

Stockholm den 6 maj 2009

R-2009/0129

Till Justitiedepartementet

Ju2008/10662/L6

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 28 januari 2009 beretts tillfälle att avge yttrande över Grundlagsutredningens betänkande En reformerad grundlag (SOU 2008:125).

SAMMANFATTNING

Advokatsamfundet tillstyrker i huvudsak utredningens förslag och välkomnar att parlamentarisk enighet uppnåtts i konstitutionella grundläggande frågor. Advokatsamfundet har valt att koncentrera sitt yttrande till de kapitel som är av särskild vikt för samfundet. Advokatsamfundet är av uppfattningen att en stark och oberoende advokatkår är en viktig garant för ett demokratiskt rättssamhälle och vidhåller, på sätt som framförts till Grundlagsutredningen, att advokater och Advokatsamfundet borde tillförsäkras sitt oberoende i grundlagen. De skäl som Grundlagsutredningen anfört mot detta förslag är enligt Advokatsamfundets uppfattning inte helt övertygande och Advokatsamfundet anser därför att denna fråga bör bli föremål för särskild utredning under det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Advokatsamfundet är alltjämt av uppfattningen att det utgör en brist att Sverige saknar en egentlig författningsdomstol. Behovet av en författningsdomstol framstår som än mer angeläget när kvaliteten på såväl beredning som på den materiella lagstiftningen försämras. En författningsdomstol skulle utgöra ett skydd för de grundlagsfästa fri- och rättigheterna.

Advokatsamfundet välkomnar utredningens förslag att stärka fri- och rättigheterna i regeringsformen. Samfundet delar utredningens uppfattning att integritetsskyddet behöver

reformas och anser att detta bör göras i enlighet med Integritetsskyddskommitténs förslag.

FÖRHÅLLET MELLAN REGERINGEN OCH RIKSDAGEN

Advokatsamfundet tillstyrker den av Grundlagsutredningen föreslagna utvidgningen av konstitutionsutskottets rätt till information från regeringen i granskningsärenden. Advokatsamfundets anser dock att det ska föreligga en skyldighet för regeringen och dess tjänstemän att till konstitutionsutskottet inte bara lämna ut handlingar, utan även att lämna upplysningar och yttranden m.m. Förebild kan enligt Advokatsamfundets mening hämtas från regleringen som avser bl.a. domstolarnas skyldighet att lämna upplysningar till Riksdagens ombudsmän enligt 12 kap. 6 § regeringsformen.

DOMSTOLARNA OCH FÖRVALTNINGEN

Advokatsamfundet tillstyrker Grundlagsutredningens förslag som ytterligare ska förstärka domstolarnas oberoende. Ytterligare en fråga som bör övervägas i detta sammanhang är att undanta domstolarna från Justitiekanslerns kontroll och tillsyn. Eftersom Justitiekanslern är en myndighet underställd regeringen framstår denna konstitutionella ordning som mycket främmande.

Utbyte av domare mellan Högsta domstolen och Regeringsrätten

Advokatsamfundet instämmer i Grundlagsutredningens förslag i avsnitt 20.2.2 vad avser frågan om att möjliggöra ett utbyte av domare mellan Högsta domstolen och Regeringsrätten. I likhet med utredningen är Advokatsamfundet av uppfattningen att en ökad flexibilitet på detta område kan ha ett värde.

Utnämning av domare m.m.

Advokatsamfundet tillstyrker utredningens förslag beträffande ledigförklaring av domartjänster m.m. Advokatsamfundet tillstyrker likaså förslaget om inrättandet av en nämnd och hur tillsättning av domartjänster ska gå till. Advokatsamfundet delar dock inte utredningens syn på fördelarna med ett genomgående offentligt tillsättningsförfarande. Advokatsamfundet anser att det finns betydande risk för att personer som skulle kunna vara intresserade av en sådan tjänst, bl.a. samfundets egna ledamöter, kan komma att avhålla sig ifrån att söka tjänster vid ett öppet rekryteringsförfarande.

Den undersökning som redovisats i kapitel 4 i SOU 2009:4, Sekretess vid anställning av myndighetschefer, visar på ett betydligt lägre antal sökande till chefsposter vid ett offentligt förfarande. Det finns ingen anledning att tro att inte motsvarande skulle bli fallet om man skulle införa ett framtida öppet tillsättningsförfarande av domartjänster.

Lagrådets roll m.m.

