

# 2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter — en jämförelse

Av professor KARIN ÅHMAN

*I uppsatsen görs en jämförelse mellan RF, Europakonventionen och EU:s stadga: Flera rättigheter regleras parallellt och vissa regleras enbart i ett av instrumenten. Det finns också lite olika synsätt på hur man t.ex. ska bestämma om en rättighetsreglering är tillämplig; omfattas lagstiftarens reglering av yttrandefriheten och utgör den en begränsning av denna rättighet? Det finns också skillnad i hur legalitetsprincipen ska förstås utifrån instrumenten och vilken betydelse som förarbetena har, vilket närmare belyses i texten.*

## 1 Inledning

Idag har grundläggande rättigheter en inte tidigare skådad ställning i det svenska konstitutionella systemet: Vi har ett sedan 2011 utökat 2 kap. RF som i det praktiska rättslivet enligt lagstiftaren ska få större betydelse. Vissa rättigheter ska numera gälla ”fullt ut”. År 1995 fick Europakonventionen ställning som svensk lag. Samtidigt infördes i 2 kap. 19 § (då 23 §) en reglering som ”konstitutionaliserade” konventionens ställning genom att ”lag eller annan föreskrift (inte får) meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av” konventionen. År 2009 blev slutligen stadgan om grundläggande rättigheter gällande primärrätt i EU. Allt detta har förändrat både lagstiftarens och rättstillämparens vardag i olika hänseenden.

I denna uppsats jämför jag de olika instrumenten ovan rörande grundläggande rättigheter. Det finns onekligen skillnader dem emellan men också flera likheter som bör betonas både avseende rättigheternas innehåll, deras tillämplighet och vissa tolkningsprinciper. Uppsatsen bygger delvis på min lärobok Grundläggande rättigheter och juridisk metod (Norstedts, 2015).

## 2 Instrumentens innehåll och något om deras praktiska betydelse

Flera rättigheter regleras parallellt i både RF och konventionen om än att de utformas lite olika: Det gäller t.ex. opinionsfriheterna (2 kap. 1 § RF och artiklarna 9–11), rätten till personlig frihet (2 kap. 9 § och artikel 5), vissa rättssäkerhetsgarantier vid domstolsprövning (2 kap. 11 § RF och artikel 6), äganderätten (2 kap. 15 § RF och artikel 1 första tilläggs-

protokollet) och förbudet mot dödsstraff (2 kap. 4 § RF och sjätte och trettonde protokollen till konventionen).

Europakonventionen *kompletterar* 2 kap. RF med flera rättigheter: Det gäller t.ex. rätten till respekt för privat- och familjeliv och hem (artikel 8), rätten att ingå äktenskap och bilda familj (artikel 12), rätten till effektivt rättsmedel (artikel 13), skyddet mot diskriminering (artikel 14), förbudet mot frihetsberövande på grund av oförmåga att fullgöra avtalad förpliktelse (artikel 1 fjärde tilläggsprotokollet), rätten till förfarandegarantier i utvisningsärenden (artikel 1 sjunde tilläggsprotokollet) och förbudet mot åtal för samma sak (artikel 4 sjunde tilläggsprotokollet).

Några allmänna *skillnader* mellan dessa instrument bör lyftas fram: Religionsfriheten är absolut enligt RF, vilket inte är fallet med den motsvarande rätten i konventionen. Konventionen skyddar rätten till liv (artikel 2) vilket inte är fallet i RF som enbart förbjuder dödsstraff (2 kap. 4 § RF). Dödsstraffet förbjuds också i sjätte och trettonde protokollen. RF reglerar skyddet för integriteten genom vad som anges lite utförligare i 2 kap. 5–6 §§. Artikel 8 skyddar privatlivet, hemmet och familjelivet. Skyddet för äganderätten i första tilläggsprotokollet är mer omfattande i sin tillämpning än dess motsvarighet i 2 kap. 15 § RF. Lös egendom skyddas t.ex. mot rådighetsbegränsningar utan stöd i lag och med ett krav på allmänt intresse vilket inte är fallet för RF:s reglering. Begränsningsmöjligheterna är något olika i instrumenten: RF tillhandahåller två slag av begränsningsbara rättigheter, de som ges ett starkare skydd och de som är lite svagare. Konventionens reglering uppvisar inte motsvarande systematik utan det framgår av varje enskild reglering under vilka förutsättningar som en begränsning får ske. Slutligen har rättigheterna fått olika placering i respektive instrument. I RF har t.ex. opinionsfriheterna placerats först. I konventionen inleds däremot med så kallade "core-rights", rätten till liv (artikel 2) och förbudet mot tortyr (artikel 3).

EU:s stadga hämtar inspiration från EU:s övriga fördrag, Europakonventionen liksom medlemsstaternas konstitutionella traditioner. Detta framgår av artikel 52(2–4). En relevant fråga är — mot denna bakgrund — i vad mån stadgan överhuvudtaget tillför något nytt inom ämnet grundläggande rättigheter och Europa. Den gör det och av flera icke uttömmande skäl: (1) Stadgan samlar flera sociala rättigheter som inte tidigare har varit bindande för medlemsstaterna på det sätt som stadgan är. Den utgör ju primärrätt inom EU. Detta gäller t.ex. för artiklarna 25–26 som anger skydd för äldres respektive funktionshindrades rättigheter. Visserligen anges enbart att "unionen erkänner och respekterar" dem vilket medför att de inte låter sig komma till uttryck på samma sätt som en rättighet som ska "garanteras" (se t.ex. artikel 9). Men, redan det faktum att de finns upptagna innebär att de *kan* komma till uttryck

framöver i t.ex. framtida lagstiftningsärenden inom EU. (2) Stadgan utgör vidare "EU-rättsliga rättigheter" det vill säga grundläggande rättigheter som kan begränsas utifrån den EU-rättsliga lagstiftarens bedömning. Visserligen ska denne lagstiftare ha konventionen i åtanke — både när rättigheterna formas och när de begränsas enligt artikel 52 — men EU-rättens funktion är inte riktigt densamma som vare sig Europarådets eller medlemsstaternas (i EU) regleringar avseende rättigheterna varför stadgan kan få ett annat innehåll framöver. (3) Stadgan tillerkänner barnet rättigheter enligt artiklarna 24 (barnets bästa i beslutsfattandet m.m.) och 32 (förbud mot barnarbete). Dessa rättigheter är inte enhetligt införlivade i medlemsstaterna i EU och genom stadgan får de ett stärkt skydd. (4) Slutligen utgör stadgan en bekräftelse på hur långt rättighetsskyddet i ett samlat perspektiv i Europa har sträckt sig dags datum. Vi kan t.ex. se vilka av dessa rättigheter som är direkt tillämpliga i domstolar och vilka rättigheter som anses vara målformuleringar.

