

Tjugofem år av Europarätt i Sverige



Jane Reichel
Karin Åhman



Jane Reichel och Karin Åhman

Tjugofem år av Europarätt i Sverige

– Sieps 2020:5 –

Rapport nr. 5
Augusti 2020

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på www.sieps.se
Författarna svarar själv för innehåll och slutsatser i rapporten.

Omslag: LuxLucid
Tryck: EO Grafiska AB

Stockholm, augusti 2020

ISSN 1651-8942
ISBN 978-91-86107-92-5

Förord

Sverige har år 2020 varit medlem i Europeiska unionen i 25 år. Effekterna av medlemskapet har varit genomgripande, såväl politiskt och ekonomiskt som rättsligt. De samhälleliga konsekvenserna har genom åren studerats ur flera discipliners perspektiv och täckt EU:s olika politikområden, institutionella utveckling och funktionssätt, liksom Sveriges inflytande och ställning i unionen.

Inför Sveriges kvartssekelånga medlemskap i EU initierade Sieps en förstudie som identifierade politikområden och institutionella aspekter där det ännu i stor utsträckning saknas forskning. Studien visade att det fortfarande fanns behov av kunskap, bland annat om effekterna av reglerna för utstationering av arbetstagare och om utvecklingen inom politikområdena jordbruk, fiskeri och miljö. Hur svensk förvaltning och domstolsväsende har utvecklats under EU-medlemskapet visade sig vara ytterligare två områden där det finns behov av forskning.

I denna rapport undersöker Jane Reichel och Karin Åhman, båda vid Stockholms universitet, hur EU-medlemskapet samt Sveriges inkorporering av Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (EKMR) har påverkat den svenska rättskälleläran. Deras analyser utgår från frågeställningen hur juristers sätt att tolka regler har förändrats sedan 1995, då både EU-rätten och konventionsrätten blev en central del av det svenska regelsystemet. En av rapportens slutsatser är att ett mer kontinentaleuropeiskt rättsligt tänkande har utvecklats i den svenska rätten, inte minst genom att rättspraxis från Europadomstolen respektive EU-domstolen numera starkt präglar de rättsområden som faller under domstolarnas jurisdiktioner.

Med detta bidrag i serien om Sverige efter 25 år i EU är det Sieps förhoppning att öka kunskapen om effekterna av att jurister numera tillämpar rättskällor som härrör från andra beslutsorgan än de rent svenska. Förhoppningen är också att bidra med en bild över hur det går till när rättstillämparen manövrerar i det europeiserade rättsliga landskapet.

Göran von Sydow
Direktör

Om författarna

Jane Reichel är professor i förvaltningsrätt på Stockholms universitet. Hennes forskning fokuserar på vad globalisering i allmänhet och europeiseringen i synnerhet betyder för förvaltningen, dess roll inom staten och i relation till EU och andra organisationer. Jane är också medlem av Sieps insynsråd.

Karin Åhman har varit professor i offentlig rätt på Uppsala universitet och är numera universitetslektor i statsrätt på Stockholms universitet. Hennes forskning har framför allt rört allmän konstitutionell rätt, Europarätt och särskilt skyddet av fri- och rättigheter och dess betydelse i svenska domstolar.

Tack

Författarna vill rikta ett varmt tack till advokaten Jan-Mikael Bexhed, docenten Jaan Paju, doktoranden och föredraganden vid JK Mikael Ruotsi och professorn Henrik Wenander för värdefulla synpunkter på texten under arbetets gång.

Innehåll

Sammanfattning	6
1 Inledning	10
1.1 Syfte, disposition, material och metod	10
2 Bakgrund, historik och Europarättens plats i det svenska rättssystemet	13
2.1 Historik	13
2.2 Närmare om EU-samarbetets former	15
2.3 Europarättens plats i det svenska rättssystemet	18
3 Europeiseringens påverkan på lagstiftningsprocessen, normgivningsmakten och lagstiftningens utformning	26
3.1 Hur påverkar europeiseringen den svenska lagstiftningsprocessen?	26
3.2 Hur påverkar europeiseringen den svenska normgivningsmakten?	29
3.3 Hur påverkar europeiseringen terminologin och lagstiftningens utformning?	32
4 Några exempel på europeiseringens påverkan på innehållet i svensk konstitutionell rätt och förvaltningsrätt	36
4.1 Den konstitutionella rätten	36
4.2 Förvaltningsrätten	40
5 Europeiseringens påverkan på rättstillämpningen	49
5.1 Den svenska rättskälleläran stöps om men ändras inte	49
5.2 Lagar och rättsliga principer	50
5.3 Förarbeten och icke-bindande dokument från förvaltningsmyndigheter	53
5.4 Prejudikatläran	56
6 Analys av utvecklingen och dess implikationer	62
6.1 Rättstillämpningen har blivit mer komplex	63
6.2 Europarätten har medfört en maktförskjutning från lagstiftare och regering till domstolar och myndigheter	63
6.3 Avslutande kommentarer	65
Referenser (exklusive förarbeten och rättsfall)	66
Executive summary	70

Sammanfattning

År 1995 blev Sverige medlem i EU samtidigt som Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (konventionen eller EKMR) inkorporerades i svensk rätt. Den rättsbildning som härrör från EU och den som rör Europadomstolens praxisbildning av Europakonventionen går under det gemensamma namnet Europarätt. Det är i dag 25 år sedan Europarätten blev en del av den svenska rätten och en jurists vardag. EU-rätten är numera omfattande och täcker utöver de ursprungliga områdena kopplade till den inre marknaden även bland annat miljö rätt, migrationsrätt, folkhälsa, forskning och innovation samt polisiärt och civilrättsligt samarbete. Europakonventionen – som också är ett folkrättsligt dokument – reglerar enbart skyddet av grundläggande rättigheter och innehåller en minimalistisk standard för det rättighetsskydd som en stat måste garantera dem som befinner sig på dess territorium.

Denna rapport syftar i första hand till att undersöka europeiseringen av den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrätten, främst utifrån hur en jurist arbetar och använder rättskällorna. Undersökningen utgår från hur den traditionella svenska rättskällevärdet har påverkats av att icke-svenska normer och rättskällor, framför allt de europeiska, har integrerats i den svenska rättsordningen över tid. För att undersöka detta belyser rapporten de europeiska rättskällornas *påverkan på*: 1) lagstiftningsprocessen, det vill säga lagarnas tillkomst, normgivningen och reglernas utformning, 2) innehållet i lagstiftningen och 3) rättstillämpningen. Den fråga som undersöks närmare är hur europeiseringen har påverkat processerna samt vilka effekter den har medfört för de svenska rättskällornas inbördes status och funktion. Vidare analyseras rättsutvecklingens konsekvenser för maktbalansen mellan lagstiftaren, domstolarna och förvaltningsmyndigheterna.

I rapporten visar vi hur den svenska rättskällevärdet har påverkats och förändrats genom Europarättens insteg 1995 i svensk rätt med fokus på den konstitutionella rätten och förvaltningsrätten. Vi visar på helheten och gör nedslag i konkreta exempel. Den traditionella rättskällevärdet som vi känner den och utbildar blivande jurister i är fortfarande – trots Europarättens inverkan – nationellt präglad. Detta innebär att de primärt auktoritativa källor som finns för att tolka och tillämpa den svenska rätten fortfarande anges vara lag, förarbeten, prejudikat och doktrin.

Vi konstaterar i avsnitt 3 att lagstiftningsprocessen i princip formellt sett är sig lik, i förhållande till hur den såg ut innan 1995. Däremot initieras många lagförslag i dag med anledning av att den svenska rättsordningen numera befinner sig i en Europarättslig kontext. Det innebär bland annat att många utredningar

tillsätts med det enda syftet att anpassa den svenska rätten till Europarätten. En annan skillnad är att Europarätten kan bli svensk lag direkt, det vill säga utan att föregås av en svensk lagstiftningsprocess. Exempel på det är EU-förordningar som är direkt tillämpliga, liksom artiklar i EU-fördragen och direktiv som kan tillerkännas direkt effekt.

När det gäller normgivningsmakten som regleras i 8 kap. regeringsformen (RF) (som bland annat avser om och hur riksdagen genom lag kan delegera till regeringen att meddela förordningar) så konstaterar vi i avsnitt 3 att även den i princip är intakt sedan 1995. Detta innebär till exempel att majoriteten av de svenska föreskrifterna fortfarande beslutas på myndighetsnivå med en normgivningsdelegation i botten från riksdagen och/eller regeringen. Ur ett Europarättsligt perspektiv är det på motsvarande sätt vanligt att ett EU-direktiv implementeras i svensk rätt med hjälp av redan gjorda (alltså befintliga) delegationer, vilket medför att riksdagens inflytande över föreskrifternas innehåll minskar.

Vi konstaterar även i avsnitt 3 att lagarnas terminologi och utformning inom de rättsområden som vi redovisat är präglade av Europarättens terminologi och rättsprinciper. Detta innebär till exempel att det i de svenska lagarna förekommer ordval och begrepp som direkt härrör från Europarätten i vid mening. Därtill görs hänvisningar till i första hand Europakonventionen, men även till andra internationella åtaganden i flertalet svenska bestämmelser. Ordval och begrepp har därmed inte översatts till en svensk terminologi, varför de svenska lagrummen får en fortsatt stark koppling till de Europarättsliga källorna. Om tolkningen av de Europarättsliga begreppen utvecklas av de europeiska domstolarna, kommer även de svenska lagrummen att få en ny innebörd.

När det gäller innehållet i den svenska rätten konstaterar vi i avsnitt 4 att förändringar även har gjorts på ett mer övergripande och strukturellt plan: Exempel är 2 kap. RF som i dag innehåller flera rättigheter som har en direkt koppling till konventionens rättigheter. Den nya förvaltningslagen är likaså ett tydligt exempel på en reglering som har reformerats med hänsyn till Europarätten, såsom införandet av en ny mekanism att använda vid förvaltningsmyndigheters dröjsmål samt en tydligare reglering av möjligheten att överklaga beslut. Det finns också många exempel på rättsområden inom sektorsspecifika delar av förvaltningsrätten (den speciella förvaltningsrätten), som numera helt och hållet präglas av Europarättens påverkan. Men det är inte bara genom positiv harmonisering, det vill säga att man aktivt lagstiftar om reglerna, som den svenska rätten förändras till sitt innehåll med anledning av europeiseringen. Vi kan också se att innehållet förändras genom så kallad negativ harmonisering, det vill säga att en tillnärmning av Europarätten i stället sker genom utvecklingen i rättspraxis snarare än genom lagstiftarens medverkan. Utvecklingen medför att den svenska rättens innehåll utvecklas på motsvarande sätt som Europarättens, det vill säga mer dynamiskt och domstolsdrivet.

Beträffande europeiseringens påverkan på rättstillämpningen kan vi i avsnitt 5 visa att den traditionella synen på rättskällorna lag, förarbeten och prejudikat har förändrats, vilket har lett till flera nya utmaningar: För det första måste rättstillämparen förhålla sig till fler sorters rättskällor i dag än vad den behövde göra före 1995. Själva lagbegreppet är ett bra exempel på ett ord som har fått en annan innebörd genom Europarättens inträde i den svenska rättsordningen. För det andra har de metoder som tillämpas vid tolkning av lagen, lagtolkningsmetoderna, likaså förändrats liksom synen på i vilken omfattning och på vilket sätt som lagstiftning ska innehålla rättsliga principer (exempelvis proportionalitetsprincipen). För det tredje visar vi hur betydelsen av olika sorters förarbeten har förändrats. Förarbetena används förvisso fortfarande i hög grad i den svenska rättstillämpningen, i syfte att söka förståelse för hur ett visst rättsområde ska tolkas, men de förlorar samtidigt snabbare sin relevans i dag än före 1995. Detta beror bland annat på att andra europeiska rättskällor tas fram, exempelvis olika vägledande dokument, vilket kan leda till att de svenska förarbetena blir ”ikappsprungna” och utkonkurrerade. På så sätt fyller dagens förarbeten till de svenska lagar som genomför framför allt EU-rätten snarare en deskriptiv funktion än innehåller ett auktoritativt tolkningsvärde. Med hänsyn till EU-domstolens och Europadomstolens ställning i den svenska rättsordningen krävs det slutligen också ett nytt förhållningssätt till den betydelse som de högsta domstolarnas avgöranden, prejudikaten, får som rättskälla. Det kan med andra ord numera finnas konkurrerande domstolspraxis att ta hänsyn till för den svenska rättstillämparen.

En övergripande slutsats i studien är att den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrätten har genomgått en genomgripande förändring utifrån de parametrar som har undersökts, men att det har skett på skilda sätt. Förändringar i hur lagstiftningen utformas och i dess innehåll är inom vissa områden påtagliga och följer av att lagstiftningen revideras eller genom domstolarnas prejudikatbildning. Detta medför till exempel att rättighetsjuridiken har fått ett ökat fokus inom många rättsområden, inklusive att det numera finns utökade möjligheter att inleda domstolsprocesser för att få rättssaker prövade. Överlag kan ett mer kontinentaleuropeiskt rättsligt tänkande sägas ha utvecklats i den svenska rätten. Däremot är formerna för den svenska lagstiftningsprocessen så som de utformats i regeringsformen i stort oförändrade.

Det nya juridiska landskapet har medfört att det sätt som jurister arbetar på har förändrats. Förändringen avser främst hur en jurist i praktiken använder såväl rättskällor med ett direkt Europarättsligt ursprung som rättskällor som har antagits av svenska organ i en europeiserad kontext, liksom hur rättskällorna kan användas i förhållande till varandra och övriga svenska rättskällor. Ett tydligt exempel är den ovan nämnda minskade betydelsen av de svenska förarbetena. Förarbeten ersätts ibland av nya kategorier rättsligt relevanta källor som har tillkommit på grund av Europarättens inflytande, såsom icke-bindande dokument från såväl europeiska som svenska myndigheter.

Att Europarätten har fått denna ställning i svensk rätt medför också förändringar i maktbalansen mellan statsorganen: domstolarnas makt har ökat på bekostnad av lagstiftarens makt. Det gäller både de nationella och de europeiska domstolarnas makt. Förvaltningsmyndigheternas roll har även förändrats och de har fått en starkare ställning. Exemplet med förarbetenas minskade betydelse visar också att regeringens och riksdagens möjligheter att styra rättstillämpningen har minskat.

1 Inledning

I maj 2019 fick vi i uppdrag av Sieps att utarbeta en rapport om hur den svenska rätten har påverkats av att Sverige sedan 1995 är medlem i EU och därtill har inkorporerat Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (konventionen eller EKMR) i den svenska rättsordningen. Uppdraget avsåg särskilt hur den konstitutionella rätten och förvaltningsrätten har påverkats av Europarätten, det vill säga den rättsbildning som härrör från Europarådet (konventionsrätten) och EU. Uppdraget gavs med anledning av att det svenska EU-medlemskapet år 2020 firar 25 år. Men det är samtidigt 25 år sedan EKMR blev en del av den svenska rättsordningen, vilket gör det särskilt aktuellt att titta på de båda regelverken tillsammans. Rapporten ingår i ett större projekt inom vilket Sieps granskar hur medlemskapet har påverkat Sverige på flera områden. Gemensamt för de olika delprojekten är att de främst fokuserar på områden där det ännu saknas forskning avseende EU-medlemskapets effekter.

1.1 Syfte, disposition, material och metod

Rapporten syftar till att undersöka europeiseringen av den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrätten, främst utifrån hur en jurist arbetar och använder rättskällorna. Undersökningen utgår från hur den traditionella svenska rättskälleläran har påverkats av att icke-svenska normer och rättskällor, framför allt de europeiska, har integrerats i den svenska rättsordningen över tid. *För att undersöka detta belyser rapporten deras påverkan på:* 1) lagstiftningsprocessen, det vill säga lagarnas tillkomst, normgivningsmakten och reglernas utformning, 2) innehållet i lagstiftningen och 3) rättstillämpningen. Den fråga som undersöks närmare är hur europeiseringen har påverkat processerna samt vilka effekter den har medfört för de svenska rättskällornas inbördes status och funktion. Rapporten omfattar en tidsperiod om 25 år (åren mellan 1995 och 2020). Den begränsade tidsperioden gör att rapporten inte gör anspråk på annat än att visa på tendenser i utvecklingen – genom att peka på konkreta exempel och nedslag från lagstiftningen och rättstillämpningen. Undersökningen av europeiseringens påverkan på den svenska rättskälleläran har även visat sig kunna svara på andra frågor av intresse för det svenska 25-årsjubileet. I andra hand syftar rapporten därför även till att analysera rättsutvecklingens konsekvenser för maktbalansen mellan lagstiftaren, domstolarna och förvaltningsmyndigheterna.

Rapporten inleds med att i avsnitt 2 ge en bakgrund till det svenska EU-medlemskapet och ratifikationen samt inkorporationen av EKMR i svensk rätt. I samma avsnitt behandlas EU-rättens och konventionsrättens status och betydelse för den svenska rätten, liksom hur i övrigt den internationella rätten har kommit att genomsyra den svenska rättsordningen. I avsnitt 3 beskrivs hur Sveriges deltagande i EU samt EKMR:s ökade betydelse för den svenska

rätten har påverkat den svenska lagstiftningsprocessen. Här behandlas också hur den svenska normgivningsmakten och utformningen av lagstiftningen har anpassats med anledning av europeiseringen. I avsnitt 4 ges konkreta exempel på hur innehållet i den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrätten har kommit att präglas av Europarätten. Där ges också exempel på hur svensk domstolspraxis med Europarätten som grund har ändrat innehållet i den svenska rätten. I avsnitt 5 behandlas rättstillämpningen: Hur förändras tillämpningen och tolkningen av rättsreglerna av att även Europarätten, utöver den nationella rätten, läggs till grund vid myndigheternas och domstolarnas beslut? Hur bör man se på den svenska rättskällevärdet mot bakgrund av att även Europarätten har ett inflytande över rättstillämpningen? I ett avslutande avsnitt 6 analyseras rapporten. Vilka lärdomar kan vi dra av utvecklingen och vilka implikationer för framtiden ser vi?

Rapporten antar ett övergripande perspektiv på de frågor som behandlas och bygger till stor del på författarnas egen forskning, liksom den utgår från europeisk och svensk doktrin i övrigt. Ansatsen är att presentera och belysa de generella tendenser som identifieras, utan anspråk på fullständighet. De primära rättskällor som analyseras utgörs av de sedvanliga rättskällorna såsom lagtext, förarbeten och prejudikat från Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).

Europarätten används som ett samlingsnamn på dels EU-rätten, dels konventionsrätten. Vi behandlar oftast ämnesområden gemensamt, men separat när det är nödvändigt för framställningen. Valet att undersöka europeiseringens påverkan på den konstitutionella rätten och förvaltningsrätten har gjorts utifrån att det rör sig om övergripande rättsområden som har påverkats av europeiseringen i stor utsträckning, vilket i sin tur får stor påverkan på andra mer materiella rättsområden. Inom förvaltningsrätten fokuseras i första hand på den allmänna *förvaltningsrätten*, det vill säga handläggningsregler för hela förvaltningen (inklusive offentlighet och sekretess), och den speciella förvaltningsrätten, det vill säga sektorspecifika regler, medan kommunalrätten och förvaltningsprocessrätten berörs i mindre omfattning.

Med rättsmetod (rättslig metod) avser vi i rapporten hur en jurist arbetar för att primärt fastställa innehållet i gällande rätt. Vilka rättskällor *används* och är auktoritativa för detta ändamål och hur *tolkar* man rättskällorna? Inom den juridiska forskningen (rättsvetenskapen) finns olika teorier om metod, beroende på om metoden avser praktiskt verksamma jurister eller rättsvetenskapen.¹ Inom rättsvetenskapen kan även alternativa källor för förståelse av rätten användas (i ett vidare perspektiv och sammanhang). Man använder till exempel andra

¹ Se till exempel Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära*, uppl. 5, 1996, Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, och Nääv, Maria & Zamboni, Maoro, *Juridisk metodlära*, 2018.

domstolars domar än prejudikatinstansernas, intervjuer eller andra vetenskaper för att förklara och förstå rätten som fenomen.² I denna rapport använder vi oss av begreppet metod i den något snävare (och kanske enklare) bemärkelsen: de redskap (det sätt) som används för att få besked om innehållet i gällande rätt och hur man använder (tolkar) dem i syfte att kunna fatta ett beslut eller meddela en dom i enlighet med gällande rätt. I rapporten behandlas också översiktligt Europarättens inverkan på lagstiftningsprocessen, normgivningsmakten liksom i vad mån utformningen av lagar har förändrats som en effekt av Europarättens genomslag.

² Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2019, s. 24 f.

2 Bakgrund, historik och Europarättens plats i det svenska rättssystemet

I detta avsnitt ges en historisk bakgrund till Sveriges medlemskap i dels EU, dels Europarådet. I båda fall har medlemskapen lett till att rättsordningarna har blivit integrerade i den svenska rättsordningen. Som framgår nedan har detta dock skett på olika vis. Vi behandlar även Europarättens plats i det svenska rättssystemet. Slutligen behandlas i korthet vilken påverkan som svensk rätt i dag har i den internationella rätten överlag.

2.1 Historik

I efterdyningarna av andra världskriget var behovet av att återupprätta tron på demokrati och rättsstat i Europa stort. Även ekonomin var rejält satt i gungning. Inte bara Europa led av detta tillstånd utan stora delar av världen hade drabbats. Det behövdes därför snabba och effektiva åtgärder för att återupprätta tilltron till dessa värden och för att få de ekonomiska hjulen i rullning igen. Inom ramen för FN pågick ett arbete som bland annat resulterade i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter från den 10 december 1948.

I Europa påbörjades parallellt samarbetet inom två organisationer: nämligen EG, ursprungligen EEG, och Europarådet. Det första steget för vad som sedermera skulle utvecklas till EU, med primärt säte i Bryssel, togs genom att sex stater undertecknade fördraget om Europeiska kol- och stålgemenskapen (Parisfördraget) i april 1951.³ År 1957 undertecknade staterna ytterligare två fördrag, genom vilka EEG (Romfördraget) och Euratom upprättades. Genom åren har ytterligare medlemsstater anslutit sig, däribland Sverige år 1995, och en stat, Storbritannien, har valt att lämna unionen. Efter det brittiska utträdet, år 2020, har EU 27 medlemsstater.

På ett lite mer konkret plan var det två övergripande motiv som låg bakom tanken på den gemensamma marknaden. Det första var att säkerställa freden och den demokratiska utvecklingen inom Europa genom att Frankrike och Tyskland, det vill säga dåvarande Västtyskland, och övriga stater samarbetade i stället för att återigen hamna i krig. Det andra syftet var att nå konkurrenskraft på världsmarknaden, i första hand i förhållande till USA, genom att länka ihop de nationella hemmamarknaderna till en gemensam marknad. Under 1980- och

³ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2015, s. 17 och Åhman, Karin, *Egendomskyddet*, 2000, s. 118 ff.

1990-talen fördjupades samarbetet, vilket ledde fram till Maastrichtavtalet 1992 och tillskapandet av Europeiska unionen.