Ett förstärkt Lagråd framstår som nödvändigt med hänsyn till den lagstiftningstakt och den ökade komplexitet som bl.a. EU-inträdet och införlivandet med Europakonventionen föranleder. Advokatsamfundet tillstyrker därför Grundlagsutredningens förslag.

Advokatsamfundet anser dessutom att det kan diskuteras om inte Lagrådets ställning ytterligare skulle kunna stärkas genom att besätta detta med andra jurister med lagstiftningserfarenhet än ”aktiva” justitie- och regeringsråd.

Ett mer fristående Lagråd skulle enligt Advokatsamfundets mening bidra till tydligare skillnader mellan den dömande, den lagstiftande och den verkställande makten.

Uppenbarhetsrekvisitet

Advokatsamfundet tillstyrker Grundlagsutredningens förslag att slopa det s.k. uppenbarhetsrekvisitetet i 11 kap. 14 § regeringsformen.

Regeringsformens andra kapitel om grundläggande fri- och rättigheter, var vid den nya grundlagens tillkomst 1975 endast ett provisorium. Det var först efter ett separat utredningsarbete år 1977 som det andra kapitlet fick den utformning det har i dag.

Att konstitutionella frågor därmed fick en ökad betydelse i regeringsformen är uppenbart. Fri- och rättighetsskyddet i 2 kap. regeringsformen skulle ha kunnat fungera som en utgångspunkt för enskilda att i domstol hävda sin rätt gentemot det allmänna, såväl beträffande lagstiftningen som sådan som i fråga om myndigheternas rättstillämpning. I stället har reglerna i regeringsformens andra kapitel kommit att tolkas restriktivt, bl.a. på grund av uppenbarhetsrekvisitetet i 11 kap. 14 § regeringsformen.

Det råder inte någon tvekan om att den ökade respekten för Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och de möjligheter till domstolsprövning som ges i anslutning därtill, har förstärkt de enskildas fri- och rättigheter. Riksdagen har aktivt bidragit till denna utveckling genom införandet av lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

Trots att Europakonventionen endast gäller som lag i Sverige, visar utvecklingen inom svensk rättspraxis att Europakonventionens skydd rent faktiskt förefaller vara materiellt sett starkare än det motsvarande skyddet i regeringsformen. Europakonventionen kan således uppfattas ha en starkare ställning än grundlagens fri- och rättighetskapitel. Eftersom Europakonventionens rättighetsskydd i stor omfattning har anammats av EG-domstolen som allmänna rättsprinciper, kan vissa av dessa regler med stöd av EG-rättens företrädesprincip ha en formellt starkare ställning i rättsordningen än vad som framgår av den svenska regeringsformen.

Därtill kommer att ett renodlat fri- och rättighetssystem är på framväxt inom EU. Genom Lissabonfördraget förslås den stadga om de grundläggande rättigheterna, som antogs år 2000 som en politisk förklaring, bli juridiskt bindande. I stadgan behandlas medborgerska, politiska, ekonomiska och sociala rättigheter.

Advokatsamfundet anser mot denna bakgrund att det kan förvilla och försvåra för enskildas rättsskydd om inte den nationella konstitutionella rätten på ett tydligt sätt ger ett skydd som motsvarar, och till och med är starkare, än det som ges av Europakonventionen och EU-rätten. Det rättsliga systemet bör särskilt beträffande dessa frågor vara användarvänligt. Ett domstolssystem där ett flertal olika processvägar kan vara tillämpliga, undergräver i förlängningen enskildas rättsskydd.

Högsta domstolen konstaterade i NJA 2005 s. 462 att det i artikel 13 i Europakonventionen föreskrivs att den, vars fri- och rättigheter enligt konventionen har kränkts, ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. Högsta domstolen konstaterar också att Europadomstolen även uttalat att rättsmedlet ska göra det möjligt att fastställa statliga organs ansvar och att, i tillämpliga fall, gottgöra den enskilde med såväl ekonomiskt som ideellt skadestånd, varvid Högsta domstolen bl.a. refererar till Europadomstolens dom den 26 oktober 2000 i målet *Kudla mot Polen*.

Med beaktande av såväl problemen med att ha alltför många parallella regelsystem, som målanhopningen hos Europadomstolen, anser Advokatsamfundet att den svenska regeringsformen bör utgöra den naturliga utgångspunkten för det svenska fri- och rättighetsskyddet. Detta innebär att Europakonventionen, så långt möjligt, ska ses som en naturlig del av och ett komplement till den svenska rättsordningen som ska tillämpas som en sådan av svenska domstolar i de fall rättighetsskyddet i 2 kap. regeringsformen skulle visa sig vara otillräckligt. Detta bör i förlängningen också få återverkningar på utformningen av fri- och rättighetsskyddet i den svenska grundlagen.