Vid en jämförelse med RF och konventionen liknar stadgans uppbyggnad både RF (i vissa delar) och konventionen (i vissa delar) men det finns en rad *skillnader* värda att lyftas fram: Materiellt sett är stadgan den mest omfattande till sitt innehåll även om den i flera fall uttrycker rättigheterna med olika styrka — vilket inte sker i vare sig RF eller i konventionen. Där ges rättigheterna — i uttryck — i princip lika tyngd och de är i princip direkt tillämpliga i en tvist inför domstol. RF har dock några undantag från detta. Stadgan vilar därmed på en rättsligt sett lösare grund såtillvida som dess bestämmelser inte alla gånger låter sig användas inför domstol utan mer ger uttryck för rättsliga principer. De kan dock komma till uttryck och till användning i andra sammanhang såsom t.ex. lagstiftningsärenden, vilket framgår av artikel 52(5). Begränsningsgrunderna motsvaras i princip av varandra. Dock uttrycks inte proportionalitetsprincipen i vare sig RF eller konventionen, även om vissa skrivningar motsvaras av denna i de båda instrumenten. Likaså anges i stadgan krav på "sambhällsintresse som erkänns av unionen" vilket inte — förstås — går att återfinna i vare sig RF eller i konventionen. Detta intresse torde kunna vara vidare än både konventionens och RF:s intressen för att begränsa en rättighet. I båda dessa instrument specificeras begränsningsgrunderna men på lite olika sätt. Värt att notera är att de rättigheter i stadgan som också återfinns i konventionen enbart kan begränsas på det sätt som konventionen anger vilket följer av artikel 52(1).

De olika instrumenten har för närvarande lite olika praktiska betydelse i svensk rätt:

Under lång tid var 2 kap. RF ansett som en instruktion för lagstiftaren att ta fasta på i samband med att nya regler beslutades. Kapitlet gällde med andra ord inte i någon större omfattning utanför riksdagen. Den första regleringen i samband med 1974 års RF (ikraft 1975) var därtill

mycket mager — sett med dagens ögon. Få rättigheter fanns upptagna i RF och det motsvarades inte av någon egentlig katalog av rättigheter. Nu gäller inte detta längre och särskilt sedan grundlagsreformen 2010 syns det som om rättigheterna också ska ha en särskild betydelse *utanför* lagstiftningsprocessen när lagarna trätt i kraft. Genom ett utökat kapitel om rättigheter med tydliga förarbeten om att rättigheterna ska tillämpas fullt ut och ett borttaget uppenbarhetsrequisit i 11 kap. 14 § (respektive 12 kap. 10 §) tydliggöras lagstiftarens intentioner. Den domstolspraxis som idag finns att tillgå som rör 2 kap. har också efter grundlagsreformen utvecklats betydligt. Flera exempel finns från HD: NJA 2012 s. 400, NJA 2013 s. 350, NJA 2014 s. 323 och NJA 2014 s. 332. Från HFD finns det också några exempel: HFD:s dom den 30 november 2012, mål nr 6966-11.

Europakonventionen är det instrument som haft störst praktisk betydelse i domstolarna även om det i förarbetena till inkorporationslagen angavs att det främst var lagstiftarens uppgift att se till att svensk rätt stämde överens med konventionen. På grund av en expansiv Europadomstol blev det närmast ohållbart för svenska domstolar att inte vare sig pröva eller emellanåt underkänna svensk rätt gentemot konventionen. Detta gällde redan innan dess inkorporation 1995. Idag har vi också flera exempel på hur domstolarna fyller ut vanlig svensk lag på grund av konventionspraxis eller vägrar att tillämpa svensk rätt fullt ut: NJA 2012 s. 211, NJA 2013 s. 746 och HFD 2013 ref. 72.

Stadgan slutligen, som är yngst men kanske mest potent framöver, har inte ännu numerärt i vart fall, haft stor betydelse på domstolarna. Men flera för svensk rätt betydelsefulla avgöranden har tagits med stadgan som grund (se till exempel NJA 2013 s. 502 (Åke Fransson-målet (C-617/10) som senare följdes upp av HD), Stockholms förvaltningsrätts dom den 13 oktober 2014 i mål nr 14891-14, överklagad till kammarrätten (Digital Rights-målet (C-293/12 och C-594/12)) och slutligen HD:s beslut den 25 februari 2014 i mål Ö 461-11 som rörde avgift för utsläppsrätter enligt EU-direktiv).

I lagstiftningsarbetet synes det också som om rättigheterna har fått en starkt ställning allmänt genom bl.a. att Lagrådets ställning stärkts. Numera är det obligatoriskt med granskning av Lagrådet vid rättighetsbegränsande lagstiftning enligt 2 kap. 20 § och 14–16 §§ respektive 25 § (bör-regeln har bytts ut mot en ska-regel). Dess yttrande är fortfarande dock inte bindande för regeringen. Sammantaget har detta kontrollorgan mer och mer under senare tid behandlat lagförslag ur ett rättighetsperspektiv rörande samtliga tre instrument. Från 2014 finns det t.ex. fyra ärenden där stadgan berörs av nämnda organ: (2014-01-24 Misstänkta rätt till insyn vid frihetsberövanden, 2014-03-06 Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering, 2014-05-12 Hemliga tvångsmedel mot

allvarliga brott och 2014-12-17 Nya administrativa sanktioner på finansmarknaden).

### 3 Förutsättningar för instrumentens tillämplighet

#### 3.1 *Vem kan göra gällande skyddet och mot vem gäller det?*

Grundläggande rättigheter tillfaller enligt RF var och en (envar) som huvudregel, som befinner sig på svenskt territorium och där svensk jurisdiktion utövas. Ibland uttrycks detta också som "ingen" eller "någon". I vissa situationer anges att medborgare åtnjuter skydd som i t.ex. 2 kap. 3 § RF där det anges att ingen medborgare utan samtycke får antecknas i ett allmänt register enbart på grund av sin politiska åskådning. Se även 7 § som bl.a. anger att ingen medborgare får landsförvisas eller hindras att resa in i riket. Det primära subjektet i RF för rättigheterna är med andra ord enskilda (fysiska personer). Emellanåt preciseras ett krav på medborgarskap. Likaså anges i 25 § att begränsningar för icke-medborgare kan ske på något andra förutsättningar än för medborgare. Utgångspunkten som är värd att betona är dock att enskilda — såväl medborgare som icke-medborgare (utlänningar) — åtnjuter samma skydd.

I 2 kap. RF anges inte uttryckligen om juridiska personer skyddas av de grundläggande rättigheterna, förutom när det gäller den grundlagskyddade rätten till stridsåtgärder i 14 §. I övrigt torde rättighetsskyddet omfatta även sammanslutningar och juridiska personer i den mån som det går att utkräva i någon konkret mening eller om rättigheterna enligt sitt innehåll kan vara tillämpliga.