Samarbetet inom *Europarådet* (med säte i Strasbourg) inleddes år 1948 efter Haagkongressen. År 1949 undertecknades stadgan för Europarådet av 15 stater, varav Sverige är en av grundarstaterna som skrev under.

En viktig uppgift för Europarådet var att utarbeta en europeisk konvention om mänskliga rättigheter som till skillnad från FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna skulle vara (folk)rättsligt förpliktande för staterna. Den skulle därtill innehålla regleringar om en internationell mekanism för övervakning. Under inspiration av FN:s allmänna förklaring påbörjades arbetet med en konvention hösten år 1949. Det skulle ta drygt ett år att färdigställa den. Europarådets ministerkommitté gav den rådgivande församlingen (numera Europaparlamentet) i uppdrag att utröna möjligheterna ”for the fulfilment of the declared aim of the Council of Europe in accordance with Article 1 of the Statute in regard to the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms”.⁴

I samband med det första mötet med rådgivande församlingen anförde Teitgen, fransk delegat och rapportör till den juridiska kommitté som utredde konventionen, följande:

The Committee on Legal and Administrative Questions had first to draw up a list of freedoms which are to be guaranteed. It considered, for the moment, it is preferable to limit the collective guarantee to those rights and essential freedoms which are practiced after long usage and experience in all the democratic countries. While they are the first triumph of democratic regimes, they are also the necessary condition under which they operate.⁵

Arbetet med konventionen gick förvånansvärt snabbt och smidigt och redan den 4 november 1950 kunde den undertecknas i Rom. Den trädde i kraft den 3 september 1953 efter det att tio stater ratificerat den. Sverige var med och undertecknade konventionen i Rom. Vad som var utmärkande för konventionen – förutom att den hade tagits fram så snabbt – var att den innehöll rättsligt bindande kontrollmekanismer som staterna kunde underkasta sig att följa: det inrättades en kommission och en domstol (Europadomstolen). Kommissionen (som upphörde att fungera genom det elfte tilläggsprotokollet) skulle fungera som ett slags filter till domstolen och dess beslut men var – till skillnad från domstolens beslut – inte folkrättsligt bindande. De rättigheter som reglerades var de ”traditionella” politiska och medborgerliga rättigheterna, som ofta

⁴ *Travaux préparatoires to the European Convention on Human Rights*, vol I, s. 22 och 26.

⁵ *Travaux préparatoires to the European Convention on Human Rights*, vol I, s. 218.

benämns *den första generationens rättigheter*. Några exempel är yttrande- och religionsfriheten samt rätten till domstolsprövning.

Redan år 1950 fortsatte arbetet med ett tilläggsprotokoll till konventionen. Detta påbörjades eftersom det fanns rättigheter som staterna inte hade kunnat komma överens om. En av dessa var skyddet för äganderätten. Särskilt ersättningsrätten – som sedermera kom att utbli i artikel 1 i första tilläggsprotokollet – var en stötesten i arbetet. Många stater – därav Sverige – befarade att ett starkt skydd för äganderätten kunde medföra stora ingrepp i den nationella ekonomiska politiken. Men även detta protokoll kunde komma på plats relativt snabbt, i mars 1952.

Arbetet med konventionen har resulterat i ytterligare protokoll, både avseende materiella rättigheter och andra processuella och organisatoriska frågor. Det senaste protokollet (nr 16) avser möjligheterna för Europadomstolen att avge rådgivande yttranden (advisory opinions) till domstolarna i Europarådets medlemsstater.

Sverige var som sagt ett av de första länderna att skriva på Europakonventionen. Men när konventionen sedan skulle ratificeras i Sverige gjorde det politiska klimatet i Sverige att man inte direkt kunde godkänna Europadomstolens jurisdiktion att döma över Sverige (och att därmed åläggas att ta emot klagomål rörande tillämpningen i Sverige). Domstolens befogenhet godkändes därför först år 1966, alltså 16 år efter det att konventionen skrevs under.⁶

Mellan åren 1950 och 1995 gällde konventionen som folkrätt i Sverige, men blev sedan svensk lag. Denna förändring har en väsentlig betydelse för tillämpningen av konventionen, vilket beskrivs nedan.

2.2 Närmare om EU-samarbetets former

Eftersom EU-samarbetet innefattar en självständig europeisk lagstiftningsprocess där representanter för svenska organ deltar, ska formerna för denna utvecklas lite närmare här. I efterföljande avsnitt diskuteras vilken plats Europarättens två delar, konventionsrätten och EU-rätten, har i den svenska rättsordningen.

EU-samarbetet regleras i fördrag som har reviderats flera gånger. Sedan Lissabonfördraget trädde i kraft år 2009 finns två grundläggande fördrag: fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget, FEU) och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget, FEUF). Genom fördragen har EU:s institutioner inrättats, av vilka de mest centrala är rådet och Europeiska rådet, Europaparlamentet, kommissionen, revisionsrätten och

⁶ Se prop. 1966:33 om förklaring enligt artikel 46 i Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

EU-domstolen, liksom Regionkommittén, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Europeiska centralbanken, ECB.

EU:s fördrag slår även fast genom vilken typ av lagstiftningsförfarande som EU:s sekundärlagstiftning, det vill säga bindande rättsakter i form av förordningar och direktiv, ska antas. Det finns två kategorier av förfaranden. Det ena är det ordinarie lagstiftningsförfarandet, som innebär att rådet och Europaparlamentet antar rättsakter med kvalificerad majoritet, på förslag från kommissionen.⁷ Det andra är det särskilda lagstiftningsförfarandet som tillämpas i vissa fall.⁸ Det senare innebär att rådet är den enda lagstiftaren och att Europaparlamentet enbart ger sitt godkännande eller yttrar sig om lagstiftningsförslaget. Vidare kan rådet och Europaparlamentet ge kommissionen befogenhet att anta två andra typer av bindande rättsakter, nämligen genomförandeakter och delegerade akter.⁹ Även dessa akter benämns förordningar och direktiv, men enligt fördraget måste lagstiftningens rubrik även ange om det rör sig om en genomförandeakt eller om en delegerad akt. Detta krav finns eftersom det ska framgå tydligt att lagstiftningen inte har antagits av EU:s lagstiftare utan med stöd av en delegation. Syftet med genomförandeakterna är att skapa enhetliga villkor för genomförandet av sekundärlagstiftningen. Delegerade akter används för att komplettera eller ändra befintlig sekundärrättslagstiftning. De får dock endast leda till mindre väsentliga justeringar av bestämmelserna.

Även om EU i grunden utgör en internationell organisation, har EU flera överstatliga drag som särskiljer organisationen från andra organisationer som Sverige deltar i. En av de viktigaste skillnaderna är just lagstiftningsprocessen. Genom att sekundärrättslagstiftning antas med kvalificerad majoritet i rådet kan medlemsstaterna bli bundna av rättsakter som de själva inte har röstat för. Vidare har både kommissionen och EU-domstolen ovanligt effektiva befogenheter, i ett internationellt perspektiv. Kommissionen har bland annat till uppdrag att övervaka tillämpningen av fördragen och kan genom ett överträdelseärende stämma medlemsstater som inte uppfyller sina åtaganden, inför EU-domstolen.¹⁰ EU-domstolen har i sin tur tilldelats exklusiv kompetens att uttolka och kontrollera giltigheten av EU-rätten, med undantag för den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken. Detta gör den bland annat genom att besvara frågor som kommer från medlemsländernas nationella domstolar inom ramen för förfarandet för förhandsavgöranden.¹¹

⁷ Artikel 289.1 funktionsfördraget.

⁸ Artikel 289.2 funktionsfördraget.

⁹ Artikel 290 och 291 funktionsfördraget. Även rådet kan i undantagsfall tilldelas befogenheter att anta genomförandelagstiftning, artikel 291.2 funktionsfördraget.

¹⁰ Artikel 17 EU-fördraget och artikel 258 funktionsfördraget.

¹¹ Artikel 19 EU-fördraget och artikel 267 funktionsfördraget.

Ytterligare ett viktigt överstatligt drag är principerna om direkt effekt och företräde som har utvecklats av EU-domstolen.¹² Doktrinen om direkt effekt innebär mycket kortfattat att enskilda kan åberopa EU-rättsliga regler inför nationella domstolar och myndigheter (det senare benämns ofta administrativ direkt effekt). Syftet är att ge effekt åt de gemensamma reglerna i det fall medlemsstaterna av någon anledning inte har genomfört dem på ett fullständigt och korrekt sätt i den nationella rättsordningen. EU-rättens företräde innebär att en medlemsstat inte kan välja bort att tillämpa EU-rätten, även om den skulle stå i konflikt med nationella regler. Kravet på företräde gäller även om EU-rätten är i strid med medlemsstaternas grundlag.¹³ Företrädesdoktrinen har utvecklats av EU-domstolen och hör till EU:s allmänna rättsprinciper även om den aldrig har erkänts av medlemsstaterna i en rättsligt bindande akt. I samband med tillkomsten av Lissabonfördraget ställde sig medlemsstaterna dock bakom en förklaring, där medlemsstaterna erinrar om ”att fördragen och den rätt som antas av unionen på grundval av fördragen i enlighet med Europeiska unionens domstols fasta rättspraxis har företräde framför medlemsstaternas rätt på de villkor som fastställs i nämnda rättspraxis”.¹⁴ De nationella domstolarna har överlag accepterat företrädesprincipen, även om det från deras håll har förekommit en del kritiska röster i deras dialog med EU-domstolen inom ramen för förhandsavgöranden.¹⁵

Av historiska skäl innehöll inte de ursprungliga fördragen någon katalog av grundläggande rättigheter för enskilda som riktade sig till EU-institutionerna, eller i övrigt några referenser till ett sådant skydd. Ett viktigt steg för att medlemsstaterna skulle acceptera EU-domstolens praxis om EU-rättens företräde var att domstolen utvecklade ett sådant skydd. Inledningsvis skedde detta genom att EU-domstolens praxis tillämpade Europakonventionen, andra internationella konventioner som medlemsstaterna tillträtt samt medlemsstaternas egna konstitutionella traditioner, såsom allmänna rättsprinciper inom EU:s rättsordning. Domstolens rättspraxis har kodifierats i EU-fördraget och sedermera i EU:s egen stadga om de grundläggande rättigheterna.¹⁶ Stadgan antogs år 2000 som ett icke-bindande dokument, men har sedan Lissabonfördraget år 2009 samma rättsliga ställning som fördraget.¹⁷ Genom Lissabonfördraget fastslogs även att EU ska ansluta sig till Europakonventionen.¹⁸ Förhandlingarna om villkoren för anslutningen har dock visat sig vara komplicerade, inte minst sedan

¹² Mål 26/62, Van Gend en Loos, EU:C:1963:1 och mål 6/64, Costa mot E.N.E.L., EU:C:1964:66.

¹³ Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114.

¹⁴ Förklaring nr 17 om företräde, fogat till Lissabonfördraget.

¹⁵ Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, ”Direkt effekt och företräde: orubbliga grundprinciper för EU:s rättsordning?”, i Paju, Jaan (red.), *Kritiskt tänkande inom Europarätten*, 2018, s. 55.

¹⁶ Artikel 6.3 EU-fördraget.

¹⁷ Artikel 6.1 EU-fördraget.

¹⁸ Artikel 6.2 EU-fördraget.

EU-domstolen i ett yttrande år 2014 underkände ett utkast till avtal om EU:s anslutning till Europakonventionen, då det inte ansågs vara förenligt med EU-rätten.¹⁹

2.3 Europarättens plats i det svenska rättssystemet

I detta avsnitt beskrivs vilken rättslig status EU-rätten respektive konventionen har i det svenska rättssystemet: var i hierarkin av svenska regler befinner sig EU-rätten respektive konventionen? Vilken betydelse har respektive rättsbildning i praktiken och hur? EU-rätten har exempelvis ett krav på direkt effekt och företräde men enbart inom "sitt tillämpningsområde". Konventionen, däremot, omfattar enbart skyddet av grundläggande rättigheter och den utgör primärt ett folkrättsligt dokument för de europeiska staterna, som numera har getts status av vanlig svensk lag. Konventionens rättigheter som staterna åläggs att skydda utgör en minimistandard som måste uppnås.

2.3.1 EU

Förenklat kan EU:s tillämpningsområde sägas omfatta två situationer: antingen finns ett visst gränsöverskridande element, vilket innebär att de fördragsfästa reglerna om fri rörlighet av varor, tjänster, personer och kapital aktualiseras, eller så har EU antagit sekundärrättslagstiftning. Principerna om direkt effekt och företräde är vidare beroende av vilken typ av rättsakt och bestämmelse det rör sig om.

Vad gäller formerna för genomförandet av EU-rätten på nationell nivå är huvudregeln att medlemsstaterna kan nyttja sin egen interna förvaltningsorganisation och processordning, det vill säga de har vad som brukar benämnas institutionell och processuell autonomi. Begreppet autonomi är dock missvisande. Inom allt fler områden av förvaltningsrätten håller en integrerad förvaltning på att utvecklas, där de nationella myndigheterna samverkar med varandra och med EU-myndigheter, utifrån såväl sekundärlagstiftning som EU:s allmänna rättsprinciper.²⁰

När Sverige år 1995 anslöt sig till EU var doktrinen om EU-rättens företräde redan väl etablerad, vilket gjorde att Sverige, till skillnad mot EU:s grundarländer, hade goda insikter om principens konsekvenser. I den utredning som presenterades inför medlemskapet föreslogs en ny paragraf i regeringsformens första kapitel, med lydelsen "har överenskommelse träffats om Sveriges anslutning till Europeiska gemenskaperna och riksdagen beslutat överlåta beslutsbefogenheter till gemenskapen, gäller de förpliktelser som följer av anslutningen utan hinder

¹⁹ Yttrande 2/13, EU:C:2014:2454.

²⁰ Hofmann, Hervig C.H. & Türk, Alexander, "The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences", *European Law Journal* vol. 13 No. 2, 2007, 253–271 och De Lucia, Luca, "Conflict and Cooperation within European Composite Administration (Between Philia and Eris)", *Review of European Administrative Law*, 2012, vol. 5, nr. 1, s. 43–77.

av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag”.²¹ Förslaget möttes av hård kritik i debatten och kallades allmänt för plattläggningsparagrafen.²² Förslaget ledde som bekant inte till lagstiftning, utan det nya EU-medlemskapet fick i stället inledningsvis framgå enbart indirekt i RF genom att en ny grund för överföring av beslutskompetens till EU infördes i 10 kap. 5 § RF, numera omnummererad till 10 kap. 6 § RF. Inte förrän år 2011 kom det svenska medlemskapet i EU att uttryckligen omnämnas i regeringsformen, genom 1 kap. 10 § RF som anger ”Sverige är medlem i Europeiska unionen. Sverige deltar även inom ramen för Förenta nationerna och Europarådet samt i andra sammanhang i internationellt samarbete”. Som framhållits av Wenander ger regleringen i 1 kap. 10 § RF uttryck för den internationalisering av den svenska offentliga rätten som har blivit allt tydligare sedan åtminstone 1990-talet, genom att bestämmelsen tydliggör att den svenska offentliga rätten nu ingår i ett internationellt sammanhang.²³

Av de kriterier för överföring av beslutskompetens till EU som läggs fast i 10 kap. 6 § 1 st. RF framgår under vilka förutsättningar Sverige kan delta i EU. Bland de villkor som uppställs återfinns begränsningen att den beslutanderätt som överläts till EU inte får röra principerna för det svenska statsskicket. Därutöver anges att överlåtelsen förutsätter att ”fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”. I doktrinen har diskuterats om lagrummet ger utrymme för svenska domstolar att i konkreta fall följa utvecklingen i EU-samarbetet och över tid pröva om den överlätna beslutandekompetensen har kommit att användas på ett sådant sätt att förutsättningarna i 10 kap. 6 § RF fortsatt är uppfyllda.²⁴ Till dags dato har dock inte någon sådan prövning ägt rum, i vart fall inte med en uttrycklig referens till lagrummet. Svenska domstolar kan däremot generellt sägas ha accepterat doktrinen om EU-rättens företräde. Ett tydligt exempel är Lassagårdsmålet, RÅ 1997 ref. 65, där HFD åsidosatte en svensk förordning²⁵, då den befanns strida mot EU:s allmänna rättsprinciper, nämligen rätten till effektiva rättsmedel. Rent konkret innebar domen att HFD frångick den gamla svenska traditionen att förvaltningsbeslut ska överprövas inom förvaltningen, med regeringen som sista instans, ett principiellt mycket

²¹ SOU 1993:14, *EG och våra grundlagar*, s. 27.

²² Se härom Bernitz, Ulf, ”EU och den svenska grundlagen – förbehåll och begränsningar”, Joakim Nergelius (red.), *EU-skvadern om den Europeiska unionens konstitutionella framtid*, 2001, s. 79, och Algotsson, Karl-Göran, *Sveriges författning efter EU-anslutningen*, 2000, s. 35 f. och s. 275 f.

²³ Wenander, Henrik, ”En princip om internationell öppenhet – 1 kap. 10 § regeringsformen och socialförsäkringsrätten”, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2011, s. 537–561 och s. 560.

²⁴ Se exempelvis Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Marcus, *Konstitutionell rätt*, Wolter Kluwer, 2016, s. 577, som uttryckligen diskuterar möjligheten, samt Bergström, Carl Fredrik & Ruotsi, Mikael, *Grundlag i gungning? En ESO-rapport om EU och den svenska offentlighetsprincipen*, ESO-rapport 2018:1, s. 171, som tycks förutse att en sådan möjlighet finns. Se även SOU 2008:125, s. 500, där det konstateras att det ”med andra ord 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”.

²⁵ Förordning (1994:1715) om EG:s förordningar om jordbruksprodukter.

stort steg.²⁶ I detta sammanhang kan det vara värt att nämna att frågan om Europarättens krav på domstolsprövning (eller effektiva rättsmedel) har haft en fortsatt stor betydelse för den svenska rättsutvecklingen och utgör ett område där svenska domstolar har varit följsamma mot Europarättsliga krav. Som diskuteras nedan är just domstolarnas överprövande funktion i förhållande till det offentliga det område inom svensk rätt som tydligast har påverkats av europeiseringen, vilket även haft betydande återverkningar på den svenska rättsordningen i övrigt.

I andra sammanhang har dock svenska domstolar uttalat att det finns en gräns för EU-rättens företräde. Ett exempel är NJA 2014 s. 79, som ledde till ett förhållandevis skarpt uttalande av Högsta domstolen om gränserna för EU-rättens företräde. I målet hade HD att ta ställning till om EU:s reglering för utsläppsrätter kunde anses strida mot proportionalitetsprincipen, då det saknades möjligheter att justera fastställda avgiftsbelopp. Högsta domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen, som fann att den aktuella regleringen föll inom ramen för EU-lagstiftarens normativa val och inte kunde anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.²⁷ HD följde EU-domstolens tolkning, men lade till att det fanns en gräns:²⁸

En svensk domstol kan frångå vad som följer av EU-domstolens tolkning av en EU-bestämmelse endast om tillämpningen i det enskilda fallet annars skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av Europakonventionen. Det betyder att det faktiska utrymmet för en sådan avvikelser är ytterst begränsat.

Som tidigare har påpekats har de svenska domstolarna hittills inte utgått från de ovan nämnda villkoren i 10 kap. 6 § RF om att EU-medlemskapet inte får innebära att bland annat skyddet för grundläggande rättigheter undergrävs. I målet med utsläppsrätterna fanns ett sådant utrymme, men domstolen uttalade sig inte specifikt i den frågan.

Det finns dock ett område där EU-rättens anspråk på företräde har uppfattats som problematiskt, nämligen inom området för EU:s dataskyddsregler och dess förhållande till de svenska grundlagarna, tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL), vilket har diskuterats utförligt i doktrinen.²⁹

²⁶ Nergelius har uttalat att Lassagårdsmålet utan överdrift kan betecknas som ett av de viktigaste konstitutionella och förvaltningsrättsliga avgörandena i Sverige under modern tid, se Nergelius, Joakim, *Förvaltningsprocess, normgivning och Europarätt*, 2000, s. 77.

²⁷ Mål C-203/12, Billerud Karlsborg AB och Billerud Skärblacka AB mot Naturvårdsverket, EU:C:2013:664, s. 35.

²⁸ NJA 2014 ref. 79, s. 17.

²⁹ Se bl.a. Österdahl, Inger, "Openness v Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union", *ELRev.* 37 (1998) s. 336–356, Abrahamsson, Olle & Jermsten, Henrik, "Om behovet av en ny tryck- och yttrandefrihetsrättslig regleringsmodell", *Svensk Juristtidning* 2014, s. 201; Göran Lambertz, "Grundbultarna kan behållas", *SvJT* 2014, s. 440; Magnus Schmauch, "Tryck- och yttrandefrihetsgrundlagarna och EU-rätten — en kommentar till en kommentar", *SvJT* 2014, s. 520; Bergström, Carl Fredrik & Ruotsi, Mikael, *Grundlag i gungning? En ESO-rapport om EU och den svenska offentlighetsprincipen*, ESO-rapport 2018:1.

Enligt såväl den tidigare personuppgiftslagen, PUL, som genomförde EU:s dataskyddsdirektiv, som nuvarande lag med kompletterande uppgifter till EU:s dataskyddsförordning (GDPR) (kompletteringslagen), har regler införts som anger att dataskyddsreglerna inte ska tillämpas inom TF:s och YGL:s tillämpningsområden.³⁰ Såväl dataskyddsdirektivet som GDPR ger ett utrymme att balansera intresset av dataskydd mot intresset av offentlighet,³¹ men frågan är om den svenska hållningen, det vill säga att helt utesluta TF och YGL från GDPR:s tillämpningsområde, är förenlig med de intentioner som ligger bakom den EU-rättsliga lagstiftningen.³² I förarbetena till kompletteringslagen anges uttryckligen att syftet är att tydliggöra tryckfrihetsförordningens företrädare framför GDPR och kompletteringslagen.³³ Även HFD har i sin praxis upprätthållit TF, även om domstolen aldrig uttryckligen tagit ställning till dess förhållande till EU-rätten.³⁴ Rättspraxis inom tryckfrihets- och yttrandefrihetsområdet står således i bjärt kontrast till annan praxis som snarare pekar i motsatt riktning, det vill säga en acceptans för en pågående europeisering av den svenska rätten.

2.3.2 Europakonventionen

Europakonventionen – som sedan 1995 gäller som lag – är tillämplig på hela den svenska rättsordningen. Så fort en rättighet som återfinns i konventionen aktualiseras på nationellt plan, krävs att konventionen används och beaktas i den nationella uttolkningen av rättigheten. Europadomstolen har under åren utvecklat principen om subsidiaritet och statens skön (margin of appreciation). Principerna innebär att det i första hand är konventionsstaterna som ska tillämpa konventionen och att staterna – om konventionen är använd på rätt sätt – ges ett

³⁰ 7 § 1 st. personuppgiftslagen (1998:204), PUL, och 7 § 1 st. lag (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning (här benämnd kompletteringslagen, annars även benämnd dataskyddslagen).