Enligt Advokatsamfundets mening innebär slopandet av uppenbarhetsrekvisitet att grundlagens betydelse stärks, vilket bidrar till att stärka fri- och rättighetsskyddet i Sverige. Dessutom kommer enskilda medborgare i allt större utsträckning vid inhemska domstolar kunna bevaka att maktbalansen mellan riksdagens och regeringen upprätthålls samt att förvaltningsmyndigheternas oberoende respekteras vid tillämpning av lag. Oaktat uppenbarhetsrekvisitets betydelse på senare tid alltmer urholkats i och med EG-rättens företräde och därigenom Europakonventionen, till den del konventionen utgör EG-rätt, är det av stort värde att Sveriges grundlag också i regeringsformen tillmäts den konstitutionella vikt den förtjänar. Det är av särskild betydelse i ett alltmer sekulariserat och mångkulturellt samhälle. Grundlagen kan därvid fungera som en sammanhållande faktor.

Författningsförslaget är dock enligt Advokatsamfundets mening inte alldeles klart utformat och riskerar därigenom att urvattna bestämmelsen på ett sätt som innebär att borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet blir en chimär och i verkligheten inte leder till någon ändring i sak.

Frågan om en författningsdomstol

Advokatsamfundet är av uppfattningen att det utgör en brist att Sverige saknar en egentlig författningsdomstol, men har förstått att de politiska förutsättningarna för införande av en sådan inte finns.

Advokatsamfundet vill i sammanhanget ändå aktualisera frågan om det inte vore såväl mer rättssäkert som mer förutsägbart och effektivt att en i förhållande till grundlagarna tveksam reglering kan prövas vid en författningsdomstol.

De senaste åren har behovet av normprövning ökat. Utredningens förslag innebär en förstärkt normprövning genom förslaget om borttagande av uppenbarhetsrekvisitet och införande av ett förstärkt Lagråd. Enligt samfundets mening finns dock ett behov av en författningsdomstol. Behovet har ökat genom den ökade komplexiteten i lagstiftningen, men också på grund av en försämrad lagstiftningskvalitet. Den svenska lagstiftningstraditionen har i flera hänseenden kommit att överges. Beredning av lagstiftning sker mindre omsorgsfullt och i vissa fall på ett sätt där det kan ifrågasättas om beredningskravet är uppfyllt. Till viss del är det ett resultat av EG-rätten och medlemsländernas skyldighet att implementera direktiv och rambeslut. Detta leder ibland till orimligt korta remisstider. Allt oftare presenteras betänkanden med ingripande lagförslag i en departementspromemoria till skillnad mot de tidigare offentliga utredningar med sakkunniga och experter, vilka utgjorde en stabil bas att utgå ifrån. Flera exempel på undermålig lagstiftning har på senare år kunnat iakttas. Lagen om försvarsunderrättelseverksamhet, lagen om signalspaning och implementeringen av tredje penningtvättsdirektivet är bara några exempel på undermålig lagstiftning, som lagrådsgranskning till trots lett till undermålig lagstiftning. Under de senaste åren har regelmässigt en rad lagstiftningsåtgärder vidtagits genom vilka hemliga tvångsmedel införts. Enligt Advokatsamfundets mening har erforderliga analyser om behov, effektivitet och proportionalitet inte gjorts överhuvudtaget eller på ett undermåligt sätt. I likhet med vad som anförts av Integritetsskyddskommittén anser samfundet att lagstiftaren därvid har underlåtit att beakta integritetshänsyn och nödvändiga proportionalitetsbedömningar uteblivit. Mot denna bakgrund anser samfundet att införandet av en författningsdomstol skulle vara motiverat.

Advokatsamfundet önskar i denna del hänvisa till Grundlagsutredningens rapport Olika former av normkontroll, SOU 2007:85 och uttrycka sitt stöd för den modell som i rapporten benämns den juridiska modellen inom ramen för maximalalternativet.

VISSA FRI- OCH RÄTTIGHETER

Advokaters oberoende bör vara skyddat av grundlagen

Advokatsamfundet vidhåller att advokaters och Advokatsamfundets oberoende borde grundlagsskyddas. En särskild bestämmelse bör enligt Advokatsamfundets uppfattning införas i regeringsformen, i vilken advokatens oberoende slås fast och där medborgarna

tillförsäkras en fri och obunden advokatkår samt ett i förhållande till statsmakterna oberoende advokatsamfund.

