna bakgrund att avgränsningen av straffbestämmelsens tillämpningsområde kunde anses oklar i förhållande till de aktuella teckningarna. Tolkningen av straffbestämmelsen måste då enligt Högsta domstolen i ett fall som detta ske även med beak-

tande av grundläggande principer om yttrandefrihet och informationsfrihet.

Högsta domstolen gick därefter vidare och uttalade att en prövning av om det skulle innebära en otillåten begränsning i yttrandefriheten och informationsfriheten att fälla den tilltalade för innehav av de aktuella teckningarna i första hand bör göras enligt regeringsformen och då med utgångspunkt i bestämmelserna i 2 kap. 20, 21 och 23 §§. En sådan prövning ledde enligt domstolen till slutsatsen att en kriminalisering av innehav av de berörda teckningarna skulle gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som hade föranlett straffbestämmelsen. Vid en tolkning i överensstämmelse med regeringsformen kunde straffbestämmelsen därmed inte anses omfatta innehav av dessa teckningar.

Det ligger närmast till hands att uppfatta Högsta domstolens resonemang på så sätt att domstolen använder regeringsformens bestämmelser om förutsättningarna för begränsningar av fri- och rättigheter (vilka traditionellt sett har ansetts i första hand ha lagstiftaren som adressat) som underlag för tolkning av straffbestämmelsens omfattning. Domstolen konstaterar därefter att en sådan grundlagskonform tolkning leder till slutsatsen att straffbestämmelsen inte kan anses omfatta innehav av de aktuella teckningarna. Detta framstår som ett nytt grepp där regeringsformens betydelse tydligt framträder.<sup>29</sup>

Rättsfallet *NJA 2014 s. 323* gällde B som år 1984 fötts inom äktenskapet mellan en svensk medborgare och en brittisk medborgare. I enlighet med då gällande medborgarskapslag förvärvade han svenskt medborgarskap vid födseln på grund av faderns, R:s, medborgarskap. År 1992 bosatte sig B och hans mor i Sverige. I samband härmed folkbokfördes B med uppgift om att han hade svenskt medborgarskap. År 2000 förklarade domstol att R inte var far till B.

Skattemyndigheten beslutade därefter att ändra den i folkbokföringsdatabasen registrerade uppgiften om B:s svenska medborgarskap och registrerade honom i stället som medborgare i Storbritannien. Högsta förvaltningsdomstolen fann sedermera att Skattemyndighetens åtgärd att ändra uppgiften om medborgarskap i registret varit felaktig och stred mot förbudet att frånta svenskt medborgarskap.

Skattemyndighetens beslut innebar att B varit ofrivilligt avregistrerad som svensk medborgare i drygt fyra år. B framhöll att han under den tiden betagits möjligheten att utöva sin rösträtt i ett riksdagsval och i en folkomröstning, att göra militärtjänst och att välja polis som yrke. Frågan

<sup>29</sup> Viss kritik har riktats mot Högsta domstolens metod. Kritiken har bl.a. avsett det förhållandet att domstolen inte berör lagprövningsbestämmelsen och den eventuella betydelse som avskaffandet av uppenbarhetskravet kan ha haft. Se bl.a. Dag Victor i SvJT 2013 s. 394 f., Hans-Gunnar Axberger i JT 2012–13 s. 893 samt Thomas Bull i Festskrift till Lena Marcusson, se not 26.

i målet var om staten på grund av avregistreringen ådragit sig en skyldighet att utge ersättning för ideell skada till B.

Högsta domstolen konstaterade att en överträdelse i ett enskilt fall av förbudet i 2 kap. 7 § andra stycket regeringsformen betar den drabbade de rättigheter som följer av medborgarskapet. Den innebär att staten bryter mot den grundläggande skyldigheten i det rättsliga förhållande som medborgarskapet utgör. En sådan överträdelse har skadeverkningar som inte låter sig värderas efter en allmän måttstock. Även om bestämmelsen i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter, utgör en överträdelse av den ett sådant avsteg från statsskickets grunder att överträdelsen även bör kunna åberopas av den enskilde som grund för skadeståndsskyldighet för staten.

Högsta domstolen framhöll vidare att utgångspunkten i svensk rätt anses vara att det krävs särskilt lagstöd för att en rätt till ersättning för ideell skada ska anses föreligga. Det saknas bestämmelser som ger den enskilde rätt till sådan ersättning vid överträdelse av 2 kap. 7 § andra stycket regeringsformen. En överträdelse av den bestämmelsen var emellertid enligt Högsta domstolen av sådant slag att övervägande skäl talade för att ideellt skadestånd skulle kunna dömas ut av domstol. Skadeståndet bestämdes till 100 000 kr.

En ledamot var skiljaktig och framhöll att det finns synnerligen goda skäl för att tillerkänna en enskild ersättning för ideell skada vid statens överträdelse av förbudet i 2 kap. 7 § andra stycket regeringsformen. Enligt den skiljaktiga ledamoten reser det också principiella betänkligheter om staten inte blir ersättningsskyldig vid en klar överträdelse av en i regeringsformen skyddad rättighet som har ansetts så betydelsefull att den inte får inskränkas genom lag, men ersättning däremot kan utgå vid en överträdelse av en rättighet som kan vara av lägre dignitet, men som skyddas av Europakonventionen. Ledamoten framhöll samtidigt att det saknas lagstöd för att nu tillerkänna B ersättning för överträdelsen och att det inte heller i svensk rätt finns någon allmän skadeståndsrättslig princip eller någon folkrättslig förpliktelse som utgör stöd för ett utvidgat rättighetsansvar. Det borde därför ankomma på lagstiftaren att vidta erforderliga åtgärder för att överbrygga den svärförklarliga diskrepans som nu föreligger, och i det sammanhanget ta ställning till de frågor av principiell natur som uppkommer. Talan skulle därför nu ogillas.

Avgörandet är onekligen mycket intressant och den skiljaktiga meningen illustrerar tydligt den svåra frågeställningen om gränserna för rättsbildning genom praxis. Det är samtidigt svårt att ha någon uppfattning om vilken betydelse avgörandet kan komma att få för andra situationer där bestämmelser i 2 kap. regeringsformen har åsidosatts. Högsta domstolen markerar i avgörandet medborgarskapets centrala betydelse och den starka kopplingen till rösträtten och folkstyrelsen. Domstolen lyfter också särskilt fram att rättigheten är absolut och alltså inte kan be-

gränsas. Vidare framhålls att en överträdelse av den aktuella bestämmelsen utgör ett "sådant avsteg från statsskickets grunder att överträdelsen även bör kunna åberopas av den enskilde som grund för skadeståndsskyldighet för staten". Det nu sagda kan tas till intäkt för att domstolen velat markera att det varit fråga om ett särskilt kvalificerat åsidosättande. Det återstår att se om andra fall avseende ideell skada vid åsidosättanden av bestämmelserna i 2 kap. regeringsformen aktualiseras framöver och hur dessa i så fall kan komma att bedömas.

I detta sammanhang kan även *NJA 2014 s. 332* kort beröras. I rättsfallet ålades staten skadeståndsansvar med stöd av 2 kap. 18 § regeringsformen i den lydelse bestämmelsen hade före den 1 januari 2011. Bestämmelsen fick enligt Högsta domstolen anses ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall. Målet rörde den s.k. gränssälvöverenskommelsen mellan Sverige och Finland beträffande bl.a. fiske och fiskevård i Torne älv (jfr bl.a. *NJA 1996 s. 370*). Högsta domstolens avgörande innebar att staten förklarades ersättningskyldig gentemot ett antal enskilda fastighetsägare för den ekonomiska förlust som kan ha uppkommit till följd av fiskeförbud som gällt mellan 1997 och 2010 enligt en viss förordning.