³¹ Artikel 9.2 Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och artikel 86 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

³² Lagrådet avstyrkte införandet av 7 § 1 st. PUL, då det ansågs tveksamt om EU-domstolen skulle acceptera att de bestämmelser i direktivet som införlivades genom personuppgiftslagen fick vika i vidare mån än vad som framgick av ordalydelsen i direktivets artikel 9.2, prop. 1997/98:44 s. 236 f. I utredningen till kompletteringslagen uttalas följande: ”Den befintliga upplysningsbestämmelsen i 7 § 1 st. PUL bedömdes av riksdag och regering som förenlig med dataskyddsdirektivets likartade bestämmelser vid införandet av personuppgiftslagen (prop. 1997/98 44 s. 48 f., bet. 1997/98:KU18, rskr.1997/98:180). Den har inte varit föremål för domstolsprövning och heller inte ifrågasatts av kommissionen sedan införandet för snart tjugo år sedan. Eftersom förordningen, som nämnts ovan, tycks ge ett ökat utrymme för undantag med hänsyn till yttrande- och informationsfriheten bedömer vi att förordningen inte hindrar att en upplysningsbestämmelse motsvarande den i 7 § 1 st. PUL införs i dataskyddslagen”, SOU 2017:39 Ny dataskyddslag. Kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning, s. 96. Lagrådet kommenterade inte frågan i sitt yttrande inför kompletteringslagen, prop. 2017/18:105, s. 330.

³³ Regeringens proposition om en ny dataskyddslag, prop. 2017/18:105, s. 87.

³⁴ Se exempelvis HFD 2014 ref. 66 och HFD 2015 ref. 71. Se även NJA 2001 s. 409, Ramsbro-målet, om det journalistiska undantaget i 7 § 2 st. PUL.

visst skön – en bedömningsmarginal (eller utrymme) – för hur de vill genomföra konventionen i praktiken.

Mellan åren 1950 och 1995 var Sverige, som tidigare påpekats, bundet av konventionen men enbart som ett folkrättsligt bindande dokument. År 1995 inkorporerades den i den svenska rättsordningen och den blev således *även* vanlig svensk lag. Under konventionens tid som folkrätt användes den inte i någon större omfattning av vare sig domstolarna eller förvaltningsmyndigheterna, eftersom den inte ansågs gälla som intern svensk rätt i enlighet med den dualistiska principen. Det gjordes inte heller några systematiska hänvisningar till konventionen i samband med att nya lagförslag togs fram. Den dualistiska principen som inledningsvis påverkade att konventionen fick en ringa betydelse i svensk rättspraxis innebär i korthet att Sveriges internationella överenskommelser måste inkorporeras (eller transformeras³⁵) i svensk rätt, det vill säga ges status av ”vanlig” svensk lag, för att kunna användas i en domstol eller av en förvaltningsmyndighet.³⁶ Men eftersom principen också förutsätter att internationella överenskommelser läggs till grund vid rättstillämpningen, i enlighet med kravet på att svensk rätt om möjligt ska tolkas fördragskonformt, var EKMR inte helt utan betydelse innan den gjordes till svensk lag. Principen om fördragskonformitet innebär att en rättstillämpare – så långt den inhemska rätten medger – ska tolka den svenska rätten i enlighet med de internationella överenskommelser som ingåtts och som gäller folkrättsligt. Men om det uppstår en motsättning mellan dessa två olika rättsområden (den svenska rätten och exempelvis en folkrättslig konvention) ges den svenska rätten företräde i det konkreta fallet.

Under 1980-talet och början av 1990-talet inleddes emellertid ett visst systemskifte med anledning av att Sverige fälldes till ansvar för att ha brutit mot konventionen.³⁷ Förändringen ägde rum successivt. Genom fällningarna blev det ohållbart för de svenska domstolarna att bortse från konventionen, varför man emellanåt började låta sig påverkas av Europadomstolens rättspraxis.³⁸ På så sätt skedde ett slags transformering av konventionen, som dock inte var påkallad av någon formell förändring av regelverken. Europadomstolens fällningar innebar också att Sverige var folkrättsligt bundet att i enlighet med artikel 41 i konventionen vidta nationella åtgärder för att korrigera bristerna man dömts för. Med början på 1990-talet genomfördes därför vissa rättsliga reformer med anledning av domar från Europadomstolen.

³⁵ Transformation innebär att ett stadgande i en internationell överenskommelse införs i en svensk föreskrift. Detta har t.ex. gjorts i flera fall med stadgandet om barnets bästa i artikel 3 i FN:s konvention om barnets rättigheter.

³⁶ Det finns flera undantag från denna princip, vilket har inneburit att en del internationella överenskommelser har använts utan inkorporation.

³⁷ Se bl.a. Sporrong Lönnroth mot Sverige, dom den 23 september 1982.

³⁸ Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2019, s. 58 ff.

Under den period som konventionen hade folkrättslig status i Sverige spelade också Europadomstolens praxis som rörde *andra* konventionsstater en, generellt sett, mindre roll. Att driva ett mål i en svensk domstol på grundval av sådan rättspraxis som hade sitt ursprung i andra länder än Sverige under denna period var näst intill omöjligt.

Riksdagens beslut om att inkorporera konventionen i svensk lag 1995 innebar en minst sagt radikal förändring, även om utvecklingen därefter kom att ske stegvis.

Men redan före inkorporationen gjordes flera justeringar av vissa stadganden i regeringsformens rättighetskatalog (2 kap. RF), som tyder på en påbörjad europeisering av den svenska rätten med anledning av Sveriges anslutning till EKMR. Ett exempel är att skyddet för äganderätten stärktes. Kravet på angeläget allmänt intresse infördes med hänvisning till att konventionen angav ett krav på allmänt intresse i sin bestämmelse om egendomsskyddet. Man gjorde även en översiktlig genomgång av svensk rätt i syfte att kontrollera att svensk rätt stämde överens med konventionen ur materiell synvinkel. Men efter denna genomgång konstaterades att det inte fanns några särskilda rättsområden som behövde justeras med anledning av inkorporationen.³⁹ I 2 kap. 23 § RF (i dag 19 §) står också följande att läsa:

Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Genom stadgandet markeras konventionens särställning i den svenska rätten och det innebär att riksdagen måste kontrollera att ny lagstiftning står i överensstämmelse med konventionen och att en rättstillämpare (11 kap. 14 § RF respektive 12 kap. 10 § RF) i en lagprövningssituation kan kontrollera tillämpningens förenlighet med konventionen. Om tillämpningen skulle riskera att bryta mot konventionen (som lag) bryter man även mot detta stadgande. På detta sätt ges konventionen en semikonstitutionell ställning och en betydelse som innebär att den inte är att uppfatta som en vanlig lag.⁴⁰

Sedan EKMR blev inkorporerad i den svenska rättsordningen har de svenska domstolarna kunnat använda både konventionen och all tillhörande rättspraxis som kommer från Europadomstolen, det vill säga inte bara den som berör Sverige.⁴¹

³⁹ SOU 1993:40 del B s. 123 ff., *Grundlagskommentaren* s. 166 ff. och prop. 1993/94:117 s. 32 ff.

⁴⁰ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 42 ff.

⁴¹ Dock måste påpekas att en fällande dom från t.ex. Ryssland eller Ukraina kanske inte lika lätt låter sig "överföras" till en svensk kontext, till skillnad från en dom som rör ett nordiskt grannland där det finns flera likheter avseende rättskultur, se Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2019, s. 115 f.

Frågan om hur svenska domstolar ska förhålla sig till Europadomstolens praxis som härrör från kränkningar av stater som har helt andra rättskulturer och rättssystem är inte enkel. Trots att samtliga rättsfall från Europadomstolen är betydelsefulla för att förstå innebörden av och tolka konventionen måste de sättas i ett sammanhang och i en rättslig kontext. Någon väl utvecklad doktrin för hur olika mål med olika ursprung ska hanteras från Strasbourg finns inte. I praktiken torde det bli en ad hoc-bedömning (från fall till fall) för att avgöra vilken betydelse en viss rättspraxis från Europadomstolen får i ett enskilt mål inför en svensk domstol.

Det som pekats på ovan har medfört att den svenska grundlagen (främst 2 kap. RF) — som en effekt av inkorporationen av EKMR – inte har fått så stor praktisk betydelse som den skulle kunna ha fått. Detta beror sannolikt bland annat på att det så kallade uppenbarhetsrekvisitetet i lagprövningsregeln i 11 kap. 14 § RF fortsatte att gälla en tid efter inkorporationen. Enligt bestämmelsen, som upphörde att gälla först vid 2011 års grundlagsändring, kunde domstolarna endast åsidosätta lagar som uppenbart stred mot grundlagen. Eftersom denna ordning länge gällt i Sverige, och bland annat bottnar i folksuveränitetens betydelse i det svenska statsskicket, är det rimligt att anta att domstolarna är ovana vid att lagpröva innehållet i den svenska rätten. En praktisk förklaring är att det fanns betydligt mer praxis att hänvisa till från Strasbourg.

Sammantaget stärktes konventionens ställning rejält i svensk rätt i och med inkorporationen 1995. Detta skedde trots att den inte fick status som grundlag. Att Europadomstolen årligen avkunnar många domar som bidrar till uttolkningen av konventionsrättigheterna har också lett till att den svenska grundlagen i någon mån marginaliserades under en period. Men som påpekas ovan satte 2011 års grundlagsändring delvis stopp för detta, genom att uppenbarhetsrekvisitetet i 11 kap. 14 § RF (12 kap. 10 § EF i ett nytt kapitel för förvaltningsmyndigheterna) togs bort. Den reviderade regeringsformen syftade bland annat till att stärka vissa rättigheter i 2 kap. och att stärka domstolarnas ställning.⁴² Genom att ta bort uppenbarhetsrekvisitetet ges domstolarna ett större skön att göra lagprövningar. I propositionen anges:

Ett område där möjligheten till lagprövning framstår som särskilt angelägen rör vissa centrala delar av fri- och rättighetsregleringen i 2 kap. RF. Här är det av särskild betydelse att grundlagens regler fullt ut får genomslag i rättstillämpningen. (...) Ett tredje exempel rör frågor som har samband med Sveriges internationella åtaganden. Mot bakgrund av bestämmelsen i 2 kap. 23 § RF får detta särskild betydelse för frågor rörande svensk rätts förenlighet med Europakonventionen. Vad som anförts ovan ska ses som exempel på områden där det är särskilt viktigt att lagprövningen får genomslag.⁴³

⁴² Uppenbarhetsrekvisitetet i 11 kap. 12 § RF (respektive 12 kap. 10 § RF) togs bort och domstolarna fick ett nytt eget kapitel 11 i RF.

⁴³ Regeringens proposition om en reformerad grundlag, prop. 2009/10: 80, s. 147.

Genom grundlagsreformen kom RF:s rättighetsregleringar att få ett tydligare genomslag vid domstolarna än tidigare. Den senaste tidens praxis från svenska domstolar visar att de har tagit grundlagsreformen till sig genom att i ökad grad använda rättighetsskyddet i 2 kap. RF och emellanåt när så är relevant med en tolkning som *överensstämmer med Europadomstolens tolkning*.⁴⁴ Konventionen används med andra ord av domstolarna snarast som en hävstång för att utveckla det svenska rättighetsskyddet i 2 kap. RF. Detta görs genom att domstolarna tolkar 2 kap. konventionsenligt och med hjälp av de tolkningsprinciper som Europadomstolen utvecklat.⁴⁵ Effekten av detta är att rättigheterna till exempel ges en mer dynamisk innebörd än tidigare och att tidigare metoder att tolka RF (vilka anges i RF:s äldre förarbeten) i flera fall har övergetts.

⁴⁴ Se t.ex. NJA 2014 s. 332 (Torneälvsmålet) och NJA 2018 s. 753 (Parkfastighetsmålet). Båda målen rörde äganderättsskyddet i 2 kap. RF.

⁴⁵ Detta gäller dock inte utan undantag utan vissa bestämmelser i 2 kap. RF har en gentemot konventionen mer självständig innebörd.

3 Europeiseringens påverkan på lagstiftningsprocessen, normgivningsmakten och lagstiftningens utformning

I detta avsnitt behandlas huvudsakligen hur den svenska lagstiftningsprocessen har genomgått en anpassning med anledning av Europarätten, samt vilken påverkan som europeiseringen har haft på lagstiftningens innehåll. Därtill beskrivs hur möjligheterna för riksdagen att delegera enligt kap. 8 RF åt andra organ har påverkats av att Europarätten numera ingår i den svenska rättsordningen.⁴⁶ Sist diskuteras hur lagstiftningens utformning har påverkats av att den svenska rätten i dag består av en ökad grad av Europarätt (liksom internationella regler).

Inledningsvis kan konstateras att den svenska lagstiftningsprocessen i princip ser ut som den gjorde innan 1995, med undantag för några mindre förändringar som gjorts som en följd av det svenska medlemskapet i EU och inkorporeringen av konventionen i svensk rätt. Likaså fungerar normgivningsmakten, det vill säga riksdagens möjligheter att delegera lagstiftningsmakt till andra organ, i princip som innan Sverige gick med i EU. Delegationsrätten aktualiseras nämligen numera också i samband med att Europarätten ska genomföras. När det däremot gäller lagstiftningens utformning, det vill säga hur reglerna skrivs (regleringsteknik), ser vi flera tydligare förändringar. Några exempel är den ökade förekomsten av vaga regleringar, ordval som inte härrör från svensk juridisk kontext utan som snarare utgör direkta hänvisningar till de internationella regelverken.

3.1 Hur påverkar europeiseringen den svenska lagstiftningsprocessen?

Utgångspunkten är som sagt att den *svenska* lagstiftningsprocessen står någorlunda opåverkad av att Sverige har blivit medlem i EU och inkorporerat EKMR i den svenska rättsordningen. Detta innebär bland annat att de juridiska institutionerna vid de svenska lärosätena i princip fortsätter att lära ut lagstiftningsprocessen som om ingenting hade hänt. Med den svenska lagstiftningsprocessen menar vi den som inleds genom att regeringen tillsätter

⁴⁶ Jämför Wahlgren, Peter, *Lagstiftning – Rationalitet, teknik, möjligheter*, 2014, s. 25 ff.

en utredning och som sedan resulterar i att en proposition läggs fram till riksdagen. Propositionen kan vara föranledd antingen av att regeringen har ett eget förslag om lagstiftning, att regeringen föreslår lagstiftning till följd av att EU har antagit en rättsakt eller att regeringen föreslår ändringar i en lag exempelvis med utgångspunkt i att Europadomstolen har ändrat sin rättspraxis. Med denna definition av lagstiftningsprocessen utsluts med andra ord bland annat den process som föregår att Sverige förhandlar om EU-lagstiftning i ministerrådet.

Hur ser då en svensk lagstiftningsprocess ut? Enligt regeringsformen är det i första hand regeringen som har initiativrätten till ny lagstiftning.⁴⁷ Den kan välja mellan att antingen tillsätta en intern utredning på det berörda departementet som utmynnar i en departementspromemoria (Ds), eller en extern utredning som då leder till en statlig offentlig utredning (SOU). Det är dock inte ovanligt numera att sådana utredningar tillsätts som en effekt av att EU har antagit en rättsakt, eller att någon konventionsändring genom praxis har skett. I båda fallen måste den svenska rätten anpassas till Europarätten. Det kan till exempel röra sig om en dom från Europadomstolen i Strasbourg som föranleder regeringen att utreda en viss fråga, så som exempelvis var fallet med rätt till skadestånd på grund av kränkning av konventionen. Men det kan också handla om ett EU-direktiv som ska implementeras, eller om en dom från EU-domstolen som kräver en anpassning i den svenska rätten.⁴⁸ Om regeringen väljer att tillsätta en utredning är det dock inte självklart att den anger i kommittédirektiven att lagförslagens konsekvenser för Europarätten ska utredas, trots att detta dock borde vara en självklarhet. En sådan analys torde nämligen vara nödvändig för att försäkra sig om att lagstiftningen står i överensstämmelse med Europarätten. Om regeringen däremot ger alltför snäva direktiv om hur utredaren ska bedöma lagförslagens konsekvenser för Europarätten kan det dock vara kontraproduktivt, då utredarens möjligheter att tänka "fritt" om frågan begränsas. Båda typer av utredningar, det vill säga interna som mynnar ut i en Ds och externa som leder till en SOU, remitteras som regel när regeringen väl föreslår lagstiftningen, eftersom regeringsformen anger ett remisstvång i 7 kap. 2 § RF. Vad gäller EU-lagstiftningen inträder remisstvånget först när regeringen lägger en proposition om genomförande i svensk rätt, trots att denna då utgår från lagstiftning som redan har antagits på EU-nivån. Det finns dock ingenting som hindrar regeringen att även skicka förhandlingsförslag på remiss, vilket också görs regelbundet.

En fråga som har uppmärksamats är om den kunskap som har genererats inom ramen för EU:s lagstiftningsprocess tas om hand på ett ändamålsenligt sätt vid genomförandet i svensk rätt.⁴⁹ I allmänhet representeras Sverige av

⁴⁷ Se 4 kap. 4 § RF som även anger att en riksdagsledamot kan lägga en motion.

⁴⁸ Se snabbutredningen om FRA-lagen med anledning av att EU-domstolen ogiltigförklarade ett direktiv. Hänvisning till utredningen saknas.

⁴⁹ Andersson, Torbjörn, "EU-rättens påverkan på svensk lagberedning", *StJT* 2020, s. 26–29 och Hettne, Jörgen & Reichel, Jane, *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?* Sieps 2012:4, s. 74 ff.

tjänstemän från departementen i rådets arbetsgrupper (men ibland även av förvaltningsmyndigheterna som är på plats med tydliga instruktioner från regeringen). Vid framtagandet av kommissionens genomförandelagstiftning är det i stället oftast tjänstemän från förvaltningsmyndigheterna som deltar i expertgrupperna och kommittéerna. Vilket organ som representerar Sverige, regeringen eller en förvaltningsmyndighet kan dock variera mellan politikområden.⁵⁰ Företrädare för Sverige har således redan varit delaktiga i förhandlingarna inför lagstiftningsbeslut om ny EU-lagstiftning. Eftersom de redan är insatta i det bakomliggande syftet och känner till vilka överväganden som ligger bakom den slutliga lagstiftningsakten är frågan om de inte också borde vara mer involverade i genomförandet av lagstiftningen. I ljuset av detta har i doktrinen framförts förslag om att det införs en formaliserad mekanism för att säkra informationsöverföring från förhandlingsfas till genomförandefas.⁵¹

Efter remissomgången hörs som regel Lagrådet. Lagrådet fick med grundlagsreformen 2011 ett större mandat att granska lagförslag, det vill säga avseende samtliga svenska lagförslag ur juridiskt perspektiv enligt vad som anges närmare i 8 kap. 22 § RF. Till skillnad mot tidigare kan det numera lämna generella synpunkter om förslagets påverkan på Europarätten, trots att detta inte uttryckligen anges i 8 kap. 20–22 §§ RF. En intressant utveckling är att Lagrådet är ganska aktivt vad gäller att lämna sådana synpunkter.⁵² Det är till exempel inte ovanligt att Lagrådet rekommenderar att lagförslagen pausas, eftersom det pågår utredningsarbete inom EU. Men det kan också röra sig om synpunkter på om den föreslagna lagtexten faktiskt korrekt och fullständigt uppfyller det syfte som anges i motiveringen. Detta faller på ett tydligare sätt inom Lagrådets direkta mandat, då 8 kap. 22 § punkten 4 RF anger att Lagrådets granskning ska avse om förslaget är utformat så att lagen kan antas tillgodose de syften som har angetts. Lagrådets bedömning kan få stor betydelse för genomförandet av EU-direktiv i svensk rätt. Men i många fall håller sig Lagrådet till att kontrollera att översättningarna av de rättsliga begreppen är korrekta.⁵³ Efter Lagrådets yttrande omarbetas förslaget vid behov, för att sedan beslutas av riksdagen. Riksdagen beslutar i enlighet med riksdagsordningen (RO).

Trots att lagstiftningsprocessen inte har anpassats till vare sig EU-medlemskapet eller Sveriges bundenhet av EKMR, har praktiken för hur lagstiftningsprocessen går till förändrats på ett avgörande sätt sedan 1995. Eftersom EU-rätten kan bestå av rättsregler som inte härrör direkt från den svenska rätten, krävs egentligen grundliga utredningar av reglernas möjligheter att anpassas till den svenska rättsordningen. Men dessa utredningar sker dels inom ramen för framtagandet av den svenska ståndpunkten inför EU-förhandlingen, dels genom den interna

⁵⁰ Se SOU 2008:118, bilaga 5, s. 172 och Hettne, Jörgen & Reichel, Jane, *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?* Sieps 2012:4, s. 49.

⁵¹ Andersson, Torbjörn, "EU-rättens påverkan på svensk lagberedning", *SvJT* 2020, s. 26–29, s. 29.

⁵² Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2019, s. 56 f.

⁵³ Wahlgren, Peter, *Lagstiftning – Rationalitet, teknik, möjligheter*, 2014, s. 158.

svenska lagstiftningsprocessen på hemmaplan, det vill säga den som genomför EU-lagstiftningen efter det att Sverige har deltagit i lagstiftningsprocessen på EU-nivån. Under EU-förhandlingen kan det dock hända att Sverige, vid användningen av det ordinarie lagstiftningsförfarandet, inte lyckas övertyga de andra medlemsstaterna om någonting som är avgörande för att lagstiftningen ska stå i överensstämmelse med den svenska grundlagen. Det förarbete som alltså gjordes i samband med att Sverige tog fram sin förhandlingsposition i rådet kan med andra ord vara som bortblåst vid denna tidpunkt. Med utgångspunkt i principen om EU-rättens företräde kommer dock Sverige att behöva genomföra lagstiftningen trots detta.

Sammanfattningsvis kan konstateras att en stor del av det svenska lagstiftningsarbetet i dag avser genomförandet av EU-direktiv samt anpassning av EU-förordningar och rättspraxis från EU-domstolen och Europadomstolen.⁵⁴ Det är svårt att nå säker vetskap om hur stor andel av lagstiftningen som har sin grund i Europarätten, eller som i övrigt antagits till följd av Europarättsliga åtaganden. Enligt en undersökning av Sieps hade drygt 30 procent av de lagar som antagits av riksdagen under perioden 1999–2008 någon anknytning till EU.⁵⁵ En vanlig uppfattning är också att Europasamarbetet utgör en betydande del av det svenska lagstiftningsarbetet.⁵⁶

En konsekvens är därför att riksdagens inflytande över lagstiftningsprocessen har minskat och att regeringens inflytande har ökat.⁵⁷ Detta har betydelse för tolkningen och tillämpningen av de föreskrifter som antas, liksom för de förarbeten som tas fram, vilket diskuteras vidare framöver.

3.2 Hur påverkar europeiseringen den svenska normgivningsmakten?

En annan fråga som inte heller har gjorts föremål för någon särskild anpassning sedan Sverige blev medlem i EU och inkorporerade EKMR i den svenska rättsordningen är regeringsformens åttonde kapitel. I detta regleras normgivningsmakten, det vill säga de bestämmelser som styr om och när riksdagen får överlåta till regeringen att utfärda förordningar, eller när riksdagen kan ge regeringen rätt att i sin tur överlåta åt myndigheter att

⁵⁴ Wahlgren, Peter, *Lagstiftning – Rationalitet, teknik, möjligheter*, 2014, s. 51. Wahlgren anger på anført ställe att ”(l)ivligt debatterade frågor i samband med detta har också varit i vilken utsträckning lagstiftningsmakten förskjuts, exempelvis till Europaparlamentet, och om det successivt utvecklas allt mer svårpåverkbara maktstrukturer, respektive vad detta betyder för lagstiftningens möjligheter att accepteras och förbli legitim utifrån ett nationellt perspektiv.”