Skyddet i 2 kap. avser relationen mellan enskilda (enskilda/juridiska personer) och det allmänna och det har ingen så kallad tredjemansverkan enligt kommentarerna till RF (Eka m.fl. 2012 och Holmberg m.fl. 2012). Regleringen riktar sig därmed bara till offentliga organ. Om RF ska tolkas fördragskonformt (i enlighet med Europakonventionens rättigheter) bör denna strikta uppfattning förändras framöver.

I konventionen finns inga särskilda skrivelser motsvarande "medborgare" som i RF utan rättigheterna gäller envar (ingen, som det uttrycks emellanåt) vilket bl.a. framgår av artikel 1. Av samma artikel framgår att skyddet omfattar dem som befinner sig inom statens jurisdiktion (territorium). Däremot särregleras några rättigheter att gälla enbart för utlänningar, se t.ex. artikel 4 fjärde tilläggsprotokollet (som förbjuder kollektiv utvisning av utlänningar). Likaså framgår av praxis från Europadomstolen att begreppet folkrättens allmänna grundsatser i artikel 1 första tilläggsprotokollet (skydd för äganderätten) enbart avser utlänningars skydd för egendom (ersättningsrätt) enligt den allmänna folkrätten. Detta medför inte per automatik att den särreglering som finns i RF beträffande utländska medborgare strider mot konventionen utan det får göras en prövning i varje enskilt fall om det finns legitima skäl till särbehandling.

Juridiska personers konventionsrättigheter särregleras inte heller i konventionen. På motsvarande sätt som gäller för RF får man bedöma om denna grupp kan erhålla rättigheter eller inte i ett visst sammanhang. Av artikel 34 som behandlar vem som har klagorätt kan ytterligare vägledning ges om hur konventionen förhåller sig till vem som skyddas. Därå anges att *klagorätten* tillkommer enskild person, en icke-statlig organisation eller en grupp av enskilda personer. Som en icke-statlig organisation räknas bolag, föreningar och andra privaträttsliga juridiska personer. Likaså kan konventionens krav på *offer* i samma artikel ge viss vägledning. Av hur detta begrepp tolkats framgår att så kallade *actio popularis* inte är tillåtna; en intresserad samhällsmedlem kan med andra ord inte föra fram en talan om konventionskränkning. Det finns en rik praxis på detta område och begreppet offer tolkas relativt generöst för dem som för fram klagomål.

Mot vem gäller konventionens skydd? Utgångspunkten för skyddet är — på samma sätt som för RF — att det riktar sig mot staten; staten ska avhålla sig från handlingar som begränsar rättigheterna i strid med vad som anges i konventionen. Det är därmed också enbart staten som kan hållas ansvarig för brott mot konventionen antingen genom den inhemska rätten eller genom en dom från Europadomstolen. Enskilda kan inte utkrävas sådant ansvar i enlighet med konventionsrätten.

Dock, i vad mån kan staten hållas ansvarig om den *inte ingriper tillräckligt effektivt i relationen mellan enskilda*? När det gäller konventionens tredjemansverkan finns det en väl utvecklad praxis rörande detta (Drittwerking/third party applicability). Under vissa premisser kan staten hållas ansvarig för att ha brutit mot sina positiva förpliktelser, dels genom avsaknad av effektiv lagstiftning, dels genom att inhemska domstolar eller myndigheter inte ingriper till rättigheternas fördel. Artikel 8 (som bl.a. skyddar privat- och familjelivet) ger t.ex. en väl utvecklad praxis om indirekt tredjemansverkan. Tredjemansverkan och principen om positiva förpliktelser (utvecklad av Europadomstolen) hör med andra ord ihop. För att få en konkret bild över rättsläget i denna fråga får man skaffa sig närmare kännedom om respektive artikels innebörd och omfattning i praxis från Europadomstolen. Enligt undertecknads mening är det inte helt förutsägbart i vilka sammanhang som denna princip ”slår till”. Denna princip har inte heller ”hämtats hem” av de nationella domstolarna i någon större omfattning dags datum.

Stadgan gäller också enligt sin lydelse för var och en (ingen på vissa ställen). Vad som skiljer den från de övriga två instrumenten som behandlas här är att den också pekar ut andra grupper som subjekt för rättigheterna, förutom utländska medborgare som regleras särskilt i artikel 18–19 (asylrätten): För det första ges EU-medborgare särskilda rättigheter (se t.ex. artiklarna 15 (rätt att söka arbete inom unionen) och 39–40 (rätt att rösta)). Likaså särregleras barns rättigheter (artiklarna 24 och

32), äldres rättigheter (artikel 25), funktionshindrades rättigheter (artikel 26), arbetstagares rättigheter (artiklarna 26–31) och konsumenters rättigheter (artikel 38). I vissa sammanhang anges att de som bor inom EU eller har sitt säte där som en särskild grupp som åtnjuter rättigheternas skydd (artiklarna 43–45).

Juridiska personer skyddas på samma premisser som gäller för RF och konventionen. Det gäller alltså att läsa respektive artikel för att se om den också går att tillämpa på juridiska personer. Av artikel 28 framgår dock särskilt att arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation har kollektiv förhandlingsrätt. Artiklarna 43–45 tillämpas också, förutom på EU-medborgare, på fysisk eller juridisk person som bor inom EU eller har sitt säte där.

Stadgan gäller mot EU:s medlemsstater när de tillämpar EU-rätten och mot unionens institutioner, organ och byråer enligt artikel 51(1). En relevant rättslig fråga är under vilka förutsättningar som medlemsstaterna är skyldiga att följa stadgans regler och när en enskild sålunda kan åberopa den med framgång inför en svensk domstol. EU-domstolen har fastslagit vissa förutsättningar som ska gälla. Det råder en viss oklarhet kring statens ansvar vilket är otillfredsställande och svenska domstolar visar hittills en försiktig hållning i frågan.

Stadgans eventuella tredjemansverkan är också något oklar: I artikel 1 anges att människans värdighet är okränkbar och att den ska respekteras och skyddas. Av denna skrivning anses framgå att EU inte bara ska avhålla sig från ingrepp utan också aktivt ska skydda mot sådana, även mellan enskilda. Peers m.fl. i sin stora kommentar till stadgan anger att "it cannot be excluded that the protection duty also affects private parties." (Peers m.fl., 2014, s. 20 f.) De fortsätter dock med att ange att "it is not clear whether fundamental rights have a direct horizontal effect under the Charter."