Slutligen i denna del ska något sägas om *NJA 2015 s. 374*. Målet, som avgjordes i plenum, gällde frågan om en enskild som vinner ett överklagat utmätningssmål som avser fordran på skatt, böter eller liknande har rätt till ersättning av staten för rättegångskostnader. Målet aktualiserade tillämpningen av den bestämmelse om rätt till rättvis rättegång som infördes i 2 kap. 11 § regeringsformen den 1 januari 2011. I domskälen framhöll Högsta domstolen, med hänvisning till uttalanden i förarbetena, att bestämmelsen har utformats efter mönster av artikel 6.1 i Europakonventionen och anknyter till de grundläggande principer som anges där, bl.a. att parterna ska vara likställda i processen. Domstolen konstaterade vidare det inte gjorts någon begränsning till sådana fall där prövningen avser civila rättigheter eller skyldigheter — en begränsning som finns i artikel 6.1 i Europakonventionen — och att grundlagsbestämmelsen därmed har ett vidare tillämpningsområde genom att den gäller alla rättegångar i domstol. Regeringsformens krav på en rättvis rättegång fick därför anses gälla en domstols handläggning av överklagade mål om utmätning, som har flera inslag av rättskipning.

Högsta domstolen konstaterade därefter att det i vissa fall skulle strida mot grundlagsbestämmelsen om den enskilde inte ges rätt till ersättning av staten för sina rättegångskostnader i ett allmänt utmätningssmål, t.ex. rörande skattefordringar. Särskilt tydligt framstod detta när det är en tredje man som dras in i ett förfarande och med framgång försvarar sin egendom mot de exekutiva åtgärder som riktas mot gäldenären. Med hänsyn till det sagda måste enligt domstolen av bestämmelsen i 2 kap. 11 § regeringsformen anses följa att en enskild som vinner ett överkla-

gat utmätningens mål har rätt att under vissa förutsättningar få ersättning av staten för rättegångskostnader även när utmätningen sker för skattefordringar eller liknande. Domstolen var inte enig. Sju justitieråd var skiljaktiga i fråga om motiveringen.

### *3.4 Kort om den s.k. ändamålsbestämmelsen i 1 kap. 2 § regeringsformen*

Den kritik som under årens lopp riktats mot regeringsformens utformning har även tagit sikte på den s.k. ändamålsbestämmelsen i 1 kap. 2 §.

Stadgandet har följande lydelse.

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

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

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

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

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

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

Som tidigare berörts lyftes rättighetsregleringens utformning ut från förslaget till ny regeringsform. Fortsatt behandling av dessa frågor kom att ske i 1973 års fri- och rättighetsutredning. I betänkandet Medborgerliga fri- och rättigheter (SOU 1975:75) presenterade utredningen ett förslag som avsåg införandet av ett s.k. målsättningsstadande i 1 kap. 2 §. Efter vissa sakliga och redaktionella ändringar infördes ett sådant stadgande den 1 januari 1977.

Paragrafen har därefter ändrats vid två tillfällen. Genom en ändring 2002 tillkom bl.a. stycket om god miljö. Genom 2011 års reform skedde vissa språkliga och redaktionella ändringar. Vidare tillkom bl.a. formuleringen om barns rätt samt det uttryckliga omnämmandet av det samiska folket.

Bestämmelsen avser numera följande områden: Alla människors lika värde och den enskildes intressesfär, den enskildes välfärd, god miljö, demokrati, skydd för den enskildes privatliv och familjeliv, delaktighet

och jämlikhet, barns rätt samt skyddet för det samiska folket och andra nationella minoriteter.<sup>30</sup>

Frågan om en grundlag bör innehålla bestämmelser av detta slag var länge omdiskuterad. I förarbetena till regeringsformen anfördes emellertid att det var naturligt att också samhällsverksamhetens inriktning i vissa viktiga hänseenden kom till uttryck i författningen. En programförklaring för den samhälleliga verksamheten borde därför införas. En sådan förklaring kunde visserligen inte ges rättsligt bindande karaktär. Men detta hindrade inte att den kunde få betydelse för samhällsutvecklingen genom att ställa upp mål för statsmakternas handlande.<sup>31</sup>

Samma uppfattning hade 1973 års fri- och rättighetsutredning, som anförde att principen att grundlagsregleringen i allt väsentligt bör ha rättslig verkan inte uteslöt att vissa särskilt viktiga principer för samhällsverksamhetens inriktning fick komma till uttryck i grundlag. Utredningen föreslog därför s.k. målsättnings- eller programstadganden i fråga om vissa värden som framstår som grundläggande för medborgarna men som av olika skäl inte kan skyddas genom rättsligt bindande grundlagsregler.<sup>32</sup> Även i propositionen rörande införandet av stadgandet betonades att det inte var möjligt att i regeringsformen ta in bindande regler rörande bl.a. de sociala rättigheterna utan detta fick ske genom en ”paragraf av målsättningskaraktär”.<sup>33</sup> Frågan i vad mån det allmänna lever upp till stadgandet har ansetts kunna bli föremål för enbart politisk och inte rättslig kontroll.<sup>34</sup>

Därefter har i olika sammanhang uttalats att de program- och målsättningsstadganden som paragrafen innehåller inte har karaktären av rättsligt bindande föreskrifter. Det betonas därvid att den enskilde inte på grundval av dessa kan påkalla ingripande gentemot det allmänna.<sup>35</sup> Även i anslutning till de ändringar som gjordes i paragrafen 2011 framhölls detta.<sup>36</sup>

När man tar del av dessa uttalanden kan man få intrycket av att lagstiftaren genom uttalanden i förarbetena skulle kunna bestämma om en grundlagsbestämmelse ska vara rättsligt bindande eller inte. Kan det verkligen vara så? Och vilket stöd finns i så fall för detta i regeringsformens bestämmelser om normgivning i 8 kap.? Är inte alla grundlagsbe-

<sup>30</sup> Se vidare bl.a. Anders Eka m.fl., *Regeringsformen — med kommentarer*, 2012, s. 25 ff. samt Patrik Bremdal, *Är RF 1 kap. 2 § bara tomma ord?*, i De Lege, *Regeringsformen 40 år 1974–2014*, 2014.

<sup>31</sup> Prop. 1973:90 s. 194 f.

<sup>32</sup> SOU 1975:75 s. 93.

<sup>33</sup> Prop. 1975/76:209 s. 127 ff. och 136 ff.

<sup>34</sup> SOU 1975:75 s. 184.

<sup>35</sup> Se exempelvis Erik Holmberg m.fl. *Grundlagarna*, 3 uppl., 2012, s. 60 f. Se även SOU 2001:19 s. 31.

<sup>36</sup> SOU 2008:125 s. 454.

stämmelser som beslutas i den ordning som regeringsformen föreskriver rättsligt bindande?<sup>37</sup>

Frågan är om det inte i själva verket är så att det i allt väsentligt är bestämmelsens utformning som styr i vilken utsträckning som det är möjligt att med framgång grunda en rättslig talan vid domstol på bestämmelsen. Det betyder med andra ord att det inte är lagstiftarens uttalanden i förarbetena som innebär att 1 kap. 2 § inte är ”operativ” på samma sätt som andra bestämmelser utan det är det sätt på vilket paragrafens bestämmelser formulerats. Uttryck som ”ska främjas” och ”verka för” är ju svåra att lägga till grund för en framgångsrik talan vid domstol.