⁵⁵ Halje, Lovisa, *Hur stor del av vår lagstiftning härrör från EU?* i Bull, Thomas, Halje, Lovisa, Bergström, Maria, Reichel, Jane & Nergelius, Joakim, *Arvet från Oxenstierna – reflektioner kring den svenska förvaltningsmodellen och EU*, Sieps 2012:2op, s. 20, 38.

⁵⁶ Se t.ex. Wersäll, Fredrik, ”En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning”, *StJT* 2014, s. 1–8, s. 2.

⁵⁷ Hettne, Jörgen & Reichel, Jane, *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?* Sieps 2012:4, s. 43.

ta fram föreskrifter. Kapitel 8 fick ett delvis nytt utseende och en ny struktur genom grundlagsreformen 2011, men har inte förändrats till sitt innehåll med undantag för några saker. I praktiken innebär detta att föreskrifter som beslutas av förvaltningsmyndigheter *fortfarande* är den vanligaste regelformen, i motsats till föreskrifter (lagar) som beslutas av riksdagen.⁵⁸ Delegationsmöjligheterna – det vill säga att låta regeringen och även en förvaltningsmyndighet närmare besluta om en viss reglering – används fortfarande ofta och de är därtill ofta vida och vaga till sitt innehåll. I detta avsnitt fokuseras i synnerhet på hur det svenska EU-medlemskapet påverkar olika delar av normgivningsmakten.

För det första kan konstateras att förvaltningsmyndigheterna får en viss ökad normgivningskompetens genom att de i praktiken genomför en övervägande del av EU-direktiven när de antar föreskrifter.⁵⁹ För detta kan de emellanåt använda en redan befintlig delegation, om det ur konstitutionellt perspektiv är möjligt. Ur effektivitetssynpunkt kan denna ordning (det vill säga att använda befintliga delegationer för att snabbt och smidigt kunna genomföra EU-rätten) vara att föredra. Det kan till och med vara nödvändigt för att genomföra EU-rätten inom föreskriven tid. I konstitutionellt hänseende saknas skäl att invända mot att en tidigare delegation används, men det ska inte underskattas att det ändå kan få konsekvenser som kan påverka det demokratiska systemet. Ett uteblivet remissförfarande, som blir effekten av att det är förvaltningsmyndigheterna i stället för riksdagen som beslutar om reglerna, kan exempelvis begränsa transparensen i beslutsprocessen och således även begränsa det demokratiska samtalet om reglerna. I den mån det rör sig om stora delar av ett rättsområde som regleras av EU-direktiv och som därefter genomförs av förvaltningsmyndigheter, kan således riksdagens inflytande begränsas avsevärt.⁶⁰ Av detta skäl förekommer det att riksdagsutskotten tar kontakt med företrädare såväl för EU-kommissionen som för förvaltningsmyndigheterna för att få insyn i utvecklingen inom enskilda rättsområden, där deras inflytande blivit avsevärt begränsat. Detta sker trots att riksdagens ordinarie kontakter med såväl EU som myndigheterna normalt sett går genom regeringen.⁶¹

Genom att förvaltningsmyndigheterna kan använda befintliga delegationer vid genomförandet av EU-direktiven finns det också en begränsad möjlighet att kontrollera att de svenska föreskrifterna verkligen följer EU-rätten eller om de till och med går längre än vad som krävs. På så sätt får frågan också effekt

⁵⁸ Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Studentlitteratur, 2019, s. 188.

⁵⁹ Det saknas offentlig statistik, men frågan diskuteras i SOU 2008:18, bilaga 5, s. 175, samt i Hettne, Jörgen & Reichel, Jane, *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?* Sieps 2012:4, s. 49.

⁶⁰ Wénander, Henrik, "Myndighetsföreskrifter: Demokratisk anknytning, politisk styrning och rättssäkerhet". *Tidskrift för Retsvetenskap*, 129(5), 2016, s. 502.

⁶¹ Hettne, Jörgen & Reichel, Jane, *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätten?* Sieps 2012:4, s. 67.

på regeringens styrning över myndigheterna, eftersom det är staten Sverige – och inte de enskilda myndigheterna – som ansvarar om någonting blir fel i det svenska genomförandet.

För det andra kan konstateras att förvaltningsmyndigheterna inte bara får en ökad makt genom att de genomför betydligt fler rättsakter, till följd av de många EU-direktiven som antas, utan de får också ett ökat inflytande genom att de i högre grad deltar i att ta fram lagstiftningen genom EU-medlemskapet. Detta arbete sker inom ramen för kommissionens genomförandelagstiftning där, som nämns ovan, tjänstemän från myndigheterna deltar som experter i lagstiftningskommittéer, så kallade kommittéförfaranden.

Förvaltningsmyndigheterna representerar då Sverige som medlemsstat och förhandlar för regeringen med stöd av en instruktion om hur förhandlingar ska bedrivas.⁶² Många förvaltningsmyndigheter deltar därtill i nära samarbeten med EU-myndigheter och ingår i nätverk mellan myndigheter från övriga medlemsstater. I de fallen agerar däremot förvaltningsmyndigheterna inte utifrån instruktioner från regeringen, eftersom dessa samarbeten handlar om den egna verksamheten. De får i dessa fall styrning genom de mer sedvanliga instrumenten såsom myndighetsförordningen, myndighetsinstruktioner, regleringsbrev och sektorspecifika föreskrifter.⁶³

Sist kan det finnas en poäng att här kommentera EU-myndigheternas befogenheter och påverkan på de svenska reglerna, trots att myndigheterna faller utanför den svenska ordningen för normgivningsmakten. Även här är förvaltningsmyndigheterna i allmänhet representerade i EU-myndigheternas verksamhet, exempelvis genom att de sitter i myndigheternas styrelser.⁶⁴ EU-myndigheterna (eller EU-byråer som de också kallas) är i dag ett drygt trettiotal till antalet och har den huvudsakliga uppgiften att bidra till att genomförandet av EU-rätten blir så samordnat och harmoniserat som möjligt i medlemsstaterna. EU-myndigheternas mandat och uppgifter skiljer sig i hög grad åt, men i allmänhet saknar de självständiga beslutsbefogenheter. Däremot har de ofta till uppgift att anta riktlinjer, vägledningar och liknande icke-bindande dokument, *soft law*, vilka kan tillmätas stor vikt i praktiken. Inom exempelvis dataskyddsrättens område ger Europeiska dataskyddsstyrelsen, ofta benämnd EDPB efter den engelska akronymen, ut tre olika former av tolkningsdokument:

⁶² 10 kap. 2 § RF.

⁶³ Jämför 7 § myndighetsförordningen, vari framgår att ”myndigheten skall ge regeringen stöd vid Sveriges deltagande i verksamheten inom Europeiska unionen och i annat internationellt samarbete, ställa den personal till förfogande för deltagandet som regeringen begär och fortlöpande hålla regeringen informerad om förhållanden av betydelse för samarbetet”.

⁶⁴ Se exempelvis Europeiska dataskyddsstyrelsen som enligt artikel 68.3 GDPR består av chefen för en tillsynsmyndighet per medlemsstat (dvs. i Sverige Datainspektionen) och av Europeiska datatillsynsmannen eller deras respektive företrädare.

riktlinjer, rekommendationer och bästa praxis.⁶⁵ Ett annat område där vägledande dokument från EU-myndigheter tillmäts stor betydelse är inom finansmarknadsområdet där de tre europeiska finansmarknadsmyndigheterna tilldelats särskilda befogenheter att utfärda riktlinjer och rekommendationer riktade till nationella myndigheter eller finansinstitut. Syftet är att ”upprätta en konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillsynspraxis”.⁶⁶ Även om den svenska normgivningsmakten inte påverkas av EU-myndigheternas verksamhet i formell mening, kan dessa icke-bindande dokument ha stor betydelse för vilket utrymme svenska normgivande organ har vid genomförandet av EU-rätten i Sverige, liksom hur svenska rättstillämpare tolkar och tillämpar EU-rätten.⁶⁷

3.3 Hur påverkar europeiseringen terminologin och lagstiftningens utformning?

I detta avsnitt diskuteras hur de svenska reglerna i många fall bär spår av Europarätten genom att de innehåller en viss terminologi och är utformade på ett visst sätt. De regler som här avses tar sikte på de som framgår av 8 kap. RF, det vill säga grundlagar, lagar, förordningar och föreskrifter. Det går exempelvis ofta att spåra terminologin som används i rättsreglerna till den europeiska juridiska kontexten, det vill säga den europeiska terminologin behålls och på så sätt bibehålls kopplingen till de europeiska källorna. Detta förenklar en vidare anpassning när de Europarättsliga källorna utvecklas. Oftast är terminologin som används i de svenska rättskällorna en konsekvens av att Europarätten har transformerats till svensk rätt eller av att svensk rätt har anpassats under starkt inflytande av Europarätten. Detta leder inte sällan till att reglerna får en mer vag och oprecis utformning. I följande avsnitt ges några exempel på hur denna utveckling kan komma till uttryck i den konstitutionella rätten respektive i förvaltningsrätten.

3.3.1 Exempel från den konstitutionella rätten

I den konstitutionella rätten är konventionsrättens påverkan på den svenska rättsordningen särskilt tydlig, varför vi har valt att uppmärksamma några exempel därifrån.

⁶⁵ Artikel 70 GDPR.

⁶⁶ Artikel 16 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1093/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska bankmyndigheten), Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1094/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska försäkrings- och tjänstepensionsmyndigheten) respektive Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1095/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten). EU-domstolen har funnit att den omfattande delegationen ryms inom fördragets ramar, se C-270/12, Storbritannien mot Europaparlamentet och rådet, (Short selling), EU:C:2014:18.

⁶⁷ Johan Munck har analyserat frågan på uppdrag av Finansinspektionen, promemoria upprättad av f.d. justitierådet Johan Munck om implementering av de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer och rekommendationer, Finansinspektionen, 2012.

Ett konkret exempel på hur Europarättslig terminologi (och innehåll) kommer till uttryck i svensk konstitutionell rätt är 2 kap. 6 § 2 st. som skyddar enskilda mot intrång i den *personliga integriteten*.⁶⁸ Det svenska stadgandet är en direkt konsekvens av Europadomstolens tillämpning av artikel 8, som reglerar skyddet för privat- och familjelivet. Av Europadomstolens rättspraxis framgår att artikel 8 EKMR förutsätter ett skydd för den personliga integriteten, vilket alltså den svenska lagstiftaren har valt att explicit nämna i regeringsformen, även om detta förtydligande gjordes så sent som 2011. Detsamma kan sägas om 2 kap. 11 § 2 st. RF som bland annat ger var och en rätt till en *rättvis* rättegång som ska genomföras *inom skälig tid*. Begreppen rättvis rättegång och skälig tid är direkt hänförliga till delar av innehållet i artikel 6 i konventionen och infördes också på grund av Europadomstolens praxis rörande samma artikel.⁶⁹ Även om båda dessa stadganden har en, ur svenskt rättsligt perspektiv, självständig innebörd är de starkt influerade av Europakonventionens terminologi. Att de har en självständig innebörd innebär att de svenska domstolarna inte enbart hämtar inspiration från Europadomstolens praxis för att slå fast respektive rättighets innebörd, utan att de är fria att utveckla en egen oberoende praxis så länge som den inte ger rättigheterna ett lägre skydd än det som ges genom EKMR.

3.3.2 Exempel från förvaltningsrättslig och viss övrig reglering

Utformningen av den förvaltningsrättsliga lagstiftningen har påverkats av europeiseringen i stor utsträckning. Detta gäller såväl den allmänna som den speciella förvaltningsrätten, det vill säga både sådana förvaltningsrättsliga regler som gäller för hela förvaltningen och sektorsspecifika regler. Vad gäller Europakonventionen har det i flera lagar införts direkta hänvisningar till konventionen som en metod för att uppnå normkonformitet. Detta har gjorts i syfte att dels motverka att de svenska normerna hamnar i konflikt med Europakonventionens bestämmelser, dels fylla igen ”hål” i den svenska rättsordningen, sett ur ett konventionsperspektiv. Ett exempel är 1 § rättsprövningslagen som anger förutsättningarna för att ansöka om rättsprövning. Här framgår att det ska röra sig om ”den enskildes civila rättigheter eller skyldigheter i den mening som avses i artikel 6.1 i den europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande rättigheterna”.⁷⁰ En tidigare version av lagen infördes 1988, som en konsekvens av Europadomstolens tillämpning av artikel 6 med avseende på rätten till domstolsprövning av civila rättigheter och skyldigheter.⁷¹ Sverige – med början 1982 – hade fällt till ansvar för att ha brutit mot denna rätt.⁷² Tillämpningen och tolkningen av 1 § rättsprövningslagen är med andra ord helt beroende av hur rättspraxis i Europadomstolen utvecklas avseende

⁶⁸ Bestämmelsen infördes 2010, se prop. 2009/10:80, s. 176.

⁶⁹ Proposition om en reformerad grundlag, prop. 2009/10:80, s. 160–162, 252.

⁷⁰ Lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

⁷¹ Lag (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut.

⁷² Se bl.a. Sporrong och Lönnroth mot Sverige, dom den 23 september 1982.

dessa begrepp – till skillnad mot vad som gäller avseende vissa begrepp i RF som har införts med Europakonventionen som grund.⁷³ Ett annat exempel är den generella rätt till domstolsprövning av förvaltningsbeslut som infördes i svensk rätt genom 41 § i 2017 års förvaltningslag, FL.⁷⁴ Av lagen framgår det numera att ett beslut får överklagas om ”beslutet kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt”. Utöver konventionsrätten har även EU-rätten haft stor betydelse för införandet av en generell rätt till domstolsprövning, vilket framgår av Lassagårdsmålet som diskuterats ovan.⁷⁵

På motsvarande sätt har hänvisningar till Europakonventionen införts i den numera upphävda 3 § 2 st. 1986 års förvaltningslag,⁷⁶ samt till ”konventionsåtaganden” i 11 och 13 §§ i den så kallade begränsningslagen, som innebär att uppehållstillstånd på vissa angivna grunder enbart ska medges om ett nekande skulle strida mot de svenska konventionsåtagandena.⁷⁷

Men reformerna i de svenska lagarna med koppling till Europarätten sker inte enbart med anledning av att de behöver uppdateras på grund av att Europarätten löpande utvecklas eller behöver förtydligas i den svenska rättsordningen. Såväl Europakonventionen som EU-rätten har också utgjort viktiga inspirationskällor, exempelvis vid den senaste reformeringen av förvaltningslagen, vilket diskuteras nedan. Europarättens påverkan i detta avseende har inneburit att de grundläggande rättigheterna och allmänna rättsprinciperna har fått en mer framträdande roll i svensk förvaltningsrätt.

Den speciella förvaltningsrätten, som bland annat styrs av EU-rättsliga lagstiftningsakter och som reglerar hur ett visst politikområde ska hanteras, har ofta en hög detaljnivå. I områden som regleras genom EU-direktiv kan utformningen av den svenska författningstexten i viss mån anpassas till svenska traditioner, men de samlade direktivstexterna kan samtidigt vara så detaljerade och precisa i vissa fall att nationella avvikelser i formuleringar knappast låter sig göras.⁷⁸ Andra politikområden regleras genom direkt tillämpliga förordningar, såsom EU:s tullkodex, kemikalielagstiftningen i Reach och dataskyddsreglerna i GDPR. Dessa förordningar kompletteras av svenska lagar, regeringsförordningar och myndighetsföreskrifter. Utöver detta finns som redan nämnts ofta vägledande dokument som antas av EU-myndigheter i samarbete mellan nationella behöriga

⁷³ Jämför dock HFD:s dom den 16 maj 2017 i mål nummer 5670-16.

⁷⁴ Förvaltningslag (2017:900).

⁷⁵ RÅ 1997 ref. 65.

⁷⁶ Förvaltningslag (1986:223).

⁷⁷ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

⁷⁸ Exempelvis läkemedelsområdet, där det finns grunddirektiv och sektorsdirektiv antagna av Europaparlamentet och rådet, liksom genomförandedirektiv antagna av kommissionen. Se närmare Läkemedelsverkets webbplats, <https://lakemedelsverket.se/overgripande/Lagar--regler/EG-direktiv/>.

myndigheter, eller av kommissionen, som också måste beaktas i genomförandet av den speciella förvaltningsrätten.⁷⁹

⁷⁹ Jämför ovan om artikel 70 GDPR. Dokumentet redovisas på EDPS webbplats, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en. På kemikalieområdet finns en mängd vägledande dokument samlade på Europeiska kemikaliemyndighetens (ECHA) webbplats, <https://echa.europa.eu/sv/home>, till exempel Guidance on requirements for substances in articles, June 2017, version 4. På tullområdet finns ingen EU-myndighet, men kommissionen ger viss vägledning, bl.a. genom Kommissionens handbok om transitering, den 27 april 2016, TAXUD/A2/TRA/003/2016-SV.

4 Några exempel på europeiseringens påverkan på innehållet i svensk konstitutionell rätt och förvaltningsrätt

I detta avsnitt ger vi ett lite mer detaljerat perspektiv på hur den svenska konstitutionella rätten respektive förvaltningsrätten till sitt innehåll har förändrats på grund av Europarättens inträde i den svenska rättsordningen. I två separata avsnitt redovisas vilka förändringar i svensk konstitutionell rätt respektive förvaltningsrätt som kan spåras till samarbetet inom EU och till konventionens genomslag. Avsnittet tar fasta på den skrivna rätten, men vi redovisar också hur innehållet har förändrats som en följd av de högsta domstolarnas prejudicerande rättspraxis.

4.1 Den konstitutionella rätten

Konventionens betydelse för både den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrättens innehåll får bedömas som mycket stor. Både den reviderade regeringsformen (beslutad 2010, i kraft 2011) och den nya förvaltningslagen (beslutad 2017, i kraft 2018) ger tydliga besked om detta: i RF återfinns som nämnts ovan ett reviderat andra kapitel om rättigheterna som i flera avseenden bär avtryck av konventionen. Vi ser också spår av konventionen genom att vissa stadganden i RF har fått en ökad praktisk betydelse och att därmed vissa rättigheter har stärkts. Detta gäller till exempel för egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF. EU-rättens påverkan på regeringsformen är också synbar som diskuteras nedan, dock på lite annat sätt.

4.1.1 Påverkan på regeringsformen

De kanske mest tydliga exemplen av konventionens avtryck i regeringsformen är de två bestämmelser som hänvisar direkt till konventionen. Båda två infördes som en följd av att konventionen inkorporerades 1995. Den första är 2 kap. 19 § RF med rubriken Europakonventionen (tidigare 2 kap. 23 §). Det handlar om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med de svenska åtagandena på grund av konventionen. Stadgandet innebär att konventionen får ett slags konstitutionell status, eftersom det gör att det strider emot grundlagen att stifta lagar som inte är förenliga med konventionen.⁸⁰ Det medför också att

⁸⁰ Holmberg, Erik m.fl., *Grundlagarna*, 2018, s. 166 ff.

domstolarna i en lagprövningsituation (11 kap. 14 § RF) kan vägra att tillämpa en bestämmelse i svensk rätt om den strider mot en rättighetsbestämmelse i konventionen.

Den andra bestämmelsen som på ett mycket tydligt sätt härrör från konventionen är 10 kap. 6 § RF (tidigare 10 kap. 5 §) som anger de konstitutionella förutsättningarna för att överlåta beslutanderätt till EU. Där anges bland annat att en sådan överlåtelse förutsätter att ”fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker” motsvarar det som bland annat ges i konventionen.

Ett annat tydligt sätt på vilket konventionen har påverkat den svenska konstitutionella rätten är att regeringsformens rättighetskapitel har ändrats flera gånger med konventionen som grund. Två redan nämnda exempel är 2 kap. 6 § 2 st. RF som ger ett ökat skydd för den personliga integriteten (att jämföra med det skydd för privatlivet som har utvecklats genom åren av Europadomstolen, med utgångspunkt i artikel 8 EKMR). Även 2 kap. 11 § 2 st. som bland annat ger var och en rätt till en *rättsvis* rättegång som ska genomföras *inom skälig tid*.⁸¹ Ett ytterligare exempel på när konventionen lett till grundlagsändringar i Sverige är regeringsformens 2 kap. 15 § som anger skyddet för äganderätten. En första förändring ägde rum 1995 inför inkorporationen. Då lades kravet på ”angeläget allmänt intresse” till i syfte att närma sig konventionens motsvarande krav för ingrepp i äganderätten. Likaså infördes rätten till full ersättning vid expropriationer 2011 som ett utflöde bland annat av Europadomstolens praxis.

Även andra bestämmelser kan ses som effekter av konventionens, men också EU-rättens inverkan: Ett exempel på hur RF har påverkats till sitt innehåll av konventionen är det faktum att domstolarna genom grundlagsreformen 2011 fick ett eget kapitel i RF – i syfte att markera deras ställning och självständighet från övriga statsmakter. Denna förändring kan sägas utgöra en kodifiering av det rättsläge som konventionen direkt gett upphov till, nämligen att domstolarnas ställning är stark och utgör en betydelsefull del av maktutövningen. Ett av skälen till att uppenbarhetskravet i 11 kap. 14 § RF togs bort var liksom att lagprövningsbestämmelsen då bättre skulle harmoniera med hur domstolarna prövar svensk rätts förenlighet med både EU-rätten och konventionsrätten. När domstolarna gör dessa prövningar krävs nämligen inte att det är fråga om några uppenbara lagöverträdelse, utan domstolarna behöver alltid beakta lagarnas förenlighet med både EU-rätten och konventionen. Att ta bort uppenbarhetsrekvisitet skulle därför ge uttryck för ett mer enhetligt perspektiv.⁸² Förändringarna avseende domstolarnas självständighet, borttagandet av uppenbarhetskravet liksom de som avser rätten till domstolsprövning av civila

⁸¹ För en kommentar om dessa stadganden, se t.ex. Eka, Anders m.fl., *Regeringsformen – med kommentarer*, 2018.

⁸² Holmberg, Erik m.fl., *Grundlagarna*, 2018, s. 549 ff.

rättigheter och skyldigheter (som inte regleras i RF utan behandlas längre ned under rubriken Förvaltningsrätten) får betecknas som några av *Europarättens största effekter på den svenska rätten*.