Av artikel 52(3) framgår att i den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvaras av konventionens skydd ska de ha samma innebörd och *räckvidd* som i konventionen. Detta medför att den (indirekta) tredjemansverkan som redan är utvecklad och etablerad inom konventionsrätten ska gälla även för stadgans rättighetsskydd med avseende på konventionens rättigheter. En viktig frågeställning är i vad mån stadgans rättigheter omfattar och motsvarar konventionens. Om detta inte är fallet, kan en annan innebörd förstås aktualiseras.

### 3.2 Hur fastställer man en rättighets tillämpningsområde?

Av grundlagskommentarerna till RF framgår närmare hur en viss rättighet och dess omfattning är att förstå enligt RF och dess förarbeten. Utgångspunkten är regleringen ifråga och hur rättigheten uttrycks och om den ges en legaldefinition. Därefter hur kompletterar förarbetena denna innebörd liksom kommentarerna till lagtexten? Någon allmän

princip för hur en rättighets omfattning ska definieras finns inte utan denna fråga får alltså besvaras utifrån den rättighet som är ifråga och hur den har gestaltats i praktiken genom lagstiftning och domstolspraxis. Likaså kan vägledning hämtas från vissa särskilda förarbeten som berör viss lagstiftning.

Yttrandefriheten i 2 kap. 1 § punkten ett RF är t.ex. föremål för begränsningar i sin omfattning utöver dess definition i lagtexten. I Grundlagskommentaren (Holmberg m.fl. 2012, s. 88) anges:

”Åtskilliga slag av yttranden faller definitionsmässigt utanför grundlagsskyddet och kan därmed bli föremål för ingripanden utan stöd av något förbehåll i grundlagen. Detta gäller yttrande som anses vara ’brottsliga i annat avseende än såsom överskridande av yttrandefrihetens gränser.(...)Yttrande i tal eller skrift ingår ofta som ett led i gärningen vid ett stort antal brott utan att kunna betecknas som missbruk av yttrandefriheten. Exempel: brott där vilseledande eller hot är en brottsförutsättning.”

Likaså religionsfriheten i samma stadgande punkten sex (som har en absolut karaktär) ska t.ex. tolkas restriktivt vilket framgår av hur den är utformad. Där anges att det finns en frihet att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion. Många handlingar som vi i normalt språkbruk skulle uppfatta som religiösa till sin karaktär — och därmed kunna åtnjuta detta skydd — omfattas inte av denna reglering. Religionsutövning har med andra ord en snäv innebörd enligt RF.

Skyddet att få en rättegång inom skälig tid enligt 2 kap. 11 § andra stycket RF omfattas enligt förarbetena av den praxis som redan fanns vid regleringens tillkomst liksom av praxis från Europadomstolen. Det anges här till i förarbetena till bestämmelsen att den i framtiden gentemot Europadomstolens praxis ska ha en egen, självständig innebörd. Detta har bekräftats nyligen i praxis (se HD:s beslut 2015-06-12, Ö-2481-13).

När det gäller skyddet för egendom i 2 kap. 15 § RF framgår också av förarbetena att skyddet mot expropriationer (eller annat sådant förfogande) avser förmögenhetsrätter (legala äganderätter eller annan särskild rätt med ekonomiskt värde) som övertas med tvång. Härmed skyddas både fast och lös egendom. Den egendom som skyddas mot rådhetsbegränsningar är enbart mark och byggnad. Någon ytterligare definition av begreppet egendom förekommer inte i denna diskussion.

Av dessa exempel framgår att man får läsa lagtexten i kombination med dess (något gamla i vissa fall) förarbeten för att få en uppfattning om lagstiftarens syn på hur en rättighet ska definieras. De båda kommentarerna till RF förstärker i regel bilden som ges i förarbetena. Ur ett europarättsligt perspektiv kan emellanåt viss tolkning ifrågasättas och uppfattas som något föråldrad. Den nationella praxis som finns att tillgå rörande RF:s rättigheter ger generellt sett lite vägledning i denna fråga.

Några undantag finns. Frågan har inte heller varit särskilt diskuterad i svensk doktrin.

Av Europadomstolens praxis framgår att de begrepp rörande rättigheterna som upptas i konventionen ska tolkas autonomt. Detta medför att begreppet yttrande i artikel 10 t.ex. ska ha en egen konventionsrättslig innebörd oberoende av konventionsstaternas innebörd. Förutom den definition som återfinns i artikelns mening två och tre måste det slås fast vad ett yttrande är enligt konventionen. För att slå fast detta utreder domstolen vilka syften som rättigheten ska tillvarata. Tidigt (1976) yttrande den (Handyside mot Storbritannien, dom den 7 december 1976):

”Yttrandefriheten utgör en av de väsentliga grundvalarna för ett demokratiskt samhälle, en av de grundläggande förutsättningarna för dess framsteg och för varje människas utveckling. (...) (D)en omfattar inte endast ’information’ och ’idéer’ som mottas positivt eller anses ofarliga utan också dem som kränker, chockerar eller stör staten eller någon del av befolkningen. Detta är de krav som ställs av den pluralism, den tolerans och den vidynthet utan vilka inget ’demokratiskt samhälle’ kan existera.”

Samma sak gäller för begrepp som privat- och familjeliv i artikel 8 och egendom i första tilläggsprotokollets artikel 1. Under artikel 8 har bl.a. den fysiska integriteten, enskilds rykte och integritet, sexuella relationer, transsexualitet, personregistrering och information om privata förhållanden ansetts falla. Privatlivets skydd har med andra ord getts en vid innebörd. Detsamma gäller för begreppet egendom. Övåntat för många har detta begrepp (och därmed artikelns skyddsområde) utökats till att omfatta allt fler situationer där enskildas ekonomiska intressen berörs. En norsk forskare (Stig Solheim) har t.o.m. skrivit en hel avhandling om egendomsbegreppet i konventionen (Tromsö, 2010). Av praxis (Jan Malhous mot Tjeckien, dom den 13 december 2000) framgår att:

”’possessions can be ’existing possessions’ (...) or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a ’legitimate expectation’ of obtaining effective enjoyment of a property right.”

Slutligen har begreppet civila rättigheter och skyldigheter och anklagelse för brott i artikel 6 (rätt till domstolprövning) på motsvarande sätt fått en egen innebörd av domstolen. Det är endast när det rör sig om civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse om brott som en rätt till domstolsprövning träder in. Praxis på området är mycket omfattande och den har inte alltid varit förutsebar vare sig för enskilda eller för de anslutna staterna.

Kunskap om denna praxis som har exemplifierats ovan och förståelse för dess betydelse för omfattningen av en rättighet är avgörande för att veta om en artikel är tillämplig eller inte och om man kan nå framgång i

att få en sak prövad. I regel ges vida definitioner av begreppen vilket ger Europadomstolen tillträde att pröva statens agerande i sak.