Ibland har det dessutom hävdats att inte någon av bestämmelserna i 1 kap. regeringsformen skulle vara ”av rättsligt bindande karaktär”. Frågan huruvida en bestämmelse är rättsligt bindande framstår inte som relevant utan diskussionen bör som sagt inriktas på stadgandets närmare utformning. Detta illustreras av 1 kap. 9 § som stadgar att domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet ska iakta allas likhet inför lagen samt iakta saklighet och opartiskhet. Bestämmelsen är utformad som en ”ska-regel” och innehåller konkretiserade krav när det gäller saklighet och opartiskhet, vilket gör den ”rättsligt operativ”. Det finns många exempel på att bestämmelsen har lagts till grund för rättsliga bedömningar.<sup>38</sup>

Betydelsen av det sätt på vilket den aktuella paragrafen kom att utformas synes också ha stått klar för 1973 års fri- och rättighetsutredning, som i sitt betänkande angav att det ”alltså i förevarande paragraf inte [är] fråga om rättsregler (”skall-regler”) utan bara om målsättningsstadganden (”bör-regler”). Detta framgår klart av paragrafens formulering.<sup>39</sup>

Det förhållandet att bestämmelser av detta slag inte omedelbart grundar några rättigheter som kan utkrävas med domstols hjälp innebär ju inte att bestämmelserna saknar betydelse. Särskilt intressant i det sammanhanget är de uttalanden som gjordes i förarbetena till 2002 års ändringar av paragrafen. Där framhölls att bestämmelserna kan få rättslig betydelse som tolkningsdata vid tillämpningen av olika rättsregler.<sup>40</sup>

Som angavs redan av 1973 års fri- och rättighetsutredning så var avsikten att bestämmelserna i 1 kap. 2 § skulle bli föremål för politisk kontroll. Av intresse är dock att det inte sällan förekommer att JO och JK åberopar 1 kap. 2 § regeringsformen i tillsynsverksamheten.<sup>41</sup> Från senare år finns också ett par exempel på att Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen hänvisat till bestämmelsen i sina avgöranden.

<sup>37</sup> Se angående denna diskussion bl.a. Wiweka Warnling-Nerep m.fl., *Statsrättens grunder*, 5 uppl., 2015, s. 60 f. och Patrik Bremdal, År RF 1 kap. 2 § bara tomma ord?, i De lege, *Regeringsformen 40 år 1974–2014*, 2014.

<sup>38</sup> Se Anders Eka m.fl., *Regeringsformen — med kommentarer*, 2012, s. 41 ff.

<sup>39</sup> SOU 1975:75 s. 184.

<sup>40</sup> Prop. 2001/02:72 s. 16 och 24.

<sup>41</sup> Se Anders Eka m.fl., *Regeringsformen — med kommentarer*, s. 26 f.

Rättsfallet NJA 2014 s. 307 gällde överflyttning av vårdnaden om en åttårig pojke som sedan ettårsåldern stadigvarande vistats i ett familjehem. Högsta domstolen fann att vårdnaden skulle flyttas över till familjehemsföräldrarna. I domskälen uttalade domstolen bl.a. följande. I förarbetena till 6 kap. 2 a § uttalades att det förhållandet att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge innebär att det inte finns några andra intressen som kan gå före barnets bästa (prop. 1997/98:7 s. 103 ff.). Bestämmelsen ansluter nära till de krav som följer av FN:s konvention om barnens rättigheter från 1989 (se särskilt artikel 3 som anger att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn). Sedan 2011 anges vidare i 1 kap. 2 § femte stycket regeringsformen att det allmänna ska verka för att barns rätt tas till vara. Enligt vad regeringen uttalade i förarbetena till grundlagsändringen ligger den markering som stadgandet innebär väl i linje med Sveriges förpliktelser enligt barnkonventionen (prop. 2009/10:80 s. 188).

Som ett annat exempel kan nämnas HFD 2014 not. 65. Notisfallet gällde rättsprövning av ett beslut om s.k. bearbetningskoncessioner för gruvsdrift. Något förenklat kan frågan sägas röra avvägningen mellan rennäringsens och gruvverksamhetens intressen. I skälen framhöll domstolen bl.a. att enligt 1 kap. 2 § regeringsformen ska det samiska folkets möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv främjas. Vidare framhölls att det i förarbetena till stadgandets ursprungliga lydelse uttalas att ordet kultur i detta sammanhang ska ges en vidsträckt tolkning och även innefatta den renskötsel som är ett centralt inslag i samernas traditionella levnadssätt.

### *3.5 Avslutande synpunkter*

Frågan huruvida regeringsformens betydelse har ökat under senare år är naturligtvis svår att besvara. En välgrundad bedömning förutsätter rimligen att en längre tidsperiod kan överblickas. Avsikten med diskussionen i det föregående har framför allt varit att fästa uppmärksamheten på ett antal fall där regeringsformens olika bestämmelser har tillämpats eller på annat sätt åberopats av domstolarna. Och även om det som där anförts inte kan tas till intäkt för några bestämda uttalanden om ett ökat genomslag för regeringsformen så finns det nog ändå underlag för att tala om en tydlig tendens till en sådan utveckling.

Avgörandena från Högsta domstolen i det s.k. munga-målet och i målet rörande ideellt skadestånd vid avregistrering av svenskt medborgarskap framstår som mycket centrala i en sådan utvecklingstendens. Det samma kan sägas när det gäller målet om ersättning för rättegångskostnader i utmätningssmål där bestämmelsen om rättvis rättegång i 2 kap. 11 § regeringsformen var av avgörande betydelse för bedömningen. Men även det förhållandet att domstolarna i sina domskäl hämtar argument från 1 kap. 2 § är mycket intressant.

När det gäller den sistnämnda frågeställningen kan man undra om tendensen att i ökad grad hänvisa till 1 kap. 2 § regeringsformen kan ha att göra med att rättstillämpningen i allt högre grad kommit att avse proportionalitetsbedömningar och andra avvägningsfrågor. Vid sådan rättslig prövning är det ofta en öppen fråga vilka argument som kan vara aktuella att väga in vid bedömningen. Det kan då ligga nära till hands för domstolarna att åberopa argument som har sin förankring i 1 kap. 2 § regeringsformen eftersom den paragrafen innehåller vissa — av riksdagen fastställda — särskilt viktiga mål eller riktlinjer för den samhälleliga verksamheten som lagstiftaren dessutom gett grundlagsstatus.

Slutsatsen kan alltså inte bli annan än att den utveckling som Thomas Bull redovisat i sin artikel från 2013 har befasts ytterligare genom de exempel som här berörs. Sammantaget finns det därför anledning att instämma i Bulls uppfattning att regeringsformen tycks ha fått nytt liv.

## **4 Regeringsformens reglering av kommunerna**

### *4.1 Inledning*

Som ett nytt inslag i regeringsformen infördes 2011 ett kapitel med regler om kommunerna. Här ska några aspekter av denna reform behandlas.

Det förhållandet att kommuner och landsting utgör en central del av den svenska folkstyrelsen framgår redan av regeringsformens inledande paragraf. Där anges att den svenska folkstyrelsen förverkligas bl.a. genom kommunal självstyrelse.