När det särskilt gäller EU-rätten och dess påverkan på RF kan följande iakttagelser göras: Genom anslutningslagens ikraftträdande 1995 blev det svenska medlemskapet i EU ett faktum. Medlemskapet ägde rum utan någon större efterföljande revidering av regeringsformen med undantag för att 10 kap. 6 § RF (då 5 §) fick en ny lydelse som beskrevs ovan.⁸³ Denna bestämmelse anger att riksdagen kan överlåta beslutanderätt till EU ”som inte rör principerna för statsskicket”. Likaså finns ett förbehåll om att överlåtelsen förutsätter ett fri- och rättighetsskydd inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker som ”motsvarar det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”. Genom denna bestämmelse uppkom också den något intrikata frågan vilka principer för statsskicket som finns i svensk konstitutionell rätt. Förarbetena till bestämmelsen är ganska fåordiga på denna punkt. Bestämmelsen kan också ses som ett slags allmän förbehållsklausul för vilken domstol – en svensk eller EU-domstolen – som ska avgöra lägsta nivån på det nationella rättighetsskyddet.

Efter 1995 var man slutligen tvungen att läsa och förstå RF:s hela innebörd utifrån det faktum att Sverige har överlåtit en stor del av beslutanderätten till EU. Det var dock inte förrän 2011 – alltså femton år efter att man gått med i EU – som man beslöt att uttryckligen ange i grundlagen att Sverige är medlem i EU (1 kap. 10 § RF). Markeringen av detta gav uttryck för ”unionens betydelse i det svenska samhället och skulle innebära att RF bättre speglar de faktiska förhållandena”.⁸⁴

4.1.2 Påverkan genom domstolspraxis

Det är inte enbart i RF som ett europeiskt inflytande och en påverkan på lagarnas innehåll syns. Som redan nämnts, kan vi också se detta genom en förändrad domstolspraxis som bland annat medför stärkta rättigheter. Några sådana exempel kan lyftas fram vilka visar hur rättens innehåll också ändras genom svenska domstolar. Under 2000-talet började svenska domstolar (med början i HD) att tillämpa artikel 13 i EKMR direkt.⁸⁵ Denna artikel ger enskilda en rätt till effektivt rättsmedel vid kränkningar av rättigheterna i EKMR. Enligt praxis från Europadomstolen i Strasbourg kan ett rättsmedel exempelvis utgöras av en ersättning (exempelvis skadestånd).⁸⁶ Ett annat rättsmedel kan vara en sänkt eller bortfallen påföljd som en konsekvens av att en konventionsrättighet har kränkts

⁸³ Se dock även 8 kap. 2 § punkten 6 RF som anger ett krav på lagform för att meddela föreskrifter om val till Europaparlamentet.

⁸⁴ Holmberg, Erik m.fl., *Grundlagarna*, 2018, s. 76.

⁸⁵ Se bl.a. NJA 2005 s. 462.

⁸⁶ Se t.ex. Kudla mot Polen, Europadomstolens dom den 26 oktober 2000.

under en domstolsprocess (till exempel artikel 6 som bland annat anger en rätt till domstolsprövning inom skälig tid).⁸⁷ Men att de svenska domstolarna valde att tillämpa EKMR direkt i stället för den svenska skadeståndslagen (1972:207) innebar en stor förändring. Genom att Europadomstolens praxis tillämpades kom nämligen en helt ny skadeståndgrund att utvecklas i svensk rätt vilken sedermera också började tillämpas av Justitiekanslern (JK). Som en direkt följd av både de svenska domstolarnas nya rättspraxis och av JK:s tillämpning infördes därför 2018 en ny rättsregel i skadeståndslagen (3 kap. 4 §). Den återspeglar konventionens krav och tillkom i syfte att öka förutsebarheten i rättstillämpningen. Den nya lagen anger att staten (eller regionen eller kommunen) är skyldig att ersätta personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och skada på grund av att någon kränkts på sätt som anges i 2 kap. 3 § skadeståndslagen, om skadan uppkommit som följd av att den skadelidandes rättigheter enligt konventionen har överträtts från statens (eller regionens/kommunens) sida.⁸⁸

Genom de svenska domstolarnas och JK:s praxis (och genom den senaste justeringen i skadeståndslagen) inställde sig det läget att det gick att få skadestånd för kränkning av rättigheterna i konventionen genom att vända sig direkt till JK, där man också eventuellt kunde stämma staten. Någon motsvarande möjlighet (eller rätt) fanns däremot inte beträffande sådana fall där det allmänna (det vill säga staten, kommunerna eller regionerna) befunnits ha brutit mot rättigheterna i regeringsformen (RF). Parallellt med denna utveckling drevs det därför två mål om skadestånd i svenska domstolar som tog sig ända upp till HD och som rörde brott mot rättigheterna enligt 2 kap. RF.⁸⁹ Målen avkunnades 2014.

Det första målet avsåg skyddet för äganderätten och närmare bestämt om ett förbud mot fiske var ersättningsberättigat med tanke på hur stadgandet om ersättning vid vissa rådfighetsbegränsningar (ingrepp i rätten att nyttja fast egendom) i dåvarande 2 kap. 18 RF (i dag 2 kap. 15 §) var utformat. HD angav att fiskeförbudet som ålagts enskilda gav rätt till skadestånd, trots att det saknades en direkt reglering för detta. I stället tillämpade HD alltså i detta syfte RF (2 kap. 18 §) som direkt grund för ersättning, det vill säga utan att använda sig av skadeståndslagen. Det andra målet avsåg ett avregistrerat svenskt medborgarskap som stred mot bestämmelsen i 2 kap. 7 § RF. I det fallet rörde frågan om en enskild kunde erhålla ett ideellt skadestånd på grund av statens felaktiga hantering av bestämmelserna om medborgarskapet. I stadgandet i RF anges en absolut rätt till ett erhållet medborgarskap, vilket innebär att det allmänna inte kan dra in ett meddelat sådant, utan att en ändring av RF först görs. Domstolen svarade därför ja på frågan om ett ideellt skadestånd skulle avges och utdömde en ersättning utan direkt stöd i lag. Som en följd av båda dessa mål pågår för närvarande en utredning som har i uppgift att föreslå eventuella förändringar i

⁸⁷ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2015, s. 327 och s. 538 ff.

⁸⁸ Prop. 2017/18:7.

⁸⁹ Se NJA 2014 s. 332 (Torneälvsområdet) och NJA 2014 s. 323 (Medborgarskapsområdet).

skadeståndslagen i syfte att precisera denna rätt som erkänts av HD.⁹⁰ Det ska slutligen tilläggas att domskälen i de båda målen har tydliga konventionsrättsliga drag och är starkt influerade av konventionen.

4.2 Förvaltningsrätten

Ovan konstaterades att europeiseringen har påverkat utformningen av den förvaltningsrättsliga lagstiftningen i två skilda riktningar: å den ena sidan har i flera centrala lagar införts referenser till konventionsgrundade rättigheter samt Europarättsligt orienterade principer, å den andra sidan har EU-rätten bidragit till en mer detaljrik och komplex lagstiftning inom den speciella förvaltningsrätten. Till den speciella förvaltningsrätten räknas frågor om specifika ansvarsområden för myndigheter, bland annat deras maktbefogenheter inom vård och polisverksamhet. Vad gäller den speciella förvaltningsrätten och kommunalrätten är det vidare tydligt att EU-rätten har haft en mer direkt påverkan, medan Europakonventionen framför allt har haft betydelse för områden såsom socialrätt, migrationsrätt och sanktionsavgifter. Avslutningsvis illustreras hur innehållet i europeiserade delar av förvaltningsrätten hanteras i praxis då oklarheter i lagstiftningen har förskjutits till domstolarna. Exempelen är hämtade från upphandlingsrätten, som utgör ett rättsområde inom inre marknadsrätten som regleras via EU-direktiv.

4.2.1 Exempel från den allmänna förvaltningsrätten: förvaltningslagen och offentlighets- och sekretesslagstiftningen

Inom den allmänna förvaltningsrätten dominerar den första tendensen, det vill säga att flertalet referenser till konventionsgrundade rättigheter har införts direkt i lagen. Detta är inte minst tydligt i 2017 års förvaltningslag, FL. När Sverige anslöt sig till EU ansågs inledningsvis att det saknades skäl att ändra i då gällande FL. I propositionen inför Sveriges anslutning konstaterades att EU-rätten i allmänhet inte ställer några krav på det nationella förvaltningsförfarandet och att EU-rätten därför inte får någon särställning i handläggningen av ärenden. Den svenska FL ansågs uppfylla de krav som EU-rätten ställde på de svenska förvaltningsrättsliga reglerna.⁹¹ Sedan dess har de EU-rättsliga kraven utvecklats, inte minst i spåren av det nära samarbete som nu föreligger mellan behöriga myndigheter på nationell nivå och EU-myndigheterna. I direktiven till en ny FL lyftes internationaliseringen fram som ett skäl till att reformera lagen, i synnerhet påpekades då EU-rättens och Europakonventionens inflytande. Det konstaterades dels att EU-medlemskapet medfört att förvaltningsrätten inte längre enbart var en svensk angelägenhet, dels att rätten till domstolsprövning av civila rättigheter och skyldigheter enligt artikel 6 i konventionen numera var betydligt mer vidsträckt än tidigare.⁹² Tre förändringar i 2017 års FL kan

⁹⁰ Ju 2018:09, Kommittén om grundlagsskadestånd.

⁹¹ Proposition om Sveriges medlemskap i Europeiska unionen, prop. 1994/95:19 s. 529 f.

⁹² Dir. 2008:36 *En ny förvaltningslag*, s. 7.

framför allt ses som uttryck för europeiseringen: *introduktionen av begreppet god förvaltning, ett nytt rättsmedel vid myndigheters dröjsmål samt en förtydligad reglering av rätten till domstolsprövning.*

Den nya rubriken ”grunderna för god förvaltning” återfinns i en inledande del av FL där dels rättsstatliga principer om legalitet, objektivitet och proportionalitet listas (5 §), dels centrala åtaganden från myndigheternas sida: service, tillgänglighet och samverkan (6–8 §§). Förvaltningslagsutredningen gjorde en analys av EU-domstolens praxis om god förvaltning, det vill säga bland annat sådana handläggningsregler som omfattas av artikel 41 i rättighetsstadgan.⁹³ Utgångspunkten för analysen är att denna praxis kan sägas utgöra en europeisk minimistandard vilken inte bör underskridas på nationell nivå.⁹⁴ I de delar av utredningen som behandlar god förvaltning i FL är hänvisningarna dock av mer allmän art. Såväl utredningen som propositionen konstaterar att legalitetsprincipen, objektivitetsprincipen och proportionalitetsprincipen utgör centrala delar av såväl EU-rätten som Europakonventionen.⁹⁵ Hur den version av principen om god förvaltning som införts i FL förhåller sig till hur principen har uttolkats av EU-domstolen och Europadomstolen förblir dock oklart. Medan EU-domstolen och artikel 41 i rättighetsstadgan fokuserar på handläggningsregler, utredningsskyldighet, rätt att bli hörd och motiveringsskyldighet, har Europadomstolen snarare använt begreppet good governance eller goda styrelseformer.⁹⁶

Vad gäller introduktionen av ett nytt rättsmedel vid myndigheters dröjsmål i 11 och 12 §§ FL samt tydligare reglering av rätten till domstolsprövning i 40–43 §§ FL, är den Europarättsliga inspirationen tydligare: i direktiven anges uttryckligen att ändringarna bör komma till stånd för att möta krav från såväl Europakonventionen som EU-rätten.⁹⁷

Till den allmänna förvaltningsrätten kan även offentlighetsprincipen och sekretessregler räknas. Som diskuterats ovan är offentlighetsprincipen och tillämpningen av sekretessregler ett område som har utmanats av EU-rätten i stor utsträckning. Till skillnad från vad som gäller för den Europarättsliga påverkan på FL:s område, har utvecklingen här präglats av friktion. Vid Sveriges inträde i EU fanns en oro för att medlemskapet skulle leda till att fler politikområden hamnade under utrikessekretessen, ett område där offentlighet traditionellt varit mer begränsad. Utrikessekretessen begränsades därför genom att ett rakt

⁹³ Kap. 4 i SOU 2010:29, *Förvaltningsförfarandet i ett europeiskt perspektiv.*

⁹⁴ SOU 2010:29, s. 67 ff.

⁹⁵ SOU 2010:29, s. 142, 149 respektive 156, prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 57 ff.

⁹⁶ Reichel, Jane, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, FT 2018, 423–441, s. 427.

⁹⁷ Dir. 2008:36 *En ny förvaltningslag*, s. 8 och 10, SOU 2010:29, s. 253.

skaderekvisit infördes i 2 kap. 1 § då gällande sekretesslag.⁹⁸ Detta innebär att sekretess gällde om det kunde antas att landets försvar skulle skadas eller på annat sätt vålla fara för rikets säkerhet om uppgiften röjs.⁹⁹ I propositionen uttalades att ”de svenska myndigheter som deltar i samarbetet får också möjlighet att tillämpa bestämmelserna om utrikessekretess på ett sätt som leder till mycket stor insyn när det gäller EU-samarbetet”.¹⁰⁰ Det nära samarbetet med övriga medlemsstater och det ökade informationsutbytet medförde dock att sekretessen uppfattades som alltför begränsad. En ny sekretessregel för EU-samarbetet infördes, men prövningen preciserades så att sekretess gäller ”om det kan antas att Sveriges möjlighet att delta i det internationella samarbete som avses i rättsakten eller avtalet försämras om uppgiften röjs”.¹⁰¹ I en undersökning från år 2014 fann konstitutionsutskottet att medlemskapet i EU har medfört en hel del ändringar i svensk sekretesslagstiftning, men, som konstaterats av Bergström och Ruotsi, att det samtidigt är mycket svårt att bilda sig en uppfattning om hur många av dessa ändringar som hade varit nödvändiga även utan medlemskap i EU, till följd av till exempel teknikutveckling och ökat internationellt samarbete.¹⁰²

Även den europeiska synen på personlig integritet och dataskydd har, tillsammans med den tekniska utvecklingen med möjligheten att dela stora mängder sökbar information, fortsatt att sätta press på offentlighetsprincipen. Problematiken illustreras av den kontroversiella databasen Lexbase, där allmänna handlingar om enskildas brottslighet hålls tillgängliga.¹⁰³ Efter omfattande debatt antogs en ändring av TF efter valet 2018 som möjliggjorde att i lag införa förbud mot offentliggörande av personuppgifter som avslöjar sådana känsliga personuppgifter som listas i artikel 9 i EU:s dataskyddsförordning, för det fall ”personuppgifterna ingår i en uppgiftssamling som har ordnats så att det är möjligt att söka efter eller sammanställa dessa, och det med hänsyn till verksamheten och de former under vilka uppgiftssamlingen hålls tillgänglig finns särskilda risker för otillbörliga intrång i enskildas personliga integritet”.¹⁰⁴ I propositionen föreslogs även att personuppgifter enligt artikel 10 i EU-förordningen (om lagöverträdelse, med mera) skulle omfattas av den nya regeln, men riksdagen avslod propositionen i denna del.¹⁰⁵ Lexbase berörs därför inte av ändringen.

⁹⁸ Sekretesslag (1980:100).

⁹⁹ Prop. 1994/95 s. 112, s. 27 ff.

¹⁰⁰ Prop. 1994/95, s. 31.

¹⁰¹ 15 kap. 1 a § Offentlighets- och sekretesslag (2009:400).

¹⁰² Rapport från riksdagen 2013/14:RFR17, *Översyn av ändringar i offentlighets- och sekretesslagstiftningen 1995–2012* och Bergström, Carl Fredrik, & Ruotsi, Mikael, *Grundlag i gungning? En ESO-rapport om EU och den svenska offentlighetsprincipen*, ESO-rapport 2018:1, s. 131.

¹⁰³ Se Österdahl, Inger, ”Transparency versus secrecy in an international context: a Swedish dilemma”, i Anna-Sara Lind, Jane Reichel & Inger Österdahl, *Freedom of Speech, Internet, Privacy and Democracy*, 2015.

¹⁰⁴ 1 kap. 13 § TF.

¹⁰⁵ Prop. 2017/18:49, *Ändrade mediegrundlagar*, s. 10 och 146 ff, 2017/18:KU16, s. 5 och 40 samt rskr. 2017/18:336.

4.2.2 Exempel från den speciella förvaltningsrätten

Som påpekats tidigare är stora områden av den speciella förvaltningsrätten i dag reglerad genom EU-rätten, i synnerhet de områden som anknyter till den inre marknaden, såsom livsmedel, läkemedel, jordbruk och fiske och kemikalier. Som konstaterats ovan kan EU-rätten bidra till att det förvaltningsrättsliga regelverket blir komplext och svårtolkat. I 2008 års utredning för att implementera EU:s kemikalieförordning (Reach) kommenterades lagstiftningens innehåll enligt följande:¹⁰⁶

EG-rätten växer ofta fram genom arbete i arbetsgrupper med experter på det aktuella sakområdet. Ovanpå detta tillkommer förhandlingar och kompromisser mellan EU-kommissionen, ministerrådet och EU-parlamentet. Slutprodukten blir en mix som blir svår för enskilda att förstå och att rätta sig efter.

Ett mer sentida exempel är GDPR, som antogs efter år av intensiva förhandlingar och som har kritiserats för att vara svårtolkad. Paul de Hert har jämfört GDPR med Haruki Murakamis författarskap där ”riddles are left unsolved, story lines and plots are not always fully developed and some of the strange imaginary lacks clear, rational or empirical coherent meaning”.¹⁰⁷ Ansvaret för att genomföra regelverket på ett likvärdigt och rättssäkert sätt ligger på de nationella myndigheterna, som till skillnad från domstolar inte kan begära förhandsavgörande från EU-domstolen om rättsläget är oklart. Att en myndighet gör fel när den har att ”tillämpa det utomordentligt snåriga konglomerat av bestämmelser som formar EU:s jordbrukspolitik”, som JO Ragnemalm konstaterat, utgör inte en grund för att i efterhand ändra ett beslut i strid med gällande rättskraftsregler.¹⁰⁸ Att reglerna är komplexa får dock ses i ljuset av att de ska gälla i samtliga medlemsstater och att de därför inte har antagits i enlighet med någon specifik rättstradition. Många myndigheter får vidare stöd i sitt arbete med genomförandet genom att de medverkar till att anta kompletterande normgivning i kommittéförfaranden under EU-kommissionen, vägledande dokument i samarbete med EU-myndigheter och på annat sätt samarbetar i nätverk.

Andra delar av sekundärrätten utmärks av att utgöra kodifiering av EU-domstolens praxis, och har då en annan, mer övergripande och principiell utformning. Sedan början av 2000-talet har EU antagit flera direktiv rörande fri rörlighet för unionsmedborgare, tjänsteutövare, patienter, med mera, vilka ofta är utformade som minimiregler för hur myndigheter ska handlägga ärenden. Reglerna kan handla om alltifrån uppehållstillstånd, arbetstillstånd, tillstånd att bedriva viss verksamhet till regler för hur myndigheterna ska samverka

¹⁰⁶ SOU 2008:73, *Kemikalietillsyn – organisation och finansiering*, s. 457 f.

¹⁰⁷ De Hert, Paul, ”Data protection as bundles of principles, general rights, concrete subjective rights and rules: Piercing the veil of stability surrounding the principles of data protection”. *European Data Protection Law Review*, 2017, 3, s. 160.

¹⁰⁸ JO 2006/07 s. 376.

och utbyta information. De har därför ofta funktionen av governance-verktyg för myndigheterna, det vill säga de fokuserar på styrning av verksamhet och formerna för genomförandet snarare än att precisera reglernas innehåll.¹⁰⁹

Ytterligare ett speciellt drag i EU:s sekundärrätt som påverkar förvaltningsrätten kan omnämnas, nämligen införandet av direkta hänvisningar till andra folkrättsliga konventioner i EU-rättsliga lagstiftningsakter. Att EU ska beakta Europakonventionen följer till exempel redan av artikel 6.3 i EU-fördraget och av artikel 52.3 och 53 i rättighetsstadgan. Genom att de folkrättsliga åtagandena blir en del av EU:s sekundärrätt förväntas medlemsstaterna tolka och tillämpa dem på ett EU-konformt sätt. I vissa fall är EU självt fördragsslutande part och medlemsstaterna blir då bundna via EU. Så är fallet med Århuskonventionen, en regional FN-konvention inom miljörätten, som därmed kommer att uttolkas dels av EU-domstolen, dels av de lokala FN-organ som har upprättats i syfte att övervaka konventionen.¹¹⁰ I andra fall innehåller EU-direktiv hänvisningar till konventioner som medlemsstaterna själva har tillträtt, såsom rörlighetsdirektivet som innehåller en hänvisning till FN:s barnkonvention¹¹¹ och skyddsgrundsdirektivet som hänvisar till både Genèvekonventionen och Europakonventionen.¹¹² De överlappande uttolkningar som kan följa av denna praxis innebär att de nationella rättstillämparna bör vara uppmärksamma på när de tillämpar ovannämnda konventioner inom ramen för EU:s tillämpningsområde eller utanför.

Ett område där konventionen har aktualiserats allt oftare under senare år är administrativa sanktionsavgifter, som enligt Europadomstolens praxis kan omfattas av begreppet ”brottsanklagelse” i artikel 6 EKMR.¹¹³ Ett förvaltningsförfarande som leder fram till en sådan sanktion måste därmed uppfylla de processuella rättigheter och rättssäkerhetsgarantier som följer av rätten till rättvis rättegång, såsom särskilda straffprocessuella legitimitetskrav, oskuldspresumtion, skydd mot

¹⁰⁹ Se härom Wiberg, Maria, *The EU Services Directive: Law or Simply Policy?*, 2014.

¹¹⁰ Se härom Hellner, Agnes, *Arguments for Access to Justice. Supra-individual Environmental Claims before Administrative Courts*, Uppsala universitet, 2019.

¹¹¹ Artikel 28.3 b i Europaparlaments och rådets direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.

¹¹² Bl.a. artikel 5.3, 9.1, 12.1 a, 14.5, 20.1 respektive artikel 9.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet. I preambeln s. 18 hänvisas även till barnkonventionen.

¹¹³ Mål Engel m.fl. mot Nederländerna (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), Europadomstolens dom den 23 november 1976, s. 81–83 och mål Zolotukhin mot Ryssland (14939/03) Europadomstolens dom den 10 februari 2009. Se även Lavin, Rune, Högsta förvaltningsdomstolen och Europakonventionen, FT 2012, s. 339–355, s. 355.

självinkriminering samt skydd mot dubbelbestraffning och dubbla prövningar.¹¹⁴ Sanktionsavgifter har sedan 2000-talet blivit allt vanligare, inte minst till följd av EU-rätten.¹¹⁵ Detta har lett till ett ökat intresse också hos den svenska lagstiftaren att se till att svensk rätt på området är konventionskonform.¹¹⁶

Ytterligare områden inom den speciella förvaltningsrätten där Europakonventionen haft en betydande inverkan på innehållet i förvaltningsrättsliga regler är socialrätt och migrationsrätt, i första hand med avseende på konventionsrättigheten om skyddet för familje- och privatlivet.¹¹⁷

4.2.3 Kommunalrätten

Kommuner och dess beslutsfattande organ omfattas av EU-rättens statsbegrepp och de är därför skyldiga att genomföra EU-rätten lojalt och effektivt, även med så kallad administrativ direkt effekt när förutsättningarna härför är uppfyllda.¹¹⁸ Eftersom kommunerna ansvarar för en stor del av genomförandet av den speciella förvaltningsrätten, påverkas kommunernas verksamhet i stor utsträckning av de förändringar som europeiseringen medför. Även reglerna för statsstöd har haft en betydande inverkan på kommuners handlingsutrymme.¹¹⁹ I utredningen och propositionen inför antagandet av den nya kommunallagen, i kraft 2018, konstaterades också att EU-rättens påverkan på kommuner och landsting är omfattande på många områden.¹²⁰ I lagen har dock inte införts vare sig en allmän hänvisning till att lagens bestämmelser kan komma att påverkas av EU-rätten eller en mer specifik hänvisning till begränsningar som följer av regler om statsstöd och konkurrensneutralitet, vilket utredningen föreslog.¹²¹ Begränsningarna gäller dock ändå, det vill säga även utan stöd i kommunallagen. Inte heller Europakonventionen synes ha haft någon mer direkt inverkan på kommunernas verksamhet i rättslig bemärkelse, med undantag för ovan nämnda ärenden om tvångsvård och liknande, där artikel 8 och rätten till privat- och

¹¹⁴ Nilsson, Annika, K., *Förvaltningslagen och sanktionsförfarande*, FT 2018, s. 531–553, s. 535, med hänvisning till artikel 6–7 Europakonventionen, artikel 4 tilläggsprotokoll 7, Recommendation Nr R(91) of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions (13.2.1991) samt artikel 47–50 i EU:s rättighetsstadga.