Återigen framgår det av artikel 52(2–4) hur stadgan ska användas när rättigheternas tillämpningsområde ska bestämmas. Avses rättigheter som också återfinns i EU-fördragen ska de utövas på de villkor som (redan) gäller för dessa. Detta gäller t.ex. för artikel 16 som reglerar näringsfriheten. I punkten 2 hänvisas till konventionens rättigheter och att om rättigheterna i stadgan motsvaras av dessa de ska ha samma innebörd som i konventionen. Detta gäller för flera rättigheter i stadgan. (Se Förklaringar avseende stadgan, 2007/C 303/02, under artikel 52. Där framgår vilka rättigheter i stadgan som har samma innebörd och räckvidd som konventionen.) Unionsrätten kan dock tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Slutligen görs en hänvisning till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Om rättigheterna i stadgan motsvaras av dessa så ska de tolkas i enlighet med dessa traditioner.

### 3.3 Vad utgör en begränsning av en rättighet?

Traditionellt har den svenske lagstiftaren (RF 1974) intagit en restriktiv syn på vad som ska anses vara en begränsning av en rättighet i RF. I mitten av 1970-talet fanns den uppfattningen att "(g)rundlagsskyddet (...) i första hand (är) riktat mot sådana åtgärder från det allmännas sida som innebär faktiskt fysiskt tvång eller kriminalisering av vissa handlingar" (SOU 1975:75, s. 104). Förbuden mot rättighetsbegränsningar skulle inte heller omfattas av "varje negativ åtgärd från det allmännas sida, som är föranledd av att någon har utnyttjat en rättighet på ett visst sätt, eller som har till syfte att förmå någon att medge ett visst integritetsintrång." Vidare uttalades att en föreskrift skulle anses som en rättighetsbegränsning endast om det av föreskriften uttryckligen eller underförstått framgick att en sådan begränsning var åsyftad eller ingick som ett naturligt led i regleringen (prop. 1975/76:209, s. 154). Med denna definition av en begränsning föll inte alltid så många regleringar eller rättstillämpningar under tillämpningsområdet för RF.

Den nuvarande regleringen i 2 kap. 20–24 §§ avseende begränsningar är till synes omfattande i sitt slag. Fokus har, menar vissa, felaktigt varit mer inriktat på *hur* man kan begränsa rättigheter och hur man ska gå tillväga, i stället för att rikta fokus mot vilka rättigheter som behöver regleras i en rättsstat och hur dessa ska skyddas.

Denna restriktiva syn beskriven ovan på vad som utgör en begränsning och som alltså förekom på mitten av 1970-talet har till synes stått oförändrad om vi läser förarbetena till RF fram till i dag. Den reviderade 2 kap. RF (2010) avseende begränsningsmöjligheter ansågs enbart vara av språklig och redaktionell art.

Visserligen kan förklaringen till ett restriktivt synsätt i och för sig förstås (såsom en politisk möjlighet för lagstiftaren att reglera samhällsfrå-

gor så smidigt som möjligt och att inte i onödan belasta domstolarna med frågor om begränsningar) men argumenten för ett något vidare synsätt är ändå starkare: (1) Regler om rättigheter bör allmänt sett tolkas generöst till den enskildes fördel och därför bör också effekten av en reglering analyseras ur ett begränsningsperspektiv. (2) Syftet med ett grundlagsskydd för rättigheter skulle vidare gå om intet om lagstiftaren hela tiden kan bestämma vad som ska utgöra en begränsning. (3) Ett snävt synsätt rimmar illa med RF:s systematik i övrigt och grundlagtexten ger inte utrymme för en sådan snäv tolkning i sig där enbart sanktioner eller syftet med regeln tas hänsyn till. (4) Slutligen är en sådan restriktiv tolkning av rättigheter omodern och konservativ ur ett rättighetsperspektiv.

Av några lagstiftningsärenden från 2000-talet framgår att denna fråga har behandlats och att vissa som medverkar i lagstiftningsprocessen varit beredda att frångå det tidigare något konservativa synsättet. Ett ärende rörande skyddet för näringsfriheten i 2 kap. 17 § RF kan belysa detta: Fråga var om ett förbud för landsting att låta privata aktörer driva akutsjukhus utgjorde en begränsning av näringsfriheten (prop. 2000/01:36, s. 16, se ett annat ärende rörande maskeringsförbud och skyddet för föreningsfriheten i 2 kap. 1 § RF: prop. 2005/06:11). Lagrådet i sitt remissyttrande anförde att den föreslagna regleringen innebar en begränsning av näringsfriheten. Detta höll dock inte regeringen med om eftersom förslaget riktade sig till landstingen och inte till näringsidkare, det endast rörde sig om en begränsning av att överta viss typ av drift, och slutligen i vart fall, begränsningen föranleddes av ett angeläget allmänt intresse.

I den proposition som låg till grund för revisionen av RF 2010 framgår ytterligare något av intresse för frågan. Uttalandet kan innebära en förskjutning i det tidigare angivna restriktiva synsättet. Hur skulle den nya lydelsen av 2 kap. 6 § andra stycket RF tillämpas rörande skydd för den personliga integriteten? Vad innebar ord som övervakning och kartläggning?

”Avgörande för om en åtgärd ska anses innebära övervakning eller kartläggning är inte dess huvudsakliga syfte utan vilken *effekt* åtgärden har. Vad som avses med övervakning respektive kartläggning får bedömas med utgångspunkt från vad som enligt normalt språkbruk läggs i dessa begrepp. (...) Bestämmelsen omfattar endast sådana intrång som på grund av åtgärdens intensitet eller omfattning eller av hänsyn till uppgifternas integritetskänsliga natur eller andra omständigheter innebär ett betydande ingrepp i den enskildes privata sfär” (prop. 2009/10:80, s. 250, författarens kursivering).

Denna skrivning vittnar om att grundlagsstiftaren i vart fall i det specifika ärendet varit beredd att anamma ett vidare synsätt på hur en begränsning ska förstås *de lege lata*.

I ett annat betänkande från 2013 rörande ersättning vid rådighetsinskränkningar (SOU 2013:59) analyserades motsvarande fråga rörande begreppet rådighetsinskränkningar av fast egendom enligt 2 kap. 15 § RF. Utredningen hade tillsatts som en effekt av den justering av ersättningsrätten som gjordes med anledning av grundlagsregleringen 2010 och man avsåg bl.a. att utreda eventuella undantag från undantaget till ersättning. Först gavs några exempel på när en sådan inskränkning var för handen. Det kunde röra sig om när det allmänna, utan att ta egendomen i anspråk, hindrar en viss användning av densamma, t.ex. genom förbud eller förelägganden eller genom att ställa upp vissa krav på tillstånd för verksamhet. Vissa inskränkningar hade också *de lege lata* ansetts falla direkt utanför bestämmelsens tillämpningsområde. Slutligen:

”För att utgöra en rådighetsinskränkning i grundlagens mening bör det vidare krävas en viss grad av *kvalifikation* på ingreppet, så att rent bagatellartade åtgärder faller utanför definitionen. Den omständigheten att en markägare eller verksamhetsutövare måste lämna tillsynsmyndigheter tillträde för kontroll och provtagning m.m. (...) utgör inte ett tillräckligt intrång för att man ska kunna tala om en rådighetsinskränkning” (SOU 2013:59, s. 40 f, författarens kursivering).