För att enskilda och företag ska kunna få sin sak prövad krävs att de kan förlita sig på att det i samhället finns oberoende advokater som är beredda att företräda dem inför domstol. Oberoende domstolar är ett fundament i en rättstat, men för att de ska kunna fullgöra sin uppgift på ett opartiskt sätt krävs att det finns oberoende advokater som kan representera den enskilde i domstolen.

Advokatsamfundet har under Grundlagsutredningens arbete hemställt om att förslag beträffande en sådan regel skulle läggas fram. Eftersom de skäl som Grundlagsutredningen anför mot detta förslag inte är helt övertygande, föreslår Advokatsamfundet att denna fråga blir föremål för en särskild departementspromemoria under det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Diskrimineringskyddet bör moderniseras

Advokatsamfundet tillstyrker utredningens förslag beträffande en moderniserad reglering av förbudet mot diskriminering (förslaget 2 kap. 12 §). Att ordet ras mönstras ut välkomnas särskilt. ”Rasbegreppet” saknar vetenskaplig grund och är ett synnerligen negativt laddat begrepp. Det bör därför inte användas i en reglering som ska fungera som det yttersta skyddet mot diskriminering. Advokatsamfundet tillstyrker även tillägget beträffande sexuell läggning.

Rätt till rättvis rättegång

Advokatsamfundet tillstyrker den av Grundlagsutredningen föreslagna regeln i 2 kap. 11 § andra stycket regeringsformen, nämligen att en rättegång ska genomföras rättvist och inom skälig tid.

Ett grundläggande krav i en rättsstat är att avgöranden i domstol ska ske rättssäkert. För detta krävs att rättegången har genomförts på ett opartiskt och korrekt sätt samt att avgörandet sker inom rimlig tid. Om domstolarnas handläggning drar ut på tiden blir enskilda lidande.

De genomgångar som har gjorts av Europadomstolens rättspraxis visar att hälften av Europadomstolens fällande domar mot Sverige de senaste tio åren handlar om oskäligen väntetider. De av Europadomstolen anammade brittiska maximerna ”Justice delayed is justice denied” och ”Justice must not only be done – it must also be seen to be done” bör därför få fullt genomslag även i svensk rätt.

Egendomsskyddet bör förstärkas

Advokatsamfundet tillstyrker att bestämmelsen om egendomsskyddet reformeras och att huvudprincipen om rätt till full ersättning vid expropriation och annat sådant förfogande tydliggörs.

Vad avser utredningens förslag angående ersättning vid rådighetsinskränkningar som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl, föreslår Advokatsamfundet att frågan skjuts på framtiden tills dess att den av Grundlagsutredningen föreslagna nya utredningen (se SOU 2008:125 s. 447) har utrett dessa frågor. Skälet är framförallt att det nu föreliggande förslaget skulle kunna komma att leda till nya oklarheter och i värsta fall ett försämrat skydd jämfört med i dag. Den föreslagna lagtexten ger vid handen att egendomsskyddet vid de nu aktuella typerna av rådighetsinskränkningar riskerar att bli i det närmaste obefintligt då frågan om ersättning överhuvudtaget skall erhållas föreslås framgå av allmän lag.

Barns rätt

Advokatsamfundet instämmer i sak vad avser förslaget om att särskilt skriva in barns rätt i regeringsformen. Detta torde i synnerhet vara värdefullt vid bl.a. migrationsärenden och i familjerättsliga mål. Advokatsamfundet föreslår dock att den föreslagna formuleringen - att det allmänna ska verka för att ”barns rätt tas till vara” – förs in i den befintliga 2 kap. 21 § regeringsformen, snarare än i det allmänna målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § regeringsformen. Därigenom ges barns rättigheter ett starkare skydd än idag. Den allt längre uppräkningslistan på vad samhället har som målsättning att säkerställa i 1 kap. 2 § regeringsformen är visserligen lovvärd, men är samtidigt problematisk eftersom regleringen inte fungerar som något egentligt rättighetsskydd.

Samner

Advokatsamfundet instämmer i sak med vad utredningen anför om samernas ställning som ett ursprungsfolk. Advokatsamfundet ifrågasätter dock om den föreslagna placeringen i 1 kap. 2 § sjätte stycket regeringsformen innebär någon reell förändring jämfört med i dag.