¹¹⁵ Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter – särskilt i näringsverksamhet*, 2010, s. 20 och Halila, Leena, Lankinen, Veronika och Nilsson, Annika, K., *Sanktionsavgifter. En nordisk komparativ studie*, Tema Nord 2018:511, Nordiska Ministerrådet, s. 239.

¹¹⁶ Se t.ex. Skr 2009/10:79, *En tydlig, rättssäker och effektiv tillsyn*, SOU 2009:58, *Skatteförfarandet*, och SOU 2013:38, *Vad bör straffas?*

¹¹⁷ Leviner, Pernilla, *Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete*, 2011, s. 83 ff. och Dane, Louise, *Den reglerade invandringen och barnets bästa: Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning*, Stockholms universitet, 2019, s. 111 ff.

¹¹⁸ Mål C-103/88 Costanzo, ECLI:EU:C:1989:256.

¹¹⁹ SOU 2015:24, *Kommuner och landsting i en förändrad värld*, avsnitt 10–12 och Wenander, Henrik, *De svenska kommunerna i EU:s konstitutionella system*, Sieps 2019:1, s. 24.

¹²⁰ SOU 2015:24, *Kommuner och landsting i en förändrad värld*, s. 151 och prop. 2016/17:171, s. 150.

¹²¹ SOU 2015:24, *Kommuner och landsting i en förändrad värld*, avsnitt 13.2–13.4 och prop. 2016/17:171, s. 151.

familjeliv aktualiseras. I förarbetena till den nya kommunallagen nämns konventionen överhuvudtaget inte.

Med EU-rättens inverkan på kommunernas verksamhet har däremot frågan om kommunernas demokratiska inflytande över de europeiserade beslutsprocesserna lyfts fram. Wenander har konstaterat dels att EU-rätten inte påverkar kommunernas grundläggande ställning som självstyrande organ i det svenska statskicket, dels att kommunerna – till skillnad från den statliga nivån – inte är direkta aktörer i EU som representanter för medlemsstaten Sverige. Detta gör att deras påverkan på EU-lagstiftningen till stor del blir indirekt.¹²² Kommunerna bör därför öka sin medvetenhet om vilka påverkansvägar som finns, exempelvis genom Regionkommittén och domstolsprocesser.¹²³ Även för europeiska aktörer som vill påverka eller överklaga kommunala beslut som berör dem finns oklarheter, såsom under vilka förutsättningar europeiska aktörer kan överklaga beslut enligt kommunallagens regler om laglighetsprövning.¹²⁴ I propositionen till den nya kommunallagen har regeringen anfört att rätten till domstolsprövning enligt EU-rätten gäller med företräde framför svenska föreskrifter.¹²⁵ Hur detta närmare ska kunna realiseras i praktiken klargörs dock inte.¹²⁶

4.2.4 Påverkan genom rättspraxis

Avslutningsvis ska något sägas om konsekvenserna av att den förvaltningsrättsliga lagstiftningen regleras av Europarättsliga källor, där källornas innehåll inte alltid är utformat i enlighet med svenska traditioner och principer om indelning i offentligrätt och civilrätt samt förvaltningsprocess och allmän process. Exempelen är tagna från EU-rättens regler om offentlig upphandling, vilket utgör ett rättsområde som berör i princip alla myndigheter, omfattar stora belopp och som även har haft en omfattande påverkan på den svenska förvaltningsrätten på ett mer principiellt plan. Regelverket bygger på EU-direktiv och innehåller såväl inre marknadsrättsliga, civilrättsliga som offentligrättsliga moment. I skärningspunkten har flera centrala begrepp kommit att få en nytolkning, såsom vad som utgör ett offentligt kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Kan en statlig myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en annan statlig myndighet anses ha ingått ett upphandlingspliktigt kontrakt? Kammarrätten i Stockholm fann i den så kallade Depona-domen från 2018 att så var fallet. Domstolen prövade i målet frågan om Kungliga biblioteket borde ha upphandlat den digitaliseringstjänst som Riksarkivet fått i uppdrag att genomföra.¹²⁷ Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet på området, kom däremot fram till motsatsen. I ett ställningstagande med anledning av Depona-domen

¹²² Wenander, Henrik, *De svenska kommunerna i EU:s konstitutionella system*, Sieps 2019:1, s. 40 ff.

¹²³ Wenander, Henrik, Sieps 2019:1, s. 40 ff.

¹²⁴ 13 kap. kommunallag (2017:725).

¹²⁵ Prop. 2016/17:171, s. 254.

¹²⁶ Wenander, Henrik, *De svenska kommunerna i EU:s konstitutionella system*, Sieps 2019:1, s. 34.

¹²⁷ Kammarrätten i Stockholms dom den 26 juni 2017 i mål nr 7355-16.

argumenterade verket för att två statliga myndigheter inte kan ingå ett civilrättsligt avtal med varandra, varför något upphandlingsrättsligt relevant kontrakt inte hade ingåtts.¹²⁸ Rättsläget kan nu betecknas som osäkert: kammarrättens dom överklagades till HFD, som dock inte meddelade prövningstillstånd. Kammarrättens avgörande är i sig inte prejudicerande och Konkurrensverkets ställningstagande är i sig inte bindande, men är vägledande för myndigheten själv när man utövar sin tillsynsverksamhet. Ytterst är dock tolkningen av det EU-rättsliga begreppet offentligt kontrakt en fråga för EU-domstolen att pröva.

Upphandlingsrättens blandade bakgrund bestående av inre marknadsrätt, civilrätt och offentlig rätt illustreras även i en annan fråga, nämligen den om huruvida rättegångskostnader i förvaltningsdomstol kan utgöra ersättningsgill kostnad vid fastställande av skadestånd till följd av överträdelse av upphandlingsrätten. Svensk rätt erkänner inte en generell rätt till ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen, vilket ofta motiveras med att förvaltningsdomstolarna har ett eget utredningsansvar. Förvaltningsdomstolarna har således ett självständigt ansvar att se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver, varför parterna förutsätts kunna klara att driva sina mål på egen hand.¹²⁹ I två mål har dock HD funnit att det kan finnas ett visst sådant utrymme inom ramen för en skadeståndstalan som grundar sig på upphandlingsrätten.¹³⁰ I det senare målet från 2018 konstaterade HD att varken EU-rätten eller den svenska rätten kräver att en generell rätt till ersättning för rättegångskostnader erkänns, varför det blir en fråga för lagstiftaren att ta ställning till om det ska finnas en sådan rätt. Domstolen ansåg samtidigt att det kan finnas fall då upphandlingsreglernas genomslag och den enskildes rätt till effektiva rättsmedel påkallar att sådan kostnadsersättning medges. Två situationer omnämns: Den ena är om leverantören vinner framgång i förvaltningsprocessen men ändå inte – som en följd av omständigheter som han inte kan lastas för – får några möjligheter att tilldelas kontraktet. Den andra är om förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska göras om utan att leverantören ges möjlighet att delta i ett nytt upphandlingsförfarande.¹³¹ HD gick inte närmare in på vilka konsekvenser domen kan få för synen på ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsdomstol. Frågan berördes dock av två skiljaktiga ledamöter i ett av de ovan nämnda målen, som konstaterade att lagstiftaren uttryckligen har tagit ställning mot ersättning för rättegångskostnader i den aktuella måltypen

¹²⁸ Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1, ”Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingskyldighet?”, s. 9.

¹²⁹ 29 § förvaltningsprocesslag (1971:291) och Wejedal, Sebastian, *Rätten till biträde, Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar*, Göteborgs universitet, Juridiska institutionens skriftserie, skrift nr 024, 2017, s. 174 ff.

¹³⁰ NJA 2013 s. 762 och NJA 2018 s. 1127. Se Hovi, Sara, *Steps towards procedural submission – noticings on NJA 2013, s 762 and NJA 2018 s. 1127*, i Maria Grahn-Farley & Joel Samuelsson (red.) *De lege*, kommande utgivning.

¹³¹ NJA 2018 s. 1127, s. 30–32.

och att ett införande av en sådan möjlighet riskerar att skapa en obalans mellan parterna i överprövningsförfarandet, där den upphandlande enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta, samt att ett skadeståndsansvar skulle kunna vara processdrivande.¹³²

Frågan uppkommer då om domstolens analys av EU-rättens genomslag även kan tillämpas på andra områden där skadestånd till följd av överträdelser av EU-rätten kan aktualiseras.¹³³ Rätt till ett sådant skadestånd kan ju grundas dels på möjligheten att på EU-rättslig grund få statsskadestånd grundat på Francovich-principen, dels genom reglering i sekundärrätten inom flera områden.¹³⁴

¹³² Hovi, Sara, *Steps towards procedural submission – noticings on NJA 2013 s. 762 and NJA 2018 s. 1127*, i Maria Grahn-Farley & Joel Samuelsson (red.) *De lege*, kommande utgivning.

¹³³ Chamberlain, Johanna & Reichel, Jane, "The Relationship Between Damages and Administrative Fines in the EU General Data Protection Regulation", Faculty of Law, *Stockholm University Research Paper* No. 72 (2019), *Mississippi Law Journal*, kommande utgivning 2020, s. 16.

¹³⁴ Se mål C-6/90 Francovich, EU:C:1991:428. Ytterligare exempel på skadeståndsregler i sekundärrätten finns i artikel 82 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), härfter GDPR, och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser.

5 Europeiseringens påverkan på rättstillämpningen

I detta avsnitt behandlar vi frågan om hur och på vilket sätt som rättstillämpningen har förändrats under Europarättens inflytande, utifrån perspektivet hur rättskällorna används och hur de ska uppfattas i dag. Rapportens övergripande indelning i konstitutionell rätt respektive förvaltningsrätt bibehålls inte här utan vi behandlar frågeställningen på ett mer allmänt plan, men med nedslag i den konstitutionella rätten och förvaltningsrätten. Vi gör först några allmänna iakttagelser.

5.1 Den svenska rättskällevärdet stöps om men ändras inte

Inledningsvis kan det vara värdefullt att återknyta till den svenska rättskällevärdet, det vill säga den som vi är vana vid gäller i svensk rättstillämpning och som lärs ut till blivande jurister på juristutbildningen. Den utgör med andra ord den gängse och till synes enkla förklaringsmodellen för hur man fastställer innehållet i gällande rätt. De auktoritativa källorna för att tolka och tillämpa ”den svenska rätten” anges fortfarande vara – internationaliseringen i allmänhet och europeiseringen i synnerhet till trots – lagar, förarbeten, prejudikat och doktrin. Den påverkan på den svenska rätten som sker utifrån, i nämnt avseende, anses möjligen ingå i denna beskrivning eller tas för given. Inom utbildningen i de särskilda ämnesområdena folkrätt och Europarätt (liksom i praktiken) skapas däremot en förståelse för hur dessa rättsområden ska uppfattas utifrån en svensk sedvanlig rättslig metodologisk kontext. Folkrätten har sin egen ”förklaringsordning” och den måste till exempel inkorporeras med svensk rätt för att kunna användas i en svensk domstol och bli ”gällande” i praktiskt hänseende. Följden av detta blir att folkrättsliga förpliktelser inte kan läggas till grund vid vare sig myndighetsutövning eller i den dömande verksamheten, såvida de inte har inkorporerats i den svenska rätten. Det finns vidare bland annat en särskild konvention som anger hur folkrättsliga traktater (det vill säga avtal) ska tolkas och av Stadgan för den internationella domstolen (artikel 38) framgår även vilka rättskällor som är bindande i ett folkrättsligt perspektiv.¹³⁵ EU-rätten i sin tur har en annan ”förklaringsordning” med bland annat sina olika rättsliga verktyg som direktiv och förordningar, vilket föranlett EU-domstolen att definiera EU-rätten som ”en ny rättsordning inom folkrätten” som måste förstås utifrån sina egna premisser.¹³⁶

¹³⁵ Wienkonventionen om traktaträtt.

¹³⁶ Mål 26/62, Van Gend en Loos, EU:C:1963:1.

Det finns två självständiga och rättsutvecklande domstolar (EU-domstolen och Europadomstolen) som hela tiden utvecklar innebörden av EU-rätten och konventionen och som anger hur Europarätten ska förstås. De nationella domstolarna har en särskild betydelse för både EU-rättens och konventionens genomförande nationellt. I fallet med EU-rätten har den överstatliga domstolen däremot ett visst inflytande över de nationella domstolarna genom kravet på nationella domstolar att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen vid frågor kring rättstolkningen. Tolkningen av både EU-rätten och konventionen sker enligt särskilt utvecklade tolkningsmetoder av både EU-domstolen och Europadomstolen. Vid studiet av till exempel migrationsrätt, miljö rätt eller upphandlingsrätt (liksom i den praktiskt tillämpade juridiken) möter man numera dock inslag av både folkrätt och Europarätt – allt som oftast införd i (transformerad eller inkorporerad) respektive rättsområde. Sällan möts perspektiven (folkrätten, Europarätten och ”den svenska rätten”) utan i stället följer respektive rättsområde ”sitt eget spår” och olika slags rättsmetoder tillämpas därmed. Frågan man kan ställa sig i dag är om den svenska (av oss något förenklade) rättskälleläran bör revideras utifrån den betydelse som både folkrätten och Europarätten numera har i vardagen för en jurist, inom i stort sett varje enskilt rättsområde. Vi visar nedan hur betydelsen och innebörden av rättskälleläran har ändrats med tanke på europeiseringen. Innebörden av det som redovisas nedan är bland annat att rättstillämpningen – med Europarättens påverkan – är mer komplex och mindre förutsägbar i dag än före 1995.

5.2 Lagar och rättsliga principer

Att all offentlig makt i Sverige ska utövas under lagarna framgår av regeringsformens portalparagraf 1 kap. 1 § RF. Denna skrivning ger uttryck för legalitetsprincipen i svensk rätt och innebär ett allmänt krav på att all maktutövning måste ske med stöd i någon föreskrift (såsom lag). Lagstiftning utgör således den primära källan för all rättstillämpning som sker i både myndigheter och domstolar. Den svenska innebörden av begreppet lag är formellt och anges i 8 kap. RF. Endast riksdagen kan besluta om lagar. I samma kapitel anges också andra begrepp för att beskriva lagstiftning: förordningar beslutade av regeringen och myndighetsföreskrifter beslutade av förvaltningsmyndigheter. Ett samlingsbegrepp för allt detta är föreskrifter med vilket avses bindande normer i generell form. Under föreskriftsbegreppet faller också våra grundlagar. Råd eller rekommendationer från en förvaltningsmyndighet är i linje med det sagda inte bindande och en enskild är därför inte skyldig att följa ett sådant råd eller en sådan rekommendation och de kan inte heller ligga till grund för offentlig maktutövning.

En första slutsats om Europarättens påverkan på den svenska rättskälleläran och rättstillämpningen är att den har bidragit till att själva begreppet *lag* som rättskälla har fått en mer nyanserad innebörd i den svenska rättsordningen. Inom både EU-rätten och konventionsrätten är frågor om lagstöd och legalitet därtill av yttersta vikt för att bedöma om en åtgärd har stöd i EU-rätten eller är förenlig med konventionen eller inte. Lagbegreppet i konventionen är till

exempel väl utvecklat av Europadomstolen och har således en egen innebörd i rättighetskontexten.¹³⁷ Lagbegreppet inom konventionen motsvaras däremot inte till fullo av synsättet som anges i 8 kap. RF utan har en vidare innebörd än regeringsformens. Detsamma kan sägas om begreppet i en EU-rättslig kontext, som anger krav på att nationella regler som genomför EU-rätten antar en viss form. I EU:s rättighetsstadga hänvisas exempelvis i ett flertal fall till att rättigheter i stadgan kan begränsas genom nationell lag, medan bland annat preambeln till GDPR, som innehåller ett stort utrymme för medlemsstater att precisera och även begränsa enskildas rätt till dataskydd, inte anger särskilt att ”rättslig grund eller lagstiftningsåtgärd” förutsätter en lagstiftningsakt som är antagen av ett parlament.¹³⁸ Det framgår i stället att den bör ”vara tydlig och precis och dess tillämpning bör vara förutsägbar för personer som omfattas av den, i enlighet med rättspraxis vid EU-domstolen och Europadomstolen”.¹³⁹ EU-domstolen har i ett avgörande från 2002 godkänt att svenska förarbeten kan utgöra ett tillräckligt instrument för att genomföra en bilaga till ett direktiv,¹⁴⁰ men frågan är om samma förfarande hade varit acceptabelt i dag. Bernitz har redogjort för flera fall där regeringen i ”rättelsepropositioner” har justerat tidigare lagstiftning som antagits för att genomföra direktiv, efter påpekanden av kommissionen om att förarbetsuttalanden inte är tillräckliga.¹⁴¹ Vi kan sålunda tala i termer av en Europarättslig legalitetsprincip, som breddar vår förståelse för begreppet lagbunden maktutövning i 1 kap. 1 § RF, med inspiration hämtad från främst EU-domstolen och Europadomstolen.

För att övergå till *tolkningen av lagstiftningen* kan inledningsvis sägas att den är avgörande för hur lagen ska tillämpas i ett enskilt fall. Beroende på vilket rättsområde som avses används olika tolkningsprinciper. Principerna för tolkning som styr mer ingripande åtgärder, såsom tvång mot enskilda, är exempelvis annorlunda i förhållande till dem som tillämpas vid gynnande beslut mot enskilda, såsom olika slags förmåner.

Genom Europarätten tillförs en ny dimension av bestämmelser som typiskt sett har högre rang (av olika skäl) än vanliga svenska bestämmelser. De svenska föreskrifter som ska tillämpas i ett givet ögonblick måste därför ”inordnas” i den Europarättsliga kontexten och tolkas så att inga innehållsliga normkonflikter uppstår. Som nämns ovan har både EU-rätten och konventionsrätten egna

¹³⁷ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2015, s. 112–116, s. 369–371 och s. 592–594. Se även Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2019, s. 89–92 med där åberopade rättsfall.

¹³⁸ Se artikel 8, 10, 14 16, 21 27–28, 30, 34–36 i rättighetsstadgan, samt artikel 8–10, 14, 17, 22–23, 89 m.fl. GDPR.

¹³⁹ Beaktandesats 41 till GDPR. Se vidare ett mål under dataskyddsdirektivet, mål C-201/14, Smaranda Bara m.fl. EU:C:2015:638, s. 39, där ett icke publicerat protokoll upprättat mellan två myndigheter inte ansågs tillräckligt för att begränsa rättigheter.

¹⁴⁰ Mål C-478/99, kommissionen mot Sverige, EU:C:2002:281.

¹⁴¹ Bernitz, Ulf, ”Skärpta krav på hur direktiv ska genomföras; förarbetsuttalanden otillräckliga”, *Europarättslig tidskrift* 2020, s. 187–190.

principer för tolkning, vilka har utvecklats av EU- respektive Europadomstolen. Dessa principer bör förstås komma till uttryck när svensk rätt ”inordnas” i den Europarättsliga kontexten. I många situationer sker detta utan problem, men det finns vissa rättsområden där Europarättens tolkningsprinciper inte når hela vägen fram. Ett exempel är tillämpning av EU:s statsstödsregler på kommunal nivå, där EU-rättsliga inre marknadsprinciper ska tillämpas inom ramen för den kommunala självstyrelsen. Frågan har analyserats av Hettne och Nyberg, som påtalar att det finns en risk för att regelverkets komplexitet fungerar avskräckande på offentliga aktörer som kan uppleva sitt handlingsutrymme som snävare än det faktiskt är. Osäkerheten i kombination med farhågor om att hamna i dyra och utdragna rättsprocesser kan leda till att kommunerna avstår från att försöka utnyttja det handlingsutrymme som finns och därmed avstår från att genomföra politiskt önskvärda och fullt legitima åtgärder.¹⁴²

Likaså är förekomsten av ett mer principiellt tänkande vanligare inom Europarätten än i den svenska rätten. Detta innebär att principer – reglerade i olika bestämmelser eller grundade direkt på rättspraxis – ofta ligger till grund för rättstillämpningen. Förutom legalitetsprincipen beskriven ovan, är proportionalitetsprincipen vanligt förekommande. Denna princip har till exempel Europadomstolens utveckling av rättighetsskyddet i mångt och mycket trots att den inte uttryckligen står angiven i konventionen.¹⁴³ Genom denna praxis har de svenska domstolarna utvecklat det svenska rättighetsskyddet. Samma princip har också en central roll inom EU-rätten och omnämns uttryckligen i artikel 5.4 EU-fördraget. Proportionalitetsprincipen i EU-rätten har en varierad funktion, beroende på rättslig kontext och om den tillämpas på EU-nivå eller i förhållande till medlemsstaterna.

Inom EU-rätten har EU-domstolen utvecklat de allmänna rättsprinciperna i syfte att fylla ut hål i den skrivna EU-rätten, att använda som tolkningsinstrument och som verktyg vid överprövningar av sekundärrätten.¹⁴⁴ De allmänna rättsprinciperna har därmed ett vidare användningsområde än vad som är brukligt i svensk rättstradition. Från att ha intagit en generell sett skeptisk attityd till argument om en högre stående rätt och skydd för grundläggande rättigheter,¹⁴⁵ har svenska domstolar under senare år i större utsträckning tagit till sig ett mer principiellt förhållningssätt till rätten och det har därmed blivit vanligare att beakta allmänna rättsprinciper i rättstillämpningen. Detta är inte minst påtagligt vid

¹⁴² Hettne, Jörgen & Nyberg, Linda, ”EU:s statsstödspolitik och det kommunala självstyret”, *Statsvetenskaplig tidskrift* 2018, s. 85–110 och s. 107. Se även Nyberg, Linda, *Med marknaden som norm – EU:s statsstödsregler som politisk styrning*, Sieps 2020:2.

¹⁴³ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2015, s. 57–58 och Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, 2019, s. 92–95 med däri åberopade rättsfall.