Någon nyare rättspraxis från 2000-talet som behandlar frågeställningen finns inte att tillgå och det verkar allmänt sett som om denna fråga inte heller har så stort praktiskt intresse. Det torde främst vara i samband med ett lagstiftningsärende som frågan aktualiseras och kan ställas på sin spets; ska det så kallade kvalificerade förfarandet kunna användas i 2 kap. 22 § RF? Krävs det lagform enligt 20 §? Av redogörelsen ovan framgår att det inte finns någon enhetlig uppfattning av hur begreppet begränsning ska uppfattas. Det framskymtar en tendens att numera se på begränsningar ur den enskildes perspektiv samt vilken effekt en viss regel har. Likaså talas det emellanåt om kvalifikationsgräns. Många av de uttalanden som gjordes vid RF:s tillkomst på 1970-talet upplevs därmed inte som lika relevanta även om det fortfarande får anses ge uttryck för gällande rätt.

Det är främst genom Europadomstolens praxis som vi närmare kan få belyst vad som utgör en begränsning av en konventionsrättighet. En stor skillnad gentemot RF är att konventionen tolkas dynamiskt och effektivt av Europadomstolen till förmån för den enskilde vilket medför att frågan om begränsningar hanteras något annorlunda. Vilka handlingar av staten berör rättigheterna i sådan grad att kontrollmekanismerna i konventionen ska användas? För att kunna svara på frågan måste man bedöma vilka värden som rättigheten ifråga tillvaratar och hur dessa naggas i kanten av statens åtgärder.

I rättspraxis från Europadomstolen rörande avvisning av ett ärende kan man få viss vägledning. Besluten grundar sig på artikel 35(3). Om

ett klagomål är uppenbart oggrundat ska det inte tas upp till sakbehandling. Denna avvisningsgrund förutsätter att Europadomstolen gör en viss summarisk prövning av ärendet och finner att det inte finns tillräckliga skäl att pröva det i sak.

Emellanåt behandlar Europadomstolen också denna fråga men det kan vara svårt att avgöra av dess argumentering om det rör sig om ”inskränkningsfrågan” eller ”kränkingsfrågan”. Ur individens perspektiv är det att föredra om Europadomstolen prövar så många mål som möjligt. Med tanke på den arbetsbelastning som domstolen har måste den förstås väga av individens rätt till saklig prövning gentemot en alltför överbelastad och därmed kraftigt beskuren domstol.

Äganderätten (artikel 1 första tilläggsprotokollet) skyddar exempelvis i första hand en ekonomisk rätt för den enskilde och handlingar som visserligen stör ägaren men inte rör ägandet ur ekonomiskt perspektiv, t.ex. mindre estetiska eller miljömässiga störningar, bör därför enligt denna logik primärt inte anses som inskränkningar av äganderätten. Ett franskt fall inför Europadomstolen visar dock att även värden av icke-ekonomisk karaktär skyddas. Målet avsåg en markägare som var tvungen att bli medlem i en jaktvårdsförening och därmed att ställa sin mark till förfogande trots att han principiellt var emot jakt. Domstolen prövade ärendet i sak och fann att begränsningen var oproportionerlig, (Chassagnou mot Frankrike, dom den 29 april 1999).

Andra rättigheter prövas enligt samma logik och synsätt. Frågor som ställs är vilka värden som rättigheten avser att skydda och om ingreppet är av mindre art eller inte. I ett mål från 1980 bedömde Europadomstolen om en person var berövad friheten i enlighet med artikel 5, (Guzzardi mot Italien, dom den 6 november 1980). Artikeln skyddade den enskildes rätt till frihet och dess syfte var att garantera att ingen godtyckligt berövades denna frihet:

”In order to determine whether someone has been ‘deprived of his liberty’ within the meaning of Article 5 (art.5), the starting point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question”.

Efter en sammanvägning av olika faktorer (rörelsefriheten var så begränsad och omfattade ett så litet område) ansåg domstolen att det rörde sig om en sådan begränsning som artikel 5 avsåg, nämligen ett frihetsberövande.

När det gäller sådana rättigheter som enligt konventionen är absoluta och inte får begränsas, som t.ex. artikel 3 som förbjuder tortyr m.m. kan begränsningsfrågan bli avgörande för om en kränkning har skett eller inte. Om rättigheten är begränsad har ju detta skett i strid med dess absoluta karaktär. När det rör begreppen omänsklig behandling

eller förnedrande behandling i nämnda artikel har dessa dock tolkats restriktivt.

Artikel 52(1) i stadgan anger hur begränsningar av rättigheter kan ske. Flera av rättigheterna är begränsningsbara. I den mån stadgans rättigheter motsvaras av konventionen ska de ha ”samma innebörd och räckvidd” som i denna, vilket framgår av artikel 52(3). Vad som utgör en begränsning motsvaras alltså till stor del av konventionens rättighets-system inkluderat praxis. Unionsrätten kan alltid, anges det i samma artikel, tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Detta torde medföra att flera förhållanden kan omfattas av vad som utgör en begränsning och därmed prövas i sak. När det gäller rättigheter i stadgan som också återfinns i EU-fördragen så ska de utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs där enligt artikel 52(2). Om rättigheterna som återfinns i stadgan härrör från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner så ska de tolkas i samstämmighet med dessa enligt artikel 52(4). Flera rättigheter i stadgan kan komma att ingå i samtliga av dessa artiklar och överlappning dem emellan kan därmed ske.

## 4 Tolkningsprinciper och andra principer av betydelse för rättigheternas innehåll

### 4.1 *Legalitet*

Den gemensamma princip som bör nämnas inledningsvis är kravet på lagstöd eller legalitetsprincipen, begränsningar i grundläggande rättigheter måste ha stöd i lag. Även om principen är gemensam för alla tre instrument som behandlas i denna framställning finns det skillnader som bör lyftas fram. Krav på lagstöd regleras i 2 kap. 20 § RF, i de artiklar i konventionen som föreskriver om begränsningar liksom i artikel 52(1) i stadgan.