Lika tydligt som detta förhållande slås fast i regeringsformens inledning lika oklar är den närmare innebörden av begreppet kommunal självstyrelse. Någon bestämd avgränsning mellan statens och kommunernas verksamhet finns inte i regeringsformen och det har aldrig heller varit avsikten eller ansetts möjligt att åstadkomma en avgränsning eller närmare definition av den kommunala självstyrelsen. Tanken har i stället varit att den kommunala självstyrelsesektorn måste kunna förändras under skiftande samhällsförhållanden, något som betonades av föredragande statsrådet i förarbetena till regeringsformen (prop. 1973:90 s. 190).

Regeringsformen kom vid ikraftträdandet 1975 att i olika kapitel innehålla bestämmelser om kommunerna. Flera centrala bestämmelser, utöver den nyss berörda s.k. portalparagrafen, återfanns i det inledande kapitlet. I 1 kap. 7 § angavs att beslutanderätten i kommunerna utövas av valda församlingar samt att kommunerna har rätt att ta ut skatt för skötseln av sina uppgifter. Bestämmelser fanns tidigare också bl.a. i 8 kap. 5 § och 11 kap. 6 §.

Frågan om grundlagsregleringen avseende kommunerna kom att bli föremål för debatt särskilt under 1990-talet. I fokus var särskilt grundlagsenligheten av olika begränsningar i den kommunala beskattningsrätten.

De aktuella frågorna vid den tiden gällde särskilt kommunalt skattetak, kommunalt skattestopp och kommunal skatteutjämning. Diskussionen har också rört självstyrelsefrågor på bostadsförsörjningens och sjukvårdens områden. Det har bl.a. handlat om olika s.k. stopplagar med syfte att hindra kommuner från att göra sig av med sina kommunala bostadsföretag eller att överlämna driften av akutsjukhus. I den debatten har bl.a. ifrågasatts om inte grundlagsreglerna borde ge fylligare riktlinjer för förhållandet mellan stat och kommun eller med andra ord för den kommunala självstyrelsens reella innebörd.

#### *4.2 Ett kapitel om kommunerna*

Denna diskussion ledde bl.a. till tillsättandet av Kommittén om den kommunala självstyrelsens grundlagsskydd — Självstyrelsekommittén — med uppgift att analysera innebörden av den kommunala självstyrelsen och beskattningsrätten och dess förhållande till grundlagsbestämmelserna. I sitt betänkande *Den kommunala självstyrelsen och grundlagen* (SOU 1996:129) lämnade kommittén förslag på förtydliganden av och ändringar i grundlagsbestämmelserna om den kommunala självstyrelsen och beskattningsrätten samt föreslog att det i regeringsformen skulle införas ett särskilt kapitel om kommuner och landsting.

Betänkandet remissbehandlades men ledde inte till lagstiftning. Flera av de frågor som kommittén behandlade i betänkandet kom emellertid att tas upp av Grundlagsutredningen och ledde som nämnts till grundlagsändringar, vilka trädde i kraft den 1 januari 2011.<sup>42</sup> Dessa ändringar innebar att det i regeringsformen infördes ett nytt kapitel om kommunerna. Kapitlet har sex paragrafer. Tre av dessa: 14 kap. 1 § (om beslutanderätten i kommunerna), 4 § (om den kommunala beskattningsrätten) och 6 § (om grunderna för kommunindelningen) fördes över från andra kapitel.

De övriga tre paragraferna, 14 kap. 2, 3 och 5 §§, är däremot helt nya.

14 kap. 2 § behandlar principen om kommunal självstyrelse. Den innebär inte något steg mot en närmare definition av detta begrepp utan syftar främst till att klargöra att principen om kommunal självstyrelse gäller för all kommunal verksamhet, såväl den som omfattas av kommunallagen som den som regleras av annan lagstiftning. I 14 kap. 3 § föreskrivs att en proportionalitetsbedömning ska ske vid all lagstiftning som innefattar inskränkningar i den kommunala självstyrelsen. Genom bestämmelsen i 14 kap. 5 § klargörs att s.k. kommunal skatteutjämning är möjlig.

Innan vi tittar närmare på bestämmelsen i 14 kap. 3 § om proportionalitetsbedömning ska något sägas om frågan om kommunal skatteutjämning.

<sup>42</sup> När det gäller skälen för att införa ett särskilt kapitel i regeringsformen om kommunerna, se prop. 2009/10:80 s. 208.

Som tidigare berörts var frågan om kommunal skatteutjämning en stor debattfråga inom både politiken och juridiken på 1990-talet.<sup>43</sup> Frågeställningarna satte också spår i praxis. Sedan vissa kommuner försökt att få frågan om skatteutjämnings grundlagsenlighet prövad av domstol avisade Högsta domstolen en talan mot staten som en kommun väckt. Målet gällde utbetalning av uppburna men inte utbetalade kommunalskattemedel. HD fann att allmän domstol inte var behörig att pröva kommunens talan (NJA 1998 s. 656 II). Vidare ansökte en annan kommun om resning rörande ett regeringsbeslut genom vilket kommunens överklagande av skattemyndigheternas beslut om fastställande av kommunernas fordringar på staten efter avräkning av avgifter till utjämningsystemet hade avslagits. Högsta förvaltningsdomstolen avslag resningsansökan (RÅ 2000 ref. 19).

Med tanke på de starka känslor som var förknippade med denna fråga under 1990-talet framstår det möjligen som överraskande att Grundlagsutredningens ledamöter enades om att i grundlag slå fast att system med skatteutjämning är möjliga och tillåtna. Den enda förutsättning som bestämmelsen uppställer är att skatteutjämning ska krävas för att uppnå likvärdiga ekonomiska förutsättningar mellan kommuner.

Men man kan å andra sidan hävda att det trots allt inte är så förvånande att en bestämmelse av detta slag nu införts med tanke på att det, vilket också framhölls i Grundlagsutredningens betänkande,<sup>44</sup> sedan 1917 funnits någon form av kommunal skatteutjämning. Det nuvarande systemet för skatteutjämning har lagts fast genom lagen (2004:773) om kommunalekonomisk utjämning.

#### *4.3 Bestämmelsen om proportionalitetsbedömning*

Bakgrunden till bestämmelsen

Den kanske största nyheten i kapitlet om kommunerna var bestämmelsen om proportionalitetsbedömning av lagstiftning på det kommunala området.

En bestämmelse av liknande slag hade diskuterats av den ovan berörda Självstyrelsekommittén. Och den kommittén föreslog i sitt betänkande (SOU 1996:129) en bestämmelse med följande lydelse.

Vid all normgivning rörande kommunerna och landstingen skall principen om kommunal självstyrelse tillmätas särskild betydelse.

Kommitténs förslag ledde som framgått inte till lagstiftning. Men tanken att en proportionalitetsbedömning borde göras innan lagstiftning som

<sup>43</sup> Se bl.a. Joakim Nergelius, Några synpunkter på grundlagsskyddet för den kommunala självstyrelsen, FT 1997 s. 33 och Håkan Strömberg, Åger allmän domstol pröva en fråga om kommunal skatteutjämning?, FT 1999 s. 1.