¹⁴⁴ Se Lenaerts, Koen & Gutiérrez-Fons, José A., *The Constitutional Allocation of Powers and General principles of EU Law*, s. 1631 ff., 1634 ff. och 1649 ff.

¹⁴⁵ Kumlien, Mats, *Professorspolitik och samhällsförändring. En rättshistorisk undersökning av den svenska förvaltningsrättens uppkomst*, Institutet för rättshistorisk forskning, 2019, s. 167 och Lavin, Rune, Högsta förvaltningsdomstolen och Europakonventionen, *FT* 2012, s. 339–355.

prövningar om det offentliga maktutövandet har varit lagenligt, proportionerligt och förenligt med grundläggande rättigheter.¹⁴⁶ Detta kan ses i kontrast till den traditionella svenska juridiska metoden där lagstiftarens intentioner med lagen såsom de uttrycks i förarbetena normalt tillmäts en stor vikt, vilket diskuteras nedan. Utvecklingen mot ett mer principiellt förhållningssätt förstärks av andra internationella tendenser, såsom att Barnkonventionen har gjorts till svensk lag. Detta innebär bland annat att domstolarna även kan beakta och inspireras av domstolsavgöranden som rör Barnkonventionen från andra länder. Inom miljöområdet har Europakonventionen fungerat som en plattform att föra politiskt viktiga mål inför de nationella domstolarna. Ett exempel är Urgendadomen i Nederländerna, som innebär att regeringen anses lyda under en rättslig och utkrävar skyldighet att sänka koldioxidutsläppen inom landet med en viss procentenhet.¹⁴⁷ Rättsutvecklingen kan på så sätt sägas ha stärkt enskildas rättsskydd, men, som påpekats av Axberger, den kan även sägas ha gjort det rättsliga landskapet mer oklart.¹⁴⁸

5.3 Förarbeten och icke-bindande dokument från förvaltningsmyndigheter

Ett klassiskt perspektiv på svenska förarbeten är att de är betydelsefulla och att de om möjligt ska ligga till grund för rättstillämpningen. Förarbeten i form av regeringens proposition grundar sig normalt på det omfattande utredningsarbete inom ramen för kommittéväsendet som lagts ner i de inledande delarna av lagstiftningsprocessen, och kan därmed fylla en funktion av att sätta in den nya lagstiftningsprodukten i historisk kontext och ett större sammanhang.¹⁴⁹ Genom att riksdagen fattar beslut på grundval av regeringens proposition kan förarbetstexten därför sägas ge uttryck för en subjektiv och en objektiv förklaring på hur en viss lagstiftning ska förstås och tillämpas. Enligt den svenska juridiska metoden har förarbeten också tillmätts betydande vikt.¹⁵⁰ Men med Europarättens insteg har svenska förarbetens betydelse vid rättstillämpningen radikalt förändrats. I den mån en rättsfråga har sin grund i Europarätten kan svenska organ inte längre ensidigt stipulera subjektiva eller objektiva förklaringar till varför lagstiftningen utformats på ett visst sätt och hur den ska uttolkas. Om en rättsfråga rör Europarätten måste tolkningen i stället utgå från EU-domstolens och Europadomstolens rättspraxis, liksom övriga auktoritativa rättskällor inom

¹⁴⁶ Zamboni, Mauro, "The Positioning of the Supreme Courts in Sweden – A Democratic Oddity?", *European Constitutional Law Review*, 1–23, 2019, doi:10.1017/S1574019619000361, s. 16, Bull, Thomas, "Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen", *Svensk Juristtidning* 2017, s. 216 och Wenander, Henrik, *Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag*, s. 443–456, s. 452.

¹⁴⁷ Hoge Raads dom den 20 december 2019, målnummer 19/00135 (engelsk översättning).

¹⁴⁸ Axberger, Hans-Gunnar, "Rättigheter, Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga", del I, *SvJT* 2018 s. 759–786.

¹⁴⁹ Se härom Cameron, Iain, "Några reflektioner över lagberedning ur ett jämförande perspektiv", *SvJT* 2020, s. 14–25, s. 20 f.

¹⁵⁰ Jämför Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) *Juridisk metodlära*, 2018.

Europarätten. Genom att prejudikatdomstolarna HD och HFD ytterst ansvarar för rättsutvecklingen nationellt, med ett särskilt ansvar för Europarättens genomförande, innebär detta också att dessa domstolar kan behöva sätta svenska förarbeten åt sidan till förmån för en Europarättslig utveckling som inte förutsetts av den svenska lagstiftaren i exempelvis en proposition. Frågan prövades i det svenska förhandsavgörandet *Björnekulla*, där EU-domstolen tydligt uttalade att skyldigheten att tolka nationell rätt mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte gäller även om det finns upplysningar om hur lagen ska tolkas av motsatt innebörd i förarbetena till den nationella bestämmelsen.¹⁵¹

Inom EU-rättens område har således förarbeten från utredningar, regering och riksdagsutskott gått från att vara normativa till att vara enbart deskriptiva. Detta innebär att de har gått från att fordra en viss tillämpning (uttrycks ofta som *bör*) till att snarare redogöra för hur den svenska tolkningen av rättsläget är vid ett visst givet tillfälle. Detta innebär en försvagning av de svenska förarbetena som dock endast gäller när europeiska rättsregler är tillämpliga. Men trots detta kan de svenska förarbetena fortfarande utgöra värdefulla källor till information om EU-rättsliga lagstiftningsakter, och således användas av rättstillämpare inom Sverige. Det ska också tilläggas att eftersom EU:s rättsakter kan begränsas till att reglera endast vissa delar av en viss rättsfråga, kan svenska förarbeten ha olika normativ karaktär för olika delar av regelverket. Som nationell rättstillämpare gäller det därför att vara extra vaksam när de rättsregler som är tillämpliga härrör från EU-rätten, eftersom det inte går att okritiskt förlita sig på – och hålla sig till – de nationella rättskällorna.

Behovet av vägledande dokument för att nationella myndigheter ska kunna genomföra och tillämpa EU-rätten på ett förutsebart och enhetligt sätt kan som framgått vara stort, inte minst eftersom det finns krav på ett effektivt genomslag av EU-rätten. Som angetts ovan är huvudregeln vad gäller formerna för genomförandet av EU-rätten på nationell nivå att medlemsstaterna kan nyttja sin egen interna förvaltningsorganisation och processordning, det vill säga de har vad som brukar benämnas institutionell och processuell autonomi. EU saknar således generell kompetens att reglera medlemsstaternas interna organisation, men i fördraget uttalas också att ”medlemsstaternas faktiska genomförande av unionsrätten, som är väsentligt för att unionen ska fungera väl, ska betraktas som en fråga av gemensamt intresse”.¹⁵² Trots denna något oklara kompetensfördelning mellan EU och medlemsstaterna, har EU under senare år lagt ett ökat fokus på att se till att EU-rätten genomförs på ett enhetligt och effektivt sätt i medlemsstaterna, ofta genom olika former av samarbeten mellan nationella behöriga myndigheter och EU-organ, kommissionen och EU-myndigheter. Detta har i sin tur öppnat dörren för ett ökat användande av icke-bindande dokument i form av riktlinjer, vägledningar, koder och liknande,

¹⁵¹ Mål C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier*, EU:C:2004:275, punkt 13.

¹⁵² Artikel 291 respektive 197 funktionsfördraget.

på EU-nivån. Som konstaterats ovan är det vanligt att kommissionen och EU-myndigheter, de senare i allmänhet i nära samarbete med nationella behöriga myndigheter, ger ut vägledande dokument av olika slag.

Tyngden i de vägledande dokumenten kan variera mellan olika sektorsområden, men inte minst de dokument som Europeiska dataskyddsstyrelsen och de tre europeiska finansmarknadsmyndigheterna ger ut brukar uppmärksammas och tillmätas relativt stor vikt i praktiken.¹⁵³ Ur ett strikt rättsligt perspektiv kan dock två saker konstateras med utgångspunkt i EU-domstolens gällande praxis: För det första innebär deras karaktär av icke-bindande dokument att de normalt inte kan bli föremål för domstolskontroll av EU-domstolen.¹⁵⁴ För det andra kan konstateras att även om det rör sig om icke-bindande dokument utesluter detta inte att nationella behöriga myndigheter kan hänvisa till dem i sina beslut där en enskild åläggs skyldigheter, trots att vägledningen inte finns tillgänglig på medlemsstatens officiella språk.¹⁵⁵

Utöver detta har EU-domstolen också funnit att nationella myndigheter och domstolar kan ha anledning att använda dokumenten som tolkningsunderlag, när deras syfte är att bidra till tolkningen av nationella bestämmelser som antagits för deras genomförande, eller när de har till syfte att fylla ut bindande EU-rättsliga bestämmelser.¹⁵⁶ Det kan konstateras att det råder en påtaglig osäkerhet om vilket rättsligt värde som ska tillmätas dessa icke-bindande dokument.¹⁵⁷ Vad gäller exempelvis Europeiska dataskyddsstyrelsens och dess föregångare Artikel 29-gruppens dokument, har EU-domstolen enbart omnämnt dessa vid enstaka tillfällen.¹⁵⁸ Eftersom det, som påpekats ovan, också är de nationella myndigheterna som både är med och tar fram de vägledande dokumenten och som sedan genomför den materiella rätten på nationell nivå, kan det dock förutsättas att de får betydelse i det praktiska rättslivet.¹⁵⁹ Utifrån såväl EU:s som svenskt perspektiv har också nationella myndigheter ansetts kunna spela en viktig

¹⁵³ Tidskriften *European Data Law Review* innehåller regelbundet anmälningar och analyser av Europeiska dataskyddsstyrelsens dokument. I Sverige har Finansinspektionen tagit fram ett dokument utifrån en rättsutredning av f.d. justitierådet Johan Munck, "Implementering av de europeiska tillsynsmyndigheternas riktlinjer och rekommendationer – några synpunkter", där den rättsliga tyngden av dokumenten analyseras.

¹⁵⁴ Mål T-258/06, Tyskland mot kommissionen, EU:T:2010:214.

¹⁵⁵ Mål C-410/09, Polska Telefonía Cyfrowa, EU:C:2011:294.

¹⁵⁶ Mål C-322/88, Grimaldi, EU:C:1989:646 och mål C-349/17, Eesti Pagar, EU:C:2019:172, s. 71–73.

¹⁵⁷ Xanthoulis, Napoleon, "Administrative factual conduct: Legal effects and judicial control" i *EU law, Review of European Administrative law* 2019, s. 39–73, DOI 10.7590/187479819X15656877527188 1874-7981, s. 42.

¹⁵⁸ Se mål C-25/17 *Tietosuojavaltuutettu*, EU:C:2018:551, sp. 21 där EU-domstolen hänvisade till Artikel 29-arbetsgruppens yttrande 1/2010 avseende definitionen av begreppen registeransvarig och registerförare. Se även yttrande av generaladvokat Bot i mål C-210/16 *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein mot Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein med Facebook*, EU:C:2017:796, s. 46, 61, 76 och 81.

¹⁵⁹ Se för en kritisk analys, Warnling-Nerep, Wiweka, "Finansinspektionens tillsyn i perspektiv av legalitet och legitimitet", *FT* 2009, s. 389–427.

roll för spridande av information om vad EU-rätten innebär på nationell nivå. I artikel 57.1 c GDPR anges att en av de nationella dataskyddsmyndigheternas uppgifter är att ”i enlighet med medlemsstatens nationella rätt ge rådgivning åt det nationella parlamentet, regeringen och andra institutioner och organ om lagstifningsåtgärder och administrativa åtgärder rörande skyddet av fysiska personers rättigheter och friheter när det gäller behandling”. På motsvarande sätt har Upphandlingsmyndigheten fått i uppdrag av den svenska regeringen att ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner, som en direkt konsekvens av EU:s sekundärrätt.¹⁶⁰

Sammantaget innebär utvecklingen att de svenska förarbetenas ställning som rättskälla har försvagats genom europeiseringen, medan andra icke-bindande dokument från kommissionen, EU-myndigheter och nationella behöriga myndigheter har fått en starkare ställning. Det ska understrykas att användandet av icke-bindande men vägledande dokument på intet sätt är en ny företeelse i Sverige. Allmänna råd och andra dokument har länge getts ut av myndigheter för att underlätta tillämpningen av inte minst förvaltningsrättsliga regelverk, liksom för att i övrigt ge råd och stöd i frågor inom myndigheternas verksamhetsområden.¹⁶¹ Den stora skillnaden mellan de inhemska råden och EU:s vägledande dokument är att det i det senare fallet rör sig om riktlinjer som EU:s organ utfärdar direkt till de nationella myndigheterna. Trots att dessa vägledningar, med syftet att bidra till en enhetlig tolkning av EU-rätten, kan förväntas bidra till EU-rättens effektivitet finns det vissa risker med utvecklingen. Nära direkta band mellan svenska myndigheter och EU-organ kan i förlängningen nämligen bidra till att regeringens insyn och kontroll över myndigheternas verksamhet försvagas, vilket även kan få negativa återverkningar på riksdagens insyn i och kontroll över rättsutvecklingen i Sverige.¹⁶²

5.4 Prejudikatläran

Prejudikatens ställning i svensk rätt kan beskrivas så att de högsta instansernas avgöranden bör beaktas som auktoritetsskäl i väsentligt liknande fall.¹⁶³ Några beskriver läran om svenska prejudikat som att det finns en relativ bundenhet till dem. Det framgår inte av RF att någon formell (absolut) bundenhet föreligger annat än det faktum att HD och HFD anges vara de högsta domstolsinstanserna för att få en rättslig fråga slutligt avgjord (se kap. 11 § 1 RF). Det finns likaså

¹⁶⁰ 1 § förordning (2015:527) med instruktion för Upphandlingsmyndigheten och Hettne, Jörgen & Nyberg, Linda, ”EU:s statsstödspolitik och det kommunala självstyret”, *Statsvetenskaplig tidskrift* 2018, s. 85–110 och s. 107.

¹⁶¹ Sterzel, Fredrik, *Författning i utveckling, tjugo studier kring Sveriges författning*, 2009, s. 263. Allmänna råd har även undantagsvis haft betydelse i rättspraxis, se exempelvis NJA 1999 s. 408, där Finansinspektionens allmänna råd om bankers skyldighet att göra ingående kreditprövningar lades till grund för en jämkning av lånevillkor enligt 36 § avtalslagen.

¹⁶² Reichel, Jane, *Ansvarsutkrävande – svensk förvaltning i EU*, 2010, s. 189 och Hettne, Jörgen & Reichel, Jane i *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?* Sieps 2012:4, s. 58.

¹⁶³ Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, 1995, s. 37.

krav på prövningstillstånd angivet i Rättegångsbalken (RB) för att få upp en fråga till en av dessa domstolar, vilket inskräper prejudikatets rättsliga betydelse. Trots att varken HD eller HFD är författningsdomstolar (som bland annat återfinns i USA, Tyskland och Italien) har de båda ett starkt inflytande över hur den svenska offentliga rätten, både den konstitutionella rätten och förvaltningsrätten, ska tolkas, inklusive över tillämpningen av konventionsrätten och EU-rätten i Sverige. Eftersom de båda domstolarna också har en skyldighet att pröva om ett förhandsavgörande ska begäras från EU-domstolen vid oklarhet om EU-rättens tillämpning får de således ett ytterligare inflytande.

Som tidigare påpekats innebar 2011 års grundlagsreform att domstolarnas lagprövningsrätt stärktes genom att uppenbarhetsrekvisitet togs bort. Det framgår inte uttryckligen av reformen, men eftersom man inte föreslog inrättandet av en författningsdomstol, torde detta innebära att prövningen av de konstitutionella frågorna inte endast ligger hos HD och HFD, utan tillkommer varje enskild domstol. Samtidigt bör det betonas att HD och HFD behåller en central roll. Genom Europarättens inflytande har de svenska prejudikatinstansernas roll och betydelse stärkts. Ett särskilt tydligt exempel är utvecklingen från överprövning av förvaltningsbeslut, där den traditionella svenska formen för överprövning av förvaltningsbeslut inom förvaltningen har ersatts av överprövning av domstol, vilket har kodifierats i 41 § i 2017 års FL.¹⁶⁴ Artikel 6 EKMR garanterar som bekant en rätt till domstolsprövning av åtgärder som klassificeras som en "civil rättighet eller skyldighet" eller "brottsanklagelse", och HFD har i sin praxis fortsatt att uttolka vad begreppen innebär i en svensk kontext i utvidgande riktning.¹⁶⁵ Prejudikatsinstansernas roll har dock också blivit mer komplicerad. De är inte längre ensamma om att skapa betydelsefulla prejudikat inom en rad rättsområden och de kan "utmanas" av EU-domstolen och Europadomstolen. Varken EU-domstolen eller Europadomstolen har kompetens att överpröva nationell rätt, men dessa domstolar har det yttersta ansvaret för att uttolka EU-rätten respektive konventionen.¹⁶⁶ I praktiken kan dock både utformningen och innehållet i de svenska rättskällorna granskas av de europeiska domstolarna, i syfte att pröva om den svenska rättsordningen når upp till Europarättens krav.

Ett exempel som tydligt illustrerar situationen är utvecklingen i svensk rätt efter det att EU-domstolen i *Digital Rights Ireland* ogiltigförklarade datalagringsdirektivet, som reglerade hur länge teleoperatörer skulle lagra

¹⁶⁴ Se om utvecklingen i Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsmedel: om- & överprövning av förvaltningsbeslut*, 2015. Se även Lebeck, Carl, *De konstitutionella gränserna för tillämpning av överstatlig rätt: en komparativ studie*, 2019, passim.

¹⁶⁵ Se Wenander, Henrik, *Varför en rätt till domstolsprövning av förvaltningsbeslut? Festskrift till Wiweka Warnling Conradsson*, 2019 och Örnberg, Åsa, HFD 2019 ref. 43. "Privatisering av offentliga förvaltningsuppgifter. Reflektioner med anledning av frågan om förutsättningarna för att ett privaträttsligt subjekts beslut ska kunna prövas av allmän förvaltningsdomstol", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, s. 169–178.

¹⁶⁶ Artikel 19 EU-fördraget anger att EU-domstolens uppgift är "att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen".

användardata för sina kunder.¹⁶⁷ EU-domstolen fann att direktivet inte var förenligt med artikel 7 och 8 i EU:s rättighetsstadga. Tre dagar efter domen fann sig den svenska justitieministern föranlåten att göra ett uttalande om att den svenska lagen som antagits för att genomföra direktivet fortfarande gällde, men att regeringen skulle tillsätta en utredning för att analysera domen närmare.¹⁶⁸ Den särskilde utredaren (Sten Heckscher) fann att den svenska lagstifningen var förenlig med såväl EU-rätten som Europakonventionen.¹⁶⁹ I en senare prövning kom dock EU-domstolen fram till den motsatta slutsatsen och fann sålunda att svensk rätt stred mot rättighetsstadgan.¹⁷⁰

Ytterligare ett exempel på hur svenska domstolar har kommit fram till en annan slutsats än de europeiska domstolarna finns i den utdragna prövningen av huruvida de skatterättsliga reglerna om skattetillägg och skattebrott var förenliga med artikel 4 i tilläggsprotokoll 7 till Europakonventionen och artikel 50 i rättighetsstadgan, närmare bestämt med förbudet mot dubbelbestraffning. De svenska högsta domstolarna ansåg dels att svensk rätt var förenlig med Europakonventionens tilläggsprotokoll, dels att rättighetsstadgan inte var tillämplig på frågan om sanktioner till följd av överträdelser av EU-rättsligt grundade regler (svenska regler för moms är delvis antagna för att genomföra EU-direktiv).¹⁷¹ Såväl EU-domstolen som Europadomstolen (vad gäller den första frågan) kom dock fram till den motsatta slutsatsen.¹⁷²

Eftersom det ytterst är de europeiska domstolarna som har att tolka vilka krav som Europarätten ställer, ändrades svensk rätt i de två ovan nämnda exemplen. EU-rättens företrädare har dock inte accepterats oreserverat av de nationella domstolarna i medlemsländerna och det förekommer att domstolar väljer att göra en egen tolkning, såsom den danska Högsta domstolen gjorde 2016 i det så kallade Ajos-målet och den tyska författningsdomstolen 2020 i PSPP-målet.¹⁷³

¹⁶⁷ Mål C293/12, Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, The Attorney General, EU:C:2014:238.

¹⁶⁸ Datalagring får grönt ljus, SvD 2014-06-13.

¹⁶⁹ Ds 2014:23, *Datalagring, EU-rätten och svensk rätt*.

¹⁷⁰ C-203/15 och C-698/15, Tele2 Sverige AB mot Post-och telestyrelsen respektive Secretary of State for the Home Department mot Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, EU:C:2016:970.

¹⁷¹ RÅ 2009 ref. 94, NJA 2010 s. 168 I och II samt NJA 2011 s. 444.

¹⁷² C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:280 och mål Lucky Dev mot Sverige, (7356/10) Europadomstolens dom den 27 november 2014.

¹⁷³ Dom den 6 december 2016 i mål 15/2014, tillgängligt på www.hoejesteret.dk, där den danska Högsta domstolen valde att inte följa ett förhandsavgörande som EU-domstolen meddelat i mål C-441/14 Dansk Industri (DI) mot Sucsion Karsten Eigil Rasmussen (Ajos) EU:2016:278. Se härom Ruth Nielsen & Christina D. Tvarnø, Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case, ERT 2017 s. 303–326. Den tyska författningsdomstolen fann å sin sida att ECB hade överskridit sin kompetens när banken antog vissa åtgärder för att stimulera ekonomin, se dom den 5 maj 2020 i mål BvR 859/15, BvR 1651/15, BvR 2006/15 och BvR 980/16. Även i detta fall hade domen föregåtts av en begäran om förhandsavgörande, där EU-domstolen funnit att åtgärden var giltig, se mål C-493/17, Weiss, m.fl., EU:C:2018:1000.

Som nämnts ovan finns även områden inom svensk rätt där såväl lagstiftare som domstolar i stor utsträckning sökt undvika en europeisering, nämligen inom områden som rör TF och offentlighetsprincipen. Än så länge har dock inte någon konkret fråga om avvägningen mellan det svenska intresset för offentlighet och det Europarättsligt grundade skyddet för privatliv och personuppgifter prövats av de europeiska domstolarna.