RF:s lagkrav är formellt eftersom det krävs att den föreskrift som begränsar en rättighet är beslutad av riksdagen såsom lag. Detta krav analyseras inte i grundlagskommentarerna (Eka m.fl., 2012 och Holmberg m.fl., 2012) utan verkar tas för givet. Syftet bör emellertid vara att en av riksdagen beslutad lag uppfyller vissa kvalitetskrav. Sådana krav kan i regel bäst tillgodoses i beredningsarbetet genom den lagstiftningsprocedur som är föreskriven i RF och RO. Remissförfarandet (7 kap. 2 § RF) kan t.ex. medverka till att synpunkter inhämtas från myndigheter och organisationer med insyn i och sakkunskap om det förslag som ska läggas. Av denna anledning är tiden för att avge remiss väsentlig när vi talar om en lags kvalitet. Tiden för en remiss är inte närmare reglerad i RF även om det finns ett visst preciserat beredningskrav i praxis gällande särskilt lagförslag.

Lagrådets granskning kan medverka till att lagförslag som begränsar rättigheter inte träder rättigheterna i 2 kap. RF för när. Även Lagrådet bör av denna anledning ha viss tid på sig för att kunna avge ett yttrande.

Den möjlighet till fördröjning i tolv månader som anges i 2 kap. 22 § RF för lagförslag som begränsar rättigheterna medför också att ett förslag ”präglas av omsorg och nödig försiktighet” (KU 1978/79:39, s. 9). Föreskrifter som begränsar en rättighet men som inte återfinns i lags form enligt 20 § strider därför mot RF oavsett deras innehåll.

I RÅ 1981 2:14 och NJA 1986 s. 489 behandlades uttryckligen frågan om det skulle ha krävts lagstöd enligt 2 kap. RF (dåvarande 12 §). I övrigt verkar det som om denna fråga inte har behandlats i våra prejudikatdomstolar.

I artiklarna 5 och 8–11 i konventionen anges uttryckligen ett krav på lagstöd för att en begränsning ska anses som konventionsenlig. Detta framgår också av andra artiklar i tilläggsprotokollen som reglerar begränsningar. Kravet är inte formellt till skillnad från det som anges i RF. Det måste emellertid finnas stöd i den inhemska rätten för åtgärden som granskas vilket t.ex. kan avse etablerad rättspraxis eller föreskrifter i någon form. Lagen måste även uppfylla vissa kvalitetskrav. Den ska vara tillräckligt tydlig, medge rimlig förutsebarhet och den ska vara allmänt tillgänglig. Kravet på rimlig förutsebarhet avser att hindra mot godtycklig maktutövning. Detta hindrar i och för sig inte att skönsmissiga värderingar tillåts men dessa måste göras inom tillräckligt klara ramar ur den enskildes synvinkel.

Beroende på vilken sorts begränsning som avses och hur ingripande den är för den enskilde får kravet på legalitet olika innebörd i praxis. Rör det sig om ett frihetsberövande kan det rimligen ställas högre krav på innebörden av principen än om det rör sig om ett annat typiskt sett mindre ingripande ingrepp. Denna prövning kommer emellertid främst till uttryck i proportionalitetsgranskningen som man får uppfatta praxis.

Det finns — till skillnad från i nationell praxis — en omfattande praxis från Europadomstolen rörande lagkravet. Detta kan verka överaskande med tanke på att flera stater som är medlemmar i Europarådet upprätthåller till synes en hög profil i rättsstatliga frågor.

I artikel 52(1) i stadgan anges som en av förutsättningarna för att få begränsa en rättighet att det sker genom lag. Av artikel 52(3) framgår att stadgans lagkrav motsvaras av konventionens i de situationer rättigheterna motsvaras av konventionens rättigheter. Av artikel 52(2) framgår vidare att de rättigheter som erkänns i stadgan och som återfinns i fördragen ska utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs i dessa. Innebörden av EU-rättens legalitetsprincip blir i dessa fall avgörande. Likaså finns en hänvisning till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner i artikel 52(4): Om några grundläggande rättigheter erkänns i stadgan som också erkänns genom medlemsstaternas konstitutionella traditioner så ska rättigheterna tolkas i enlighet med dessa. Detta medför också att medlemsstaternas uppfattning om begreppet lag kan få betydelse för hur stadgans lagbegrepp ska förstås.

#### 4.2 *Proportionalitet*

Ett ingrepp i en rättighet måste vara proportionerligt. Det innebär att det ska vara ändamålsenligt, det vill säga uppfylla de intressen som är angivna som legitima. Det ska inte finnas mindre ingripande åtgärder för att uppfylla syftet. Slutligen ska det stå i rimlig relation till det intresse som det är avsett att tillgodose. Om så inte är fallet är en begränsning inte tillåten. Principen kommer till uttryck genom vad som föreskrivs i 2 kap. 21 § punkten två RF. Av konventionspraxis framgår att Europadomstolen tillämpar principen (som inte direkt uttrycks i konventionen). Slutligen anges den direkt i artikel 52(1) i stadgan.

Principen torde i praktiken vara en och samma men den har fått en viss särprägel beroende på i vilken mylla och i vilket sammanhang som den har använts. Den har likaså historiskt haft mer eller mindre betydelse inom de olika rättighetsinstrumenten. Dess praktiska betydelse är mycket stor. Europadomstolens praxis har med denna princip som grund påverkat den utveckling som ägt rum i Sverige under de senaste 20 åren. Den ”svenska” proportionalitetsprincipen har därmed också fått ökad relevans. Likaså har den allmänna principen om proportionalitet som sedan länge är etablerad inom EU påverkat både konventionsrätten och den svenska rättens tillämpning. Sammantaget finns en växelverkan mellan de olika instrumenten och dess innebörd är i ständig förändring.

Proportionalitetsprincipen i RF har funnits med alltsedan 1976. Ett av syftena med lydelsen om att en begränsning aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den är, att när en begränsande lagstiftning beslutas, lagstiftaren noga redovisar sina syften. Det är med andra ord fråga om ett krav på tydlighet och öppenhet i syfte att lagstiftningen i efterhand ska kunna kontrolleras.

I flera moderna lagstiftningsärenden har principen kommit att diskuteras lite närmare: Ett rörde t.ex. vissa ingrepp i näringsfriheten för minkuppfödare (skärpta djurskyddskrav) som inte ledde till lagstiftning (prop. 2005/06:197, s. 20 f.). Ett annat rörde tvångsvis anslutning till fiskevårdsområden och ingrepp i den negativa föreningsfriheten (prop. 2009/10:227, s. 29). I det så omtalade lagstiftningsärendet om lagring av trafikdata (på grundval av EU:s direktiv 2006/24EG) fann KU att det svenska lagförslag som förelåg vid tidpunkten för direktivets genomförande i Sverige inte gick utöver vad som var nödvändigt med hänsyn till ändamålet med den föreslagna åtgärden (2010/11:KU3y).