<sup>44</sup> SOU 2008:125 s. 539.

begränsar den kommunala självstyrelsen beslutas togs därefter upp av Lagrådet, kanske mest tydligt i ett lagstiftningsärende om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus. Lagrådet uttalade därvid att det, när man diskuterar huruvida de föreslagna lagbestämmelserna inkräktar på den kommunala självstyrelsen, ligger nära till hands att undersöka om syftet med bestämmelserna kan uppnås på ett för det kommunala självbestämmandet mindre ingripande sätt än det som föreslås. Tanken skulle vara att, om olika möjligheter finns att nå samma mål, riksdagen ska välja den som lägger minst band på kommunernas självbestämmanderätt.<sup>45</sup>

Även Grundlagsutredningen kom att arbeta med frågan. En expertgrupp som utredningen tillsatte föreslog en bestämmelse formulerad på följande sätt (se SOU 2007:93).

En inskränkning i den kommunala självstyrelsen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

Den av expertgruppen föreslagna bestämmelsen var således utformad som en "får inte"-regel. Den regel som kom att införas i regeringsformen, och som hade föreslagits av Grundlagsutredningen, formulerades däremot på ett annat och, får det väl sägas, mer ovanligt sätt. Den lyder:

En inskränkning i den kommunala självstyrelsen bör inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

När det gäller skälen till utformningen angav utredningen bl.a. att en bestämmelse som går ut på att det vid all lagstiftning som kan få betydelse för den kommunala självstyrelsen ska prövas om skälen för den tänkta regleringen motiverar det eventuella intrång i den kommunala självstyrelsen som regleringen innebär, skulle fylla en viktig funktion till stöd för den kommunala självstyrelsen. På detta sätt skulle, enligt utredningen, man åstadkomma inte bara en regelmässig prövning av självstyrelseintressena under lagstiftningsprocessen utan riksdagen skulle också ges ett bättre underlag när det gäller att bedöma olika beslutsföljder för den kommunala självstyrelsen. Enligt utredningen skulle den slutliga bedömningen av hur denna prövning faller ut göras av riksdagen i samband med att riksdagen tar ställning till förslaget. Vid den bedömningen föreligger resultatet av Lagrådets granskning — som också avsett proportionalitetsprövningen av självstyrelseintressena — som en del av underlaget. Enligt utredningens mening saknades det skäl att låta riksdagens bedömning i denna fråga bli föremål för lagprövning i efter-

<sup>45</sup> Se prop. 2000/01:36 s. 30 f.

hand. Detta har, enligt utredningen, beaktats vid utformningen av den aktuella grundlagsbestämmelsen.<sup>46</sup>

Viss remisskritik riktades mot Grundlagsutredningens förslag i denna del. JO, Sveriges Kommuner och Landsting och flera enskilda kommuner ansåg att bestämmelsen borde utformas så att den blev tvingande i den meningen att lagstiftning inte får innebära en inskränkning av den kommunala självstyrelsen som går utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till dess ändamål. Regeringen gick dock som framgått på utredningens linje och "bör-regeln" infördes. Regeringen uttalade därvid att det genom bestämmelsens fakultativa utformning framgår att riksdagens bedömning när det gäller konsekvenserna för den kommunala självstyrelsen inte kan bli föremål för lagprövning i efterhand.<sup>47</sup>

Införandet av en bör-bestämmelse som den nu aktuella måste ses i samband med det förhållandet att uppenbarhetskravet samtidigt avskaffades. Om bestämmelsen skulle ha formulerats som en "får inte-regel" på det sätt som bl.a. JO och SKL ansåg, hade det kunnat innebära att domstolarna, om en lagprövningssituation hade uppkommit, skulle ha att göra en proportionalitetsprövning i förhållande till de i regeringsformen mycket allmänt hållna bestämmelserna om kommunal självstyrelse. Jag kan inte se annat än att detta skulle ha inneburit en påtaglig överföring av makt från den politiska sfären till domstolarna. Frågor där det slutliga avgörandet tidigare hade ansetts ligga hos de folkvalda skulle med en "får inte-regel" kunna komma att avgöras av domstol. Situationen skulle ha varit en annan om grundlagen hade innehållit bestämmelser som preciserar den närmare innebörden av den kommunala självstyrelsen, exempelvis genom en uppräkningslista av frågor där kommunen har ett självbestämmande som inte får begränsas.

Lagstiftaren ville således undvika att riksdagens proportionalitetsbedömning skulle bli föremål för lagprövning i efterhand genom att utforma bestämmelsen som en "bör inte-regel". Det är en ovanlig lagstiftningsteknik men det saknas inte exempel på fall där lagstiftaren gjort liknande vägval. Fram till den 1 januari 2011 var bestämmelsen om lagrådsgranskning i dåvarande 8 kap. 18 § andra stycket utformad som en bör-bestämmelse. Där angavs att yttrande av Lagrådet bör inhämtas innan riksdagen beslutar viss i bestämmelsen närmare uppräknad lagstiftning. Frågeställningen om utformningen av bestämmelser av detta slag är besläktad med frågan om s.k. ändamålsbestämmelser av det slag som finns i 1 kap. regeringsformen (se mer om sådana bestämmelser under avsnitt 3.4).

<sup>46</sup> SOU 2008:125 s. 538 f.

<sup>47</sup> Prop. 2009/10:80 s. 213.

### Kritik och diskussion

Kritik har riktats mot utformningen av bestämmelsen i 14 kap. 3 § och framför allt mot uttalandet i förarbetena om att riksdagens proportionalitetsbedömning inte är avsedd att kunna bli föremål för lagprövning i efterhand. Joakim Nergelius har framhållit att varken 11 kap. 14 § eller 12 kap. 10 § regeringsformen nämner att något undantag i lagprövningen bör ske just för denna typ av lagar och att en tydlig grundlagsregel rimligen bör gå före ett otydligt grundlagsmotiv av detta slag. Även Marianne Eliason har kritiserat uttalandena och menat att det är fråga om ett ”ganska klart fall av lagstiftning genom motiv”.<sup>48</sup>

Man kan ha många synpunkter på den aktuella bestämmelsen och på den utformning som den fick. Och det finns nog också skäl att fundera över om ”bör-regler” av detta slag över huvud taget hör hemma i en grundlagsreglering. Samtidigt tycker jag att lagstiftaren i detta fall har varit öppen med att uttrycket ”bör inte” valts just för att uppnå denna effekt. Jag är därför inte benägen att hålla med kritikerna om att det är fråga om lagstiftning genom motiv. Bestämmelsen i sig kan naturligtvis, i likhet med alla bestämmelser i regeringsformen — liksom all annan lagstiftning — bli föremål för lagprövning. Vad det handlar om här är att bestämmelsens utformning, med en bör-regel, får till effekt att utrymmet för lagprövning av riksdagens proportionalitetsbedömning i realiteten blir mycket begränsat.

Bestämmelsen föreskriver däremot tydligt att det under lagstiftningskedet ska göras en proportionalitetsbedömning inriktad på nödvändigheten av den föreslagna inskränkningen. Om någon sådan prövning inte alls gjorts, torde det finnas grund för att hävda att ”stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst” (se 11 kap. 14 § regeringsformen). I en sådan situation kan lagprövning aktualiseras.

En annan sak är att rättspraxis, såsom Marianne Eliason är inne på, kan utvecklas så att domstolarna lägger en annan innebörd i uttrycket ”bör inte” än den som redovisades i förarbetena. Men det återstår att se.