Samerna är ett ursprungsfolk i minoritet i Sverige. Det finns sålunda en lång rad såväl rättsligt som etiskt grundade skäl för att tillerkänna samerna en framträdande plats i grundlagen. Samerna har redan idag ett särskild rättighetsskydd genom 2 kap. 18 § regeringsformen. Advokatsamfundet menar att en reell förstärkning av samernas ställning skulle kunna åstadkommas genom en särskild reglering av denna fråga i en ny 2 kap. 19 § regeringsformen, varvid kapitlet i övrigt skulle förskjutas med en paragraf.

Integritetsskyddet bör ges en enhetlig lösning

Beträffande frågan om en tydligare reglering av integritetsskyddet i avsnitt 29.4 delar Advokatsamfundet utredningens uppfattning att det är angeläget att detta skydd förstärks. Advokatsamfundet anser att detta ska ske i enlighet med Integritetsskyddskommitténs förslag.

Regleringen av offentlighetsprincipen

Offentlighetsprincipen är en av de viktigaste svenska fri- och rättigheterna. Den är samtidigt en av de viktigaste kontrollfunktionerna i det svenska samhällslivet. Den borde därför ha en självklar plats i regeringsformen. Offentlighetsprincipen har dock traditionellt sett alltid reglerats i tryckfrihetsförordningen. Detta är historiskt betingat, eftersom det var tankarna på en offentlighetsprincip som låg till grund för den första tryckfrihetsförordningen och principen om en lag baserad på rätt till tryckning.

Advokatsamfundet anser att regeringen bör överväga att reglera offentlighetsprincipen även i regeringsformen.

INTERNATIONELLA FRÅGOR

Grundlagsregleringen av det internationella samarbetet

Advokatsamfundet tillstyrker Grundlagsutredningens förslag att en ny bestämmelse införs i 1 kap. regeringsformen, i vilken anges att Sverige är medlem i EU.

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning att det inte är rimligt att låta överväganden att ett inskrivande av EU-medlemskapet i grundlag skulle kunna begränsa Sveriges konstitutionella handlingsfrihet om landet snabbt vill lämna EU, styra utformningen av regeringsformen i detta hänseende.

Som Grundlagsutredningen framhåller har frågeställningen om det grundläggande förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt i flera medlemsstater varit föremål för domstolsprövning. Den tyska förfättningsdomstolens kommande dom om Lissabonfördraget kan till exempel antas få en betydande inverkan på såväl den politiska som den konstitutionella debatten inom Europeiska unionen. Någon liknande prövning har ännu inte förekommit i Sverige.

Även om vissa förarbetsuttalanden närmast tyder på att en sådan granskning inte vore möjlig i Sverige (prop. 2001/02:72 s. 35), ställer sig Advokatsamfundet liksom Grundlagsutredningen tveksam till ett sådant synsätt. Bestämmelserna i 10 kap. 2 § och 5 § första stycket är rättsligt bindande regler, vars ordalydelse inte utesluter domstolsprövning under de förutsättningar som regeringsformen generellt ger för en sådan prövning. Advokatsamfundet delar uppfattningen att det inte framstår som uteslutet att frågan om en

rättsakt från EG är förenlig med överlåtelsevillkoren i regeringsformen kan bli föremål för prövning i svensk domstol.

Ytterst är det därför Regeringsrätten och Högsta domstolen, vid en eventuell rättsprövning eller vid en konkret normprövning i ett enskilt fall, som får avgöra vilken tolkning av grundlagen som är den korrekta och om riksdagen respekterat såväl de formella som de materiella överlåtelsevillkoren i regeringsformen.

Advokatsamfundet delar Grundlagsutredningens uppfattning att det är djupt otillfredsställande att det för närvarande inte finns något kvorumkrav vid överlåtande av beslutanderätt till EU. I teorin vore det således, som utredningen framhåller, tillräckligt för ett giltigt överlåtelsebeslut att tre av fyra närvarande riksdagsledamöter röstar för överlåtelser.

Vad avser en sådan bestämmelses utformning kan det diskuteras om Grundlagsutredningens förslag att införa en enhetlig omröstningsregel vid överlåtelse av beslutanderätt (utredningen, s. 501 ff.) om minst tre fjärdedelar av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter är tillfyllest eller om kvorumkravet i 10 kap. 5 § första stycket regeringsformen i stället återställs till sin ursprungliga lydelse, och harmoniseras med bestämmelsens andra stycke. Överlåtelser av beslutanderätt till EU som medför grundlagsändringar skulle i det senare fallet endast i undantagsfall vara möjligt genom ett beslut om minst fem sjättedelar av de röstande och tre fjärdedelar av ledamöterna förenar sig om beslutet.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg

genom Maria Billing