Principen har också fått en närmare precisering i nyare svensk rättspraxis (NJA 2012 s. 400). I några mål där denna princip behandlades rörde det sig om begränsningar av äganderätten (trots att begränsningar i denna rättighet inte lyder under nämnda reglering i RF med hänsyn till hur 15 § är utformad):<sup>1</sup> De frågor som bör ställas enligt dessa

<sup>1</sup> RÅ 1996 ref. 44, RÅ 1997 ref. 59, RÅ 1998 ref. 76 och RÅ 1999 ref. 76.

rättsfall är (1) om åtgärden kan leda till det önskade resultatet, (2) om det finns mindre ingripande alternativ och (3) om vinsterna överväger det intrång som åtgärden medför.

I Åke Green-målet från 2005 behandlades proportionalitetsprincipen när det gällde frågan om ett bifall av åtalet skulle anses strida mot skyddet för yttrandefriheten i RF (NJA 2005 s. 805). Domstolens bedömning var densamma som lagstiftarens och något brott mot denna princip var därför inte för handen ansåg domstolen. I manga-målet från 2012 behandlade HD däremot principen mer självständigt gentemot lagstiftaren och den ifrågasatte dess bedömning på några punkter bl.a. vad gäller om ett bifall enligt några åtalspunkter var proportionerligt enligt RF, (NJA 2012 s. 400). Detta befanns inte vara fallet.

I konventionsrätten har principen en stark och betydelsefull ställning. Till en början kom den att utvecklas mot bakgrund av lydelsen i artiklarna 8–11 som anger ett krav på *nödvändigt* i ett demokratiskt samhälle för att en begränsning ska anses som konventionsenlig. Detta krav kom att omformas till proportionalitet i allmänhet och det inlemmades även vid tillämpningen av de övriga artiklarna. Praxis på området är omfattande och den får läsas mot bakgrund av vilken rättighet det är som behandlas. Domstolens eget utrymme att bedöma om en kränkning av konventionen har ägt rum eller inte har genom denna princip användning ökat betydligt. Det är i princip på grundval av denna som domstolen slår fast om en kränkning ägt rum eller inte.

En av nyheterna med stadgan är bl.a. att den uttryckligen anger ett krav på proportionalitet (artikel 52(1)). Innebörden av stadgans proportionalitetskrav bestäms — som när det gäller de andra principerna i detta avsnitt — utifrån vilken rättighet som avses. Rör det sig om en sådan rättighet som återfinns i konventionen blir det dess praxis avseende proportionalitet som ger vägledning. Rör det sig om rättigheter som återfinns i EU-fördraget får tolkningen av principen vägledning därifrån. Det finns en rik rättspraxis från EU-domstolen som utvisar hur denna tillämpar principen. Den anges också numera i artikel 5(4) Unionsfördraget avseende dess tillämpning i förhållande till EU:s institutioner.

#### *4.3 Förarbetenas betydelse — subjektiv/historisk tolkning*

Genom att använda förarbetena till en viss lagtext kan man få förståelse för vad lagstiftaren avsåg med rättighetsreglerna vid en viss given tidpunkt. Det är det subjektiva syftet med rättigheten som anges där eller den historiska tolkningen av rättigheterna som avses. Det finns förarbeten till både RF, konventionen och stadgan men deras betydelse varierar något.

I svensk rätt är förarbetsuttalanden av tradition betydelsefulla för förståelsen av svensk rätt. De används flitigt i domstolar. Man hänvisar ofta

till tidigare förarbeten i nyare lagstiftningsärenden. Fram till 2000-talets början var det förarbetenas uppfattning om hur rättigheterna skulle tolkas som var mest betydelsefull. Som angavs inledningsvis fanns till och med en diskussion — rörande skyddet för äganderätten i dåtida 18 § — med innebörd att förarbetenas uppfattning skulle ha företräde framför en klar och entydig lagtext (RF). Detta synsätt torde inte vara gällande idag med tanke på hur rättighetsskyddet har utvecklats.

Numera — med hänsyn till att vi börjar få en rättspraxis rörande 2 kap. — finns en ansats till ett mer pluralistiskt synsätt när det gäller vilken betydelse förarbetena ska ha, som medför att domstolar (främst HD och HFD) är benägna att underkänna lagstiftarens uppfattning emellanåt i mål rörande normprövning. Mycket kan förklaras med att vi lever i en tid med snabb förändring och att förarbetena av denna anledning snabbt blir föråldrade. Lagstiftaren har helt enkelt inte haft möjlighet att förutse en viss situation eller att en dom från Europadomstolen skulle förändra rättsläget på ett visst sätt. Förarbetena är trots detta informativa: de belyser lagstiftarens uppfattning vid en viss given tidpunkt och de kan därmed ge förståelse för rättigheternas utveckling i tiden. De ger också god kännedom om i vilka sammanhang som rättigheterna har behandlats i olika lagstiftningsärenden och när domstolar bedömt om begränsningar varit grundlagsenliga eller inte. Ett viktigt komplement till dessa är de grundlagskommentarer som finns utgivna senast 2012 (Eka m.fl. 2012 och Holmberg m.fl. 2012).

Till konventionen finns enbart förarbeten från tiden då den utarbetades (*Travaux préparatoires*). Det finns också förarbeten till respektive tilläggsprotokoll, varav en del är av mer modernt snitt. Den praktiska betydelsen av dem varierar något och Europadomstolen har gett dem viss betydelse genom åren i syfte att tolka konventionen i enlighet med dess författare. Det torde dock råda enighet numera om att de ska användas med försiktighet eftersom de (huvudsakligen) numera är så pass omoderna (eller historiska). Rättigheterna har utvecklats betydligt sedan 1950-talet utan hjälp av förarbetena och med hjälp av en progressiv Europadomstol. En tolkning med förarbetena som hjälp hindrar därför domstolen från att utveckla rättigheterna i modern riktning.

Allmänt sett har inte förarbeten någon särställning inom EU-rätten, även om dess användning inte — som många kanske tror — minskat genom åren utan snarare ökat. Till EU-stadgan finns dock en förklaring som har en något annorlunda rättslig status i sammanhanget: Det anges nämligen uttryckligen att stadgan ska tolkas ”med vederbörlig hänsyn till” ett ”antal förklaringar” som anger vilka källorna är till respektive bestämmelse (artikel 52(7)). Dessa är belysande för förståelsen av hur en viss rättighet ska förstås och de utgör ett värdefullt tolkningsverktyg avsett att klargöra stadgans bestämmelser. Numera, sedan stadgan har blivit ett bindande rättsligt instrument såsom övrig primärrätt inom EU,

torde betydelsen av detta förarbete ha minskat till förmån för rättspraxis som växer fram på olika rättsområden. Detta trots att EU-domstolen ofta i och för sig hänvisar till förklaringen. Men i takt med att praxis växer blir denna mer betydande och därmed mer användbar än förklaringen.