### Bestämmelsens praktiska betydelse

Även om den utformning som bestämmelsen i 14 kap. 3 § fått kan diskuteras från olika utgångspunkter kan konstateras att den nog inte kan betecknas som verkningslös. Som framgått var avsikten med bestämmelsen att åstadkomma en regelmässig prövning av självstyrelseintressena under lagstiftningsprocessen och ge riksdagen ett bättre underlag när det gäller att bedöma olika besluts följder för den kommunala självstyrelsen. För att säkert se till att frågan kom under Lagrådets granskning

<sup>48</sup> Joakim Nergelius, *Svensk statsrätt*, 3 uppl., 2014, s. 354 ff. och Marianne Eliason, *Ändrad grundlagsreglering av den kommunala självstyrelsen — Hur gick det sen? i Allmänt och enskilt — offentlig rätt i förvandling*, Festskrift till Lena Marcusson, 2013.

fördes lagstiftning som innebär åligganden för kommunerna till det obligatoriska området för lagrådsgranskning. På detta sätt skulle Lagrådets yttrande också ta sikte på frågan om en fullgod prövning av självstyrelseintressena skett under lagstiftningsprocessen.

Har då denna effekt inträtt? Görs grundligare och fylligare bedömningar i lagrådsremisserna? Och redovisas skälen för varför en lagstiftningsåtgärd som innebär en inskränkning i den kommunala självstyrelsen är nödvändig på ett tillfredsställande sätt?

Någon heltäckande kartläggning av denna frågeställning har mig verterligen inte gjorts. En genomgång av lagrådsyttanden från senare tid ger dock ett visst stöd för att dessa frågor behandlas mer ingående och grundligare än före den aktuella regelns tillkomst.<sup>49</sup> Som exempel på ett lagstiftningsärende där bestämmelsens proportionalitetsprincip behandlats av Lagrådet kan nämnas Lagrådets yttrande den 14 maj 2013 rörande kommunalt mottagande av ensamkommande barn. Lagrådet anförde i yttrandet följande.

Förslaget innebär att Migrationsverket får utvidgade möjligheter att anvisa asylsökande ensamkommande barn till en kommun som inte har en överenskomelse med verket om mottagande av ensamkommande barn. Förslaget innebär härigenom en inskränkning i den kommunala självstyrelsen. Enligt den vid den senaste grundlagsreformen införda föreskriften i 14 kap. 3 § regeringsformen bör en sådan inskränkning inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den.

I förarbetena till den nämnda föreskriften betonades vikten av att det i lagstiftningsprocessen gjordes noggranna analyser av den påverkan som olika förslag hade på den kommunala självstyrelsen och i vad mån skälen för en tänkt reglering motiverar det intrång i självstyrelsen regleringen innebär. Det framhölls att detta innefattade en skyldighet att undersöka om det syfte som den tänkta regleringen tar sikte på kan uppnås på ett för det kommunala självbestämmandet mindre ingripande sätt. Om det fanns olika möjligheter att nå samma mål borde med hänsyn till den kommunala självstyrelsen den reglering väljas som lägger minst band på självbestämmanderätten.

Lagrådet konstaterar att frågan om den kommunala självstyrelsen och den proportionalitetsbedömning som föreskrivs i regeringsformen ägnats ett betydande utrymme såväl i remissen som i det betänkande som ligger till grund för förslaget. Frågan har också kommenterats av ett stort antal remissinstanser, däribland många kommuner, vid remissbehandlingen av betänkandet. Därvid har från flera håll ifrågasatts om en tvingande lagstiftning står i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen bl.a. mot bakgrund av skyldigheten att överväga alternativa åtgärder. Andra remissinstanser har däremot godtagit den proportionalitetsbedömning som förslaget i betänkandet bygger på.

<sup>49</sup> Marianne Eliason redogör i artikeln, se föregående not, för några fall där proportionalitetsfrågan behandlats i lagstiftningsärenden och finner vid sin genomgång att det numera görs en ordentlig analys av vilka konsekvenser förslagen får. Se även Statskontorets rapport Kommunalt självstyre och proportionalitet (2011:17).

I lagrådsremissen redovisar och kommenterar regeringen bl.a. de synpunkter som framförts under remissbehandlingen samt gör för sin del den bedömningen att det allmänna intresset av att se till att mottagandet av de asylsökande ensamkommande barnen fungerar väger över kommunernas intresse av att den kommunala självstyrelsen inte inskränks ytterligare.

Enligt Lagrådet får underlaget för regeringens bedömning anses vara tillräckligt för att motsvara de krav som följer av föreskriften i regeringsformen. Det har inte heller framkommit någon annan omständighet som gör att det skulle finnas anledning för Lagrådet att avstyrka det framlagda förslaget på den grunden att det skulle stå i strid med den proportionalitetsprincip som kommit till uttryck i regeringsformen.

#### *4.4 Avslutande synpunkter*

Kommunerna fick således i och med 2011 års reform till slut ett eget kapitel i regeringsformen och vissa nya bestämmelser tillkom. En fråga som diskuterats i flera decennier fick på det sättet sin lösning. Samtidigt står det klart att regleringen inte heller efter den 1 januari 2011 kan sägas vara särskilt fyllig. Det kan mot den bakgrunden finnas anledning att fråga sig om det finns behov av ytterligare reglering på grundlagsnivå eller om det är bra som det är. Ännu tycks den frågan inte vara på agendan och sannolikt kommer det att dröja en tid innan en ny ambitiös grundlagsöversyn initieras. Det återstår alltså att se om ytterligare grundlagsreglering av den kommunala sektorn aktualiseras i framtiden.

## **5 Reformarbetet på tryck- och yttrandefrihetsområdet**

### *5.1 Några inledande utgångspunkter*

Under flera decennier har ett i stort sett oavbrutet utrednings- och reformarbete bedrivits på tryck- och yttrandefrihetsområdet. Frågorna har också varit föremål för en stundtals livlig diskussion. Det gör att det finns anledning att i detta sammanhang något närmare beröra det arbete som bedrivits och som alltjämt bedrivs.

I 2 kap. 1 § regeringsformen anges att var och en gentemot det allmänna är tillförsäkrad bl.a. yttrandefrihet (definierat som frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor) och informationsfrihet (definierat som frihet att inhämta och ta emot upplysningar samt att i övrigt ta del av andras yttranden).

Vidare anges i paragrafens andra stycke att i fråga om tryckfriheten och motsvarande frihet att yttra sig i ljudradio, television och i vissa liknande överföringar (t.ex. överföringar ur databaser genom internet), offentliga uppspelningar ur en databas samt filmer, videogram, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar gäller tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen.

Det skydd som regeringsformen ger för yttrande- och informationsfriheten tar således inte sikte på tryckta skrifter, överföringar och tek-

niska upptagningar. Dessa regleras i stället genom det system som TF och YGL utgör.

### 5.2 När blir TF och YGL tillämpliga och vad innebär det?

En central och ständigt återkommande fråga i den svenska tryck- och yttrandefrihetsrätten är vilka situationer som omfattas av de båda grundlagarnas tillämpningsområden. Hur avgränsas det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga området i förhållande till den "allmänna yttrandefriheten", dvs. den som följer av bestämmelserna i regeringsformen?

Dessa avgränsningsfrågor är komplicerade och kan här endast beröras översiktligt. Man kan tala om tre typer av grundkrav som aktualiseras när tillämpningsområdet bestäms.

Det rör sig om formella krav, dels i form av krav på att vissa kommunikationstekniker ska användas och dels i form av krav på spridning till allmänheten. Dessa krav i fråga om tekniken innebär att regleringen något förenklat kan sägas omfatta maskinellt framställda skrifter, tekniska upptagningar och överföring med hjälp av elektromagnetiska vågor (däribland radio, tv och internet i vissa fall).

Det finns också vissa materiella krav. I grunden är tanken att systemet ska vara innehållsneutralt, vilket innebär att TF:s och YGL:s tillämplighet inte ska styras av innehållet eller syftet. Från denna huvudprincip gäller dock vissa undantag. Att barnpornografiskt material inte omfattas av regleringen framgår direkt av lagtexten.<sup>50</sup> Men det finns också oskrivna undantag som grundas på en tolkning av syftet med det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga systemet. Ett sådant undantag är rent kommersiell reklam som alltså anses falla utanför systemet.

Slutligen kan man också tala om territoriella krav. Dessa innebär, något förenklat, att det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga systemet fullt ut gäller bara för yttranden som framställs och sprids här i landet.

Vad betyder det då i det konkreta fallet att ett yttrande omfattas av det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga systemet?

Det centrala är att ett antal särskilda bestämmelser, speciellt av straff- och processrättslig natur, blir tillämpliga. Tanken bakom detta är att ge ett särskilt skydd åt yttrandefriheten när den utövas med hjälp av vissa kommunikationstekniker. Det skydd som grundlagsregleringen i TF och YGL ger är mycket detaljerat och begränsningar i skyddet får endast göras med uttryckligt stöd i de båda grundlagarna. Detta är en viktig skillnad i förhållande till regeringsformen, där begränsningar av fri- och rättigheterna under vissa angivna förutsättningar i många fall kan göras genom vanlig lag.

Skyddet enligt TF och YGL anses bygga på sex grundprinciper, nämligen censurförbud, etableringsfrihet, ensamansvar, meddelarskydd, sär-

<sup>50</sup> 1 kap. 10 § TF och 1 kap. 13 § YGL.

skild brottskatalog och en särskild rättegångsordning. (För en närmare beskrivning av dessa principer, se exempelvis SOU 2012:55 s. 157 ff.)

När man talar om utmärkande drag för det svenska systemet bör vår tradition med inslag av självsanering också lyftas fram. En betydelsefull del av detta system utgörs av Allmänhetens pressombudsman (PO) och Pressens Opinionsnämnd.

### *5.3 Reformarbetet under senare år*

Lagstiftningsarbete och utredningsverksamhet har som berörts pågått i stort sett oavbrutet på TF:s och YGL:s områden under de senaste 25 åren. Ett stort antal kommittéer och utredningar har brottats med de olika frågeställningarna. Bland dessa kan nämnas Mediekommittén (SOU 1997:49), Mediegrundlagsutredningen (SOU 2001:28), Tryck- och yttrandefrihetsberedningen (SOU 2004:114 och 2006:96) samt Yttrandefrihetskommittén (SOU 2009:14, 2010:68 och 2012:55).

En tydlig anledning till utredningsarbetet har varit behovet av att anpassa de båda grundlagarna till teknikutvecklingen. Detta anpassningsbehov har i sin tur väckt tanken att försöka åstadkomma en mer teknikoberoende reglering, något som ingått i vissa av utredningarnas uppdrag. I några fall har utredningsarbetet haft sin grund i ett behov att ändra regleringen för att möta EU-rättens krav.

När det gäller de förändringar som utredningsarbetet har resulterat i kan nämnas borttagandet 1999 av barnpornografi från TF:s och YGL:s tillämpningsområden och utvidgningen av den s.k. brottskatalogen 2003 till att även avse bl.a. olaga hot, hot mot tjänsteman och övergrepp i rättsak.

En annan viktig förändring 2003 gällde den s.k. databasregeln i 1 kap. 9 § YGL. Regeln innebär — något förenklat — att YGL är tillämplig när en ”redaktion för en periodisk skrift eller för radioprogram, ett företag för yrkesmässig framställning av tryckta eller därmed enligt TF jämställda skrifter eller av tekniska upptagningar eller en nyhetsbyrå med hjälp av elektromagnetiska vågor på särskild begäran tillhandahåller allmänheten information ur en databas, vars innehåll kan ändras endast av den som driver verksamheten”.

Genom ändringen infördes en möjlighet till s.k. frivilligt grundlagskydd för databasverksamhet (se 1 kap. 9 § tredje stycket). Om ett utgivningsbevis finns för databasen omfattas verksamheten av det grundlagsreglerade systemet även om förutsättningarna för s.k. automatiskt skydd enligt regeln inte är uppfyllda.

Ändringarna 2003 innebar också att databasregeln numera även omfattar s.k. print on demand-framställning (av tekniska upptagningar, skrifter eller bilder) ur en databas samt viss användning av s.k. pushteknik.

Databasregeln ändrades också 2011 genom att skyddet enligt bestämmelsen då även kom att omfatta offentlig uppspelning ur databaser (dvs. främst s.k. e-bio).

År 2011 genomfördes även den ändringen i regleringen att de s.k. repressalie- och efterforskningsförbuden numera straffsanktioneras genom uttryckliga bestämmelser i grundlagarna (se 3 kap. 4–5 §§ TF och 2 kap. 4–5 §§ YGL).

Slutligen kan här nämnas de senaste förändringarna, som var ett resultat av Yttrandefrihetskommitténs förslag (SOU 2012:55). På grundlagsområdet genomfördes en mindre ändring av det geografiska tillämpningsområdet. Ändringen trädde i kraft den 1 januari 2015. Kommitténs förslag resulterade även i förändringar på lagnivå, som trädde i kraft den 1 juli 2014. Dessa innebar att kraven för väckande av allmänt åtal avseende ärekränkingsbrotten sänktes något genom att det tidigare kravet på särskilda skäl togs bort. Vidare ökades möjligheterna till s.k. kvittning av rättegångskostnader i tryck- och yttrandefrihetsmål.

De övriga av Yttrandefrihetskommitténs förslag har inte genomförts. I stället har ytterligare en kommitté tillsatts, Medigrundlagskommittén (dir. 2014:97), vars uppdrag berörs nedan.

#### *5.4 Frågor som inte lett till lagändringar*

Det finns naturligtvis ett stort antal frågeställningar som har varit uppe under årens lopp och som inte har lett till lagändringar. Några kan nämnas här.

En mer övergripande frågeställning gäller förstås om det i stället för den nuvarande regleringen borde införas en generell grundlag som skyddar även direkt kommunikation till allmänheten. Dagens ordning utmärks som berörts av att det krävs att viss teknik används för att skyddet ska aktualiseras. Någon bedömning av yttrandets innehåll eller andra typer av ändamålsöverväganden tillåter lagstiftningen inte. En fråga som sammanhänger med detta är om det inte borde införas en gemensam grundlag för yttrandefrihetsområdet.

Dessa frågor övervägdes senast av Yttrandefrihetskommittén. Under arbetet hade kommittén utarbetat ett förslag till en ny mer teknikoberoende grundlag men kommitténs majoritet kom i slutbetänkandet fram till att yttrandefriheten bäst stärks och utvecklas genom att TF och YGL förbättras. Kommittén föreslog därför ett antal förändringar inom ramen för den nuvarande ordningen samt gjorde en allmän översyn av grundlagarna. Kommittén var dock inte enig. Ordföranden, Göran Lambertz, reserverade sig och presenterade ett eget förslag till en mer teknikoberoende grundlag.

En annan frågeställning som varit aktuell har gällt hur grundlagskyddet för kommunikation över internet ska utformas. Här har diskussionen bl.a. rört det förhållandet att webbplatser som har en koppling

till redaktioner för periodiska skrifter eller till radioprogram i YGL:s mening omfattas med automatik av grundlagarna medan digitala redaktioner utan denna koppling saknar sådant skydd.

Vidare kan nämnas frågan om införandet av ett integritetsskydds-brott. Denna fråga behandlades också av Yttrandefrihetskommittén men något förslag lämnades inte. För närvarande pågår en utredning som bl.a. har till uppdrag att överväga införandet av ett sådant brott på brottsbalksområdet. (Utredningen om ett modernt och starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten, dir. 2014:74).

### *5.5 Utvecklingen leder till nya krav*

Utvecklingen på medieområdet och i samhället i övrigt har naturligtvis också stor betydelse för de krav som ställs på regleringen i TF och YGL.

Den ökande s.k. mediekonvergensen är en sådan faktor. Med detta uttryck avses att de traditionella press-, radio- och tv-tjänsterna succesivt växer samman på internet. Detta bidrar till nya distributionsvägar för medieinnehållet och nya konsumtionsmönster. Det kan illustreras t.ex. med det stora inslaget av rörliga bilder som förekommer på tidningarnas webbplatser och med de skrivna artiklar som finns på radio- och tv-företagens webbplatser. Frågan är om TF och YGL behöver reformeras för att bättre svara mot denna utveckling?

Även den ökade användningen av sociala medier är en central fråga i sammanhanget. De sociala medierna har stor betydelse för opinionsbildningen i samhället men har trots detta ingen självklar plats i det system som TF och YGL utgör.

Utvecklingen inom det internationella samarbetet bör nämnas också här. Det sätt på vilket vårt system på tryck- och yttrandefrihetsområdet är konstruerat framstår som unikt internationellt sett. EU-rätten och annat internationellt samarbete leder till krav som ibland kan vara svåra att förena med regleringen i TF och YGL.

### *5.6 Behovet av ytterligare förändringar — det korta perspektivet*

Som ovan berörts har regeringen tillsatt ytterligare en kommitté, Mediegrundlagskommittén. Uppdraget är mer begränsat än vad som gällt de närmast föregående kommittéerna. I direktiven (dir. 2014:97) sägs uttryckligen att någon total författningsreform inte ska genomföras. Och det ligger inte i uppdraget att förändra de grundläggande principer som bär upp tryck- och yttrandefriheten. I vissa frågor tar kommittén över stafettpippen från Yttrandefrihetskommittén, andra frågeställningar är nya.

Direktiven innebär bl.a. att TF:s och YGL:s språk och struktur ska ses över. Syftet är att göra grundlagarna så tydliga och lättillämpade som möjligt. I detta ligger att överväga om detaljbestämmelser i de båda grundlagarna kan föras ned på lagnivå.

Kommittén ska vidare se över databasregeln, bl.a. när det gäller vilka aktörer som ska ha automatiskt skydd för sina webbplatser, hur skyddet för s.k. e-böcker respektive print on demand ska vara utformat, hur s.k. användarkommentarer ska beaktas samt vilka preskriptionsregler och ansvarsregler som ska gälla för databaser.

Den sistnämnda frågan är särskilt intressant när det gäller tidningarnas arkivdatabaser. Frågan var uppe till bedömning i NJA 2013 s. 945. Högsta domstolen fann där att den ansvarige utgivaren även ansvarar för sådant material i en tidnings databas som har tillförts databasen innan utgivaren tillträdde sin befattning.

En särskild fråga i direktiven rör skyddet för den personliga integriteten och det frivilliga grundlagsskyddet genom utgivningsbevis. Frågeställningen är inte ny. Men den har fått förnyad aktualitet särskilt mot bakgrund av att det har uppmärksammats att det finns webbplatser som mot betalning tillhandahåller allmänheten uppgifter om bl.a. brottmålsdomar. Om utgivningsbevis finns för en sådan webbplats blir bestämmelserna i personuppgiftslagen (1998:204) i praktiken inte tillämpliga på verksamheten, se 7 § första stycket i lagen. Det skydd för den personliga integriteten som personuppgiftslagen är tänkt att ge blir därmed överpelat.

Direktiven avser också frågor om internationellt rättsligt bistånd, vissa frågor om produktinformation samt några frågeställningar på TV-området.

Kommittén ska redovisa sitt uppdrag senast den 1 september 2016.

### *5.7 Behovet av ytterligare förändringar — det längre perspektivet*

Huvudfrågan i Yttrandefrihetskommittén gällde om det rådande systemets grundstruktur skulle bevaras eller om det var möjligt att införa en mer teknikberoende regleringsmodell. För skydd enligt den nuvarande ordningen krävs att det är fråga om yttranden till allmänheten som sker med hjälp av viss medieteknik. En av de bärande grundtankarna är innehållsneutralitet. Under Yttrandefrihetskommitténs arbete diskuterades även frågan om en förändrad regleringsmodell i stället skulle bygga mer på en bedömning av ändamålet med yttrandet än på vilken teknik som kommer till användning (se bl.a. kommitténs debattbetänkande SOU 2010:68 s. 263 ff.).

Yttrandefrihetskommitténs majoritet ställde sig som nämnts inte bakom något förslag om en förändrad regleringsmodell. Att det nuvarande systemet ska bestå är också, som framgått, utgångspunkten i Mediegrundlagskommitténs direktiv. I uppdraget ingår inte att förändra de grundläggande principer som bär upp tryck- och yttrandefriheten.

Man kan således konstatera att det i dagsläget inte finns någon politisk majoritet för förändringar av grunddragen i TF och YGL. Betyder

det då att de övergripande frågorna om hur tryck- och yttrandefriheten bör regleras inte kommer att aktualiseras under den närmaste tiden?

Svaret på den frågan är sannolikt inte så enkelt. Av betydelse är främst i vilken utsträckning som olika delar av det rådande systemet kan komma att ifrågasättas, vilket sannolikt leder till att frågorna åter kommer upp på den politiska agendan. I det sammanhanget kan det finnas anledning att något beröra frågan om systemets förenlighet med våra internationella åtaganden.

Yttrandefrihetskommittén konstaterade, efter ett ingående resonemang, att det inte fanns några ”EU-rättsligt betingade skäl att vidta genomgripande förändringar av det svenska grundlagsskyddet för tryck- och yttrandefriheten”.<sup>51</sup>

Kommitténs bedömningar och slutsatser har utsatts för kritik, bl.a. i artiklar av Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten i denna tidskrift (se SvJT 2014 s. 201 och 2015 s. 8). De har anfört bl.a. att Sverige i EU-samarbetet får betala ett högt politiskt och ekonomiskt pris för att ha kvar det nuvarande svenska systemet med en omfattande detaljreglering av tryck- och yttrandefriheten på grundlagsnivå. Synpunkter med anledning av artiklarna har framförts av Göran Lambertz och Magnus Schmauch (se SvJT 2014 s. 440 samt SvJT 2014 s. 520 och 2015 s. 199). Dessa frågor ställs naturligtvis på sin spets om det kommer EU-rättsliga avgöranden som på ett konkret sätt utmanar regleringens grundprinciper.

Det kan också tänkas att avgöranden från Europadomstolen kan komma att utmana den svenska ordningen. Det gäller då kanske särskilt frågor med koppling till rätten till skydd för privat- och familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen.

Det finns mot denna bakgrund sannolikt anledning att räkna med ytterligare utredningsarbete på tryck- och yttrandefrihetsområdet även i det lite längre perspektivet. Det är med andra ord en inte alltför vågad gissning att även den nu arbetande Mediegrundlagskommittén kommer att få efterföljare.

<sup>51</sup> SOU 2012:55 s. 289.