Ytterligare en aspekt som i första hand rör EU-rätten och förvaltningsrätten är tillämpningen av EU-rättens allmänna rättsprinciper vid genomförande av EU-rätten på nationell nivå. Som framgår av bland annat det ovannämnda Åkerberg Fransson-målet, är nationella myndigheter och domstolar skyldiga att tillämpa rättighetsstadgan och EU:s allmänna rättsprinciper inom EU-rättens tillämpningsområde.¹⁷⁴ EU:s principer om god förvaltning och andra näraliggande principer beaktades också i hög utsträckning i lagstiftningsarbetet med 2017 års FL. Det finns dock exempel på när EU-rättsliga principer avviker från svenska traditioner, exempelvis principen om berättigade förväntningar i förhållande till den svenska doktrinen om negativ rättskraft.¹⁷⁵ I frågor som rör återkrav av felaktigt utgivna EU-medel, otillåtet statsstöd med mera har EU-domstolen uttalat att medlemsstaterna ska tillämpa EU:s principer för berättigade förväntningar i stället för nationella motsvarigheter, i svensk rätt principen om negativ rättskraft, vilket också har följts av HFD.¹⁷⁶ Tillämpningen av principerna kan dock komma att innebära komplexa överväganden, där den enskildes intresse av förutsebarhet kan bli svårt att upprätthålla. Vad gäller exempelvis regler om återbetalning av utbetalt statsstöd har EU-domstolen sedan länge intagit en strikt hållning då den menar att företag som tar emot stöd i princip inte kan ha berättigade förväntningar på att stödet är rättsenligt, med mindre än att stödet godkännts av kommissionen enligt det förfarande som slås fast i fördraget.¹⁷⁷ I rättsfallet *Eesti Pagar* gällde frågan om en stödmottagare hade lämnat in en ansökan, som omfattades av ett gruppundantag för strukturfonder, i rätt tid för att kunna erhålla stöd. EU-domstolen fann att definitionen av den aktuella tidpunkten skulle göras utifrån de riktlinjer som kommissionen gett ut som tolkningsstöd för gruppundantagsförordningen.¹⁷⁸ EU-domstolen uttalade att riktlinjens definition var relevant trots att riktlinjerna inte är bindande, eftersom definitionen uppfyllde de mål och krav som regelverket uppställde.¹⁷⁹ Tillämpning av EU-rättens allmänna rättsprinciper i kombination med tolkning av rätten utifrån icke-bindande *soft law*-dokument ställer onekligen mycket höga

¹⁷⁴ C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:280, s. 27–29.

¹⁷⁵ Wall, Gustaf, *Rättskraft och korrektiv. En förvaltningsrättslig studie*, 2014 s. 311 och Wenander, Henrik, "Skydd för berättigade förväntningar i svensk förvaltningsrätt? – Negativ rättskraft, EU-rätt och styrning av förvaltningen", *FT* 2017, 638–648 och 641 ff.

¹⁷⁶ Förenade mål 205–215/82, Deutsche Milchkontor, EU:C:1983:233, mål C-568/11 Agroferm A/S mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, EU:C:2013:407, punkt 49 ff. och 2016 HFD 2016 ref. 13.

¹⁷⁷ Mål C-24/95, Alcan Deutschland, EU:C:1997:163, s. 25.

¹⁷⁸ Mål C-349/17, Eesti Pagar, EU:C:2019:172.

¹⁷⁹ Mål C-349/17, punkt 73.

krav på såväl enskilda stödmottagare som nationella rättsstillämpare i att navigera bland EU:s komplexa regler för att undvika återbetalningsskyldighet.

Ännu en aspekt av de svenska domstolarnas prejudikatsfunktion har tillkommit via EU-rätten, nämligen möjligheten att medverka till EU-domstolens prejudikatbildning genom att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267 funktionsfördraget och ställa frågor som är relevanta ur ett svenskt rättsligt perspektiv. Utöver att få svar på hur en viss konkret rättsfråga ska hanteras, kan förhandsavgöranden användas för att kasta ljus på rättsfrågor som är problematiska i förhållande till svenska rättstraditioner, eller där svenska domstolar anser att EU-domstolens praxis bör utvecklas i en viss riktning. Det finns dock forskning som pekar på en fortsatt viss återhållsamhet från svenska domstolar att begära förhandsavgöranden, men när frågor väl ställs rör de centrala rättsfrågor.¹⁸⁰ De lägre instanserna begär numera fler förhandsavgöranden än tidigare, trots att de inte är skyldiga att vända sig till EU-domstolen.¹⁸¹ Ett exempel på en sådan situation är ovan diskuterade Åkerberg Fransson-målet, där Haparanda tingsrätt begärde ett förhandsavgörande trots att såväl Högsta förvaltningsdomstolen som Högsta domstolen hade tagit ställning i sakfrågan, det vill säga att det svenska systemet med skattebrott och skattetillägg var förenligt med förbudet mot dubbelbestraffning.

De exempel som diskuterats här fokuserar på vilken domstol som ytterst har anspråk på att avgöra vad som är gällande och därmed tillämplig rätt inom de europeiserade delarna av svensk rätt, det vill säga EU-domstolen och Europadomstolen. Det faktum att det är de europeiska domstolarna och inte riksdagen eller de svenska högsta domstolarna som har det slutliga avgörandet, "the last say", har i grunden förändrat den svenska rättskälleläran. Som följd av detta har betydelsen av rättsprinciper, prejudikat, förarbeten och icke-bindande dokument från förvaltningsmyndigheter kommit att viktas om i den svenska rättskälleläran. Men även om de europeiska domstolarna är satta att slutgiltigt avgöra innehållet i Europarätten, kan ansvaret för att Europarätten tillämpas korrekt på nationell nivå knappast överlåtas till den europeiska nivån. De europeiska domstolarna har inte kapacitet att ge närmare anvisningar till hur Europarätten ska tolkas i varje tänkbar situation och har som nämnts inte heller kompetens att pröva nationell rätt, vilket är nödvändigt för att få en helhetssyn av hur den nationella rättsordningen i sin helhet fungerar.¹⁸² För att det Europarättsliga samarbetet ska fungera krävs därför att svenska rättsskapande

¹⁸⁰ Bernitz Ulf, Förhandsavgöranden av EU-domstolen. Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015, Sieps 2016:9, s. 50 och 89.

¹⁸¹ Bernitz, Ulf, Sieps 2016:9, s. 62.

¹⁸² Vad gäller tolkningen av artikel 267 funktionsfördraget och kraven på när nationella domstolar ska begära förhandsavgörande har EU-domstolen förvisso inte backat från den långtgående tolkning som presenterades i CILFIT-målet, C-283/81, CILFIT mot Ministry of Health, ECLI:EU:C:1982:335. Vad gäller Europadomstolen är det ju individer som själva för målet vidare. Det kan dock inte uteslutas att de långa handläggningstider som Europadomstolen numera har innebär en viss avskräckande effekt.

och rättstillämpande domstolar och myndigheter genomför Europarätten lojalt och under eget ansvar. Som understrukits ovan har svenska domstolar och andra rättstillämpare generellt sett tagit ansvar för att ge Europarätten dess rätta effekt inom den svenska rättsordningen, genom att med tillämpning av Europarättslig metod tolka och tillämpa svenska rättskällor i ljuset av Europarätten.¹⁸³

¹⁸³ Se exempelvis HFD 2016 ref 40, där sekretessgrunden i 21 kap. 7 § OSL prövades i förhållande till kraven i personuppgiftslagen och dataskyddsdirektivet om att personuppgifter enbart får behandlas om det är lagligt.

6 Analys av utvecklingen och dess implikationer

Rapporten syftar till att undersöka europeiseringen av den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrätten, utifrån perspektivet hur en jurist arbetar och använder rättskällorna. *För att undersöka detta belyser rapporten de europeiska rättskällornas påverkan på:* 1) lagstiftningsprocessen, det vill säga lagarnas tillkomst, normgivningen och reglernas utformning, 2) innehållet i lagstiftningen och 3) rättstillämpningen. Därtill undersöks europeiseringens effekter på rättskällornas inbördes status och funktion. I rapporten analyseras även denna rättsutvecklings konsekvenser för maktbalansen mellan lagstiftaren, domstolarna och förvaltningsmyndigheterna. Rapporten omfattar en tidsperiod om 25 år (åren mellan 1995 och 2020).

En övergripande slutsats är att den svenska konstitutionella rätten och förvaltningsrätten har genomgått en genomgripande förändring sedan Sverige gick med i EU och inkorporerade Europakonventionen i sin rättsordning 1995. Samtliga undersökta parametrar har påverkats, men på skilda sätt och i varierande grad. Förändringar i hur lagstiftning utformas och i dess innehåll är inom vissa områden påtagliga, bland annat som en konsekvens av Europarättslig lagstiftning och genom de europeiska domstolarnas påverkan på rätten samt de svenska högsta instansernas prejudikatbildning. Detta medför exempelvis att rättighetsjuridiken har fått ett ökat fokus inom många rättsområden, liksom att det i dag finns utökade möjligheter att inleda domstolsprocesser för att få rättssaker prövade. Överlag kan ett mer kontinentaleuropeiskt rättsligt tänkande sägas ha utvecklats. Däremot är formerna för den svenska lagstiftningsprocessen så som de utformats i regeringsformen i stort oförändrade.

Det nya juridiska landskapet har också medfört att det sätt som jurister arbetar på har förändrats. Förändringen avser främst hur en jurist i praktiken använder såväl Europarättsliga rättskällor som rättskällor som har antagits av svenska organ i en europeiserad kontext, liksom hur rättskällorna kan användas i förhållande till varandra och övriga svenska rättskällor. Ett tydligt exempel är förarbetenas minskade betydelse. I stället har nya kategorier av rättsligt relevanta källor tillkommit på grund av Europarättens inflytande, såsom icke-bindande dokument från europeiska och svenska myndigheter. Genom Europarättens ställning i svensk rätt har utvecklingen medfört att domstolarnas makt har ökat på bekostnad av lagstiftarens makt i de delar som berör Europarätten. Det gäller såväl de nationella domstolarnas som de europeiska domstolarnas makt. Förvaltningsmyndigheternas roll har även förändrats och de har fått en starkare ställning. Även genom förarbetenas minskade betydelse har regeringens och riksdagens möjligheter att instruera rättstillämpningen

minskat. I de avslutande avsnitten diskuterar vi några konsekvenser som följer av denna utveckling.

6.1 Rättstillämpningen har blivit mer komplex

Den domstolsdrivna och understundom dynamiska tolkningen av EU-rätten och Europakonventionen har fört med sig att svenska rättskällor måste ändras och anpassas successivt, allt eftersom EU-domstolens respektive Europadomstolens praxis utvecklas. Domstolarnas faktiska möjligheter att uttala sig i rättstvister har stärkts betydligt genom Europarättens betoning på domstolsprövning som kommer till uttryck i artikel 6 och 13 EKMR, liksom i artikel 47 i rättighetsstadgan. Svenska domstolar har också utnyttjat det utökade utrymmet genom att inta en mer principiell hållning till lagstiftningen, bland annat avseende enskildas rättighetskydd.

En särskild svårighet i sammanhanget kan vara att definiera tillämpningsområdet för de båda europeiska regelverken. Medan Europakonventionen är generellt tillämplig i Sverige, är EU:s rättighetsstadga och allmänna rättsprinciper enbart tillämpliga inom EU-rättens tillämpningsområde, det vill säga något förenklat, inom ramen för tillämpning av de fördragsfästa fria rörligheterna eller EU:s sekundärlagstiftning. Vad gäller tillämpningen av EU-rättens allmänna rättsprinciper på nationell nivå har ovan diskuterats att den kan leda till oförutsedda resultat, vilka kan vara såväl till fördel för enskilda, såsom i *Åkerberg Fransson*, som till nackdel, jämför *Eesti Pagar*. I de fall en och samma fråga kan falla in under både Europadomstolens och EU-domstolens jurisdiktion, kan enskilda processförare och rättstillämpande organ ställas inför svåra tolkningsoperationer för att avgöra vilken instans som ska anses som mest prejudicerande. Därtill faller det på både EU-domstolen och Europadomstolen att även uttolka andra internationella konventioner, såsom Århuskonventionen som EU har anslutit sig till, samt konventioner som binder medlemsstaterna, såsom Barnkonventionen och Genèvekonventionen. Parallella och överlappande jurisdiktioner kan leda till en onödig komplexitet som i sig kan medföra att förutsebarheten i rättstillämpningen minskar. Denna utveckling kan uppfattas som problematisk emellanåt.

Som diskuteras härnäst bör lagstiftare och rättstillämpare kunna bidra till att överbrygga de skillnader i rättstillämpning som uppstår, det vill säga de bör överbrygga den fragmentisering av den nationella rätten som europeiseringen kan leda till.

6.2 Europarätten har medfört en maktförskjutning från lagstiftare och regering till domstolar och myndigheter

EU-medlemskapet och inkorporeringen av Europakonventionen har inneburit att riksdagens ställning som den yttersta uttolkaren av svensk rätt har modifierats då delar av den svenska rätten som härstammar från Europarättsliga källor ytterst ska uttolkas av Europadomstolen respektive EU-domstolen. Genom

att de svenska domstolarna numera använder grundlagen som en källa för positiv rätt och mer frimodigt prövar gällande svensk rätt mot grundläggande rättigheter, såväl Europarättsliga som svenska, har också domstolarnas ställning stärkts. Övergripande principer har fått större vikt i och med förarbetenas minskade betydelse, vilket också placerar ansvaret att väga olika gruppers intressen hos domstolar snarare än hos lagstiftaren. Utvecklingen förstärks av andra internationella tendenser, såsom inkorporeringen av Barnkonventionen, och inspireras av domstolsavgöranden från andra länder, såsom Urgendadomen i Nederländerna. I vissa fall synes lagstiftaren närmast kalkylera med att myndigheter och domstolar har övertagit ansvaret att kontrollera gränserna för det offentliga maktutövandet, såsom inom migrationsrätten där den så kallade begränsningslagen anger att uppehållstillstånd på vissa angivna grunder enbart ska medges om ett nekande skulle strida mot de svenska konventionsåtagandena.

Även förvaltningens ställning i förhållande till såväl lagstiftaren som riksdagen kan sägas ha stärkts, om än i allmänhet på ett mer indirekt sätt. Tjänstemän från de behöriga myndigheterna är med och förhandlar fram ny EU-lagstiftning inom den speciella förvaltningsrättens område, i synnerhet inom områden där kommissionen har delegerats kompetens att anta genomförande lagstiftning, samt utvecklar vägledande dokument tillsammans med EU-myndigheter. Genom doktrinen om administrativ direkt effekt är även myndigheter vidare skyldiga att åsidosätta svensk lag som strider mot EU-rätten. Samtidigt har förarbeten i form av propositioner och utskottsbetänkanden förlorat i auktoritet inom de europeiserade delarna av svensk rätt. EU-organens och förvaltningens vägledande dokument kan i viss mån sägas fylla den funktion som förarbeten tidigare gjort, om än snarare av praktiska skäl än på den grunden att de kan göra anspråk på samma auktoritativa tolkningsunderlag som förarbeten tidigare har haft. Sammantaget innebär utvecklingen att förvaltningens inflytande över framtagande av relevanta rättskällor har ökat, i vart fall inom den speciella förvaltningsrätten, samtidigt som riksdagens och regeringens inflytande har minskat.

Svenska domstolar och förvaltningsmyndigheter får härmed ett ansvar att tolka och tillämpa rättskällorna så att en fragmentisering av den svenska rättsordningen kan undvikas. Förvaltningsmyndigheter som har att hantera Europarättsliga källor när ett Europarättsligt ärende först initieras kan komma att ställas inför svårhanterliga överväganden, såsom i den ovan diskuterade situationen då EU-domstolen ogiltigförklarade datalagringsdirektivet, eller vid tillämpningen av begränsningslagen, då Migrationsverket förväntas garantera att Europakonventionens gränser upprätthålls.

Domstolarna har å sin sida ett tydligare ansvar att se till att den svenska rättsordningen kan tillämpas på ett konsekvent sätt, så att rättssystemets inre koherens, det vill säga systematik och sammanhang, inte undergrävs. Bland de rättsfall som diskuterats här finns exempel på när de högsta domstolarna synes

ha tagit sådana hänsyn, liksom exempel på det motsatta. I HFD 2019 ref. 43, där HFD fann att ett beslut av Riksidrottsförbundet skulle anses överklagbart på Europarättslig grund, uttalade domstolen att beslut av enskilda organ som i förvaltningsmyndighets ställe utför förvaltningsuppgifter ska överklagas i det domstolsslag som normalt hade gällt för motsvarande myndighet på det aktuella området.

HD verkar dock inte ha tagit motsvarande hänsyn i ett annat mål, om rätt till ersättning för rättegångskostnader inom ramen för skadeståndstalan vid överträdelse av upphandlingsrätten. Frågan lyftes däremot upp av skiljaktiga ledamöter i ett tidigare avgörande, som bland annat pekade på risker med att skapa en obalans mellan parterna i överprövningsförfarandet, där den upphandlande enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta, samt att ett skadeståndsansvar skulle kunna vara processdrivande. Frågan om vilka av två motstående intressen som väger tyngst, det vill säga intresset av EU-rättens effektiva genomslag å ena sidan och intresset av bibehållandet av den inre koherensen i det svenska rättssystemet å den andra, kan naturligtvis inte avgöras på förhand utan måste prövas i varje enskilt fall. De högsta domstolarna har här en synnerligen viktig uppgift att fylla.

6.3 Avslutande kommentarer

En slutsats som har dragits här är som framgått att europeiseringen har ökat komplexiteten i den svenska rättsordningen samt lett till en maktförskjutning från lagstiftare och regering till domstolar och förvaltning. En fråga som vi inte närmare har utrett är hur den svenska rättskällevärdet hade utvecklats utan ett svenskt medlemskap i EU och utan inkorporering av Europakonventionen. Hade lagars tillkomst och utformning, innehållet i lagstiftningen och rättskällornas tillämpning fortsatt att fungera på samma sätt som de gjorde år 1995? Med största sannolikhet är svaret på den frågan nej. Det skulle kunna påstås att såväl Europakonventionens ökade betydelse som EU-rättens regler svarar mot praktiska och konkreta problem som samhällsutveckling, globalisering, klimatförändringar och migrationsströmmar har medfört. Antagligen hade Sverige och svenska statsorgan inte ensidigt kunnat hantera dessa frågor utan Europakonventionen och EU-rätten. Det är sammanfattningsvis inte bara den svenska rätten (och rättsordningen) med tillhörande rättskällor som har blivit mer komplex, utan hela världsordningen.

Referenser (exklusive förarbeten och rättsfall)

- Abrahamsson, Olle & Jermsten, Henrik, *Om behovet av en ny tryck- och yttrandefrihetsrättslig regleringsmodell*, Svensk Juristtidning 2014, s. 201–216
- Andersson, Torbjörn, *EU-rättens påverkan på svensk lagberedning*, Svensk Juristtidning 2020, s. 26–29
- Axberger, Hans-Gunnar, *Rättigheter, Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga*, del I, Svensk Juristtidning 2018, s. 759–786
- Algotsson, Karl-Göran, *Sveriges författning efter EU-anslutningen*, SNS, Stockholm, 2000
- Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *Direkt effekt och företräde: orubbliga grundprinciper för EU:s rättsordning?* i Jaan Paju (red.), *Kritiskt tänkande inom Europarätten*, eddy.se, 2018
- Bergström, Carl Fredrik & Ruotsi, Mikael, *Grundlag i gungning? En ESO-rapport om EU och den svenska offentlighetsprincipen*, ESO-rapport 2018:1
- Bernitz, Ulf, *EU och den svenska grundlagen – förbehåll och begränsningar*, Joakim Nergelius (red.), EU-skvadern om den Europeiska unionens konstitutionella framtid, City University Press, Lund, 2001
- Bernitz, Ulf, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015*, Sieps 2016:9
- Bernitz, Ulf, *Skärpta krav på hur direktiv ska genomföras; förarbetsuttalanden otillräckliga*, Europarättslig tidskrift 2020, s. 187–190
- Bull, Thomas, *Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen*, Svensk Juristtidning 2017, s. 216
- Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Studentlitteratur, 2019
- Cameron, Iain, *Några reflektioner över lagberedning ur ett jämförande perspektiv*, Svensk Juristtidning 2020, s. 14–25
- Chamberlain, Johanna & Reichel, Jane, *The Relationship Between Damages and Administrative Fines in the EU General Data Protection Regulation*, Faculty of Law, Stockholm University Research Paper No. 72 (2019), Mississippi Law Journal, 2020
- Dane, Louise, *Den reglerade invandringen och barnets bästa: Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning*, Stockholms universitet, 2019
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Norstedts Juridik, 2015
- Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, Wolter Kluwer, 2016
- Eka, Anders, m.fl., *Regeringsformen – med kommentarer*, Karnov Group, 2018

- Halila, Leena, Lankinen, Veronika, & Nilsson, Annika, K., *Sanktionsavgifter, en nordisk komparativ studie*, Tema Nord 2018:511, Nordiska Ministerrådet
- Halje, Lovisa, *Hur stor del av vår lagstiftning härrör från EU?* i Bull, Thomas, Halje, Lovisa, Bergström, Maria, Reichel Jane, & Nergelius, Joakim, *Arvet från Oxenstierna – reflektioner kring den svenska förvaltningsmodellen och EU*, Sieps 2012:20p
- Hellner, Agnes, *Arguments for Access to Justice. Supra-individual Environmental Claims before Administrative Courts*, Uppsala universitet, 2019
- Hettne, Jörgen & Nyberg, Linda, *EU:s statsstödspolitik och det kommunala självstyret*, Statsvetenskaplig tidskrift 2018, s. 85–110
- Hettne, Jörgen & Reichel, Jane, *Att göra rätt och i tid. Behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?* Sieps 2012:4
- De Hert, Paul, *Data protection as bundles of principles, general rights, concrete subjective rights and rules: Piercing the veil of stability surrounding the principles of data protection*, European Data Protection Law Review 2017, 3(2), s. 160–179
- Hofmann, Hervig C.H. & Türk, Alexander, *The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences*, European Law Journal vol. 13 No. 2, 2007, s. 253–271
- Holmberg, Erik m.fl., *Grundlagarna*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, 2018
- Hovi, Sara, *Steps towards procedural submission – noticings on NJA 2013 s. 762 and NJA 2018 s. 1127*, i Maria Grahn-Farley & Joel Samuelsson (red.) De lege, kommande utgivning.
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod* i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2018
- Kumlien, Mats, *Professorspolitik och samhällsförändring. En rättshistorisk undersökning av den svenska förvaltningsrättens uppkomst*, Institutet för rättshistorisk forskning, 2019
- Lambertz, Göran, *Grundbultarna kan behållas*, Svensk Juristtidning 2014, s. 440–445
- Lavin, Rune, *Högsta förvaltningsdomstolen och Europakonventionen*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2012, s. 339–355
- Lebeck, Carl, *De konstitutionella gränserna för tillämpning av överstatlig rätt: en komparativ studie*, Jure, 2019
- Lenaerts, Koen & Gutiérrez-Fons, José A., *The Constitutional Allocation of Powers and General principles of EU Law*, Common Market Law Review 2010 47(6), s. 1629–1669
- Leviner, Pernilla, *Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete*, Jure, 2011
- De Lucia, Luca, *Conflict and Cooperation within European Composite Administration (Between Philia and Eris)*, Review of European Administrative Law 2012, vol. 5, nr. 1, s. 43–77
- Nergelius, Joakim, *Förvaltningsprocess, normgivning och Europarätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000

- Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D., *Danish Supreme Court infringes the EU Treaties by its ruling in the Ajos case*, Europarättslig Tidskrift 2017, s. 303–326
- Nilsson, Annika, K., *Förvaltningslagen och sanktionsförfarande*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2018, s. 531–553
- Nyberg, Linda, *Med marknaden som norm – EU:s statsstödsregler som politisk styrning*, Sieps 2020:2
- Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, 2018
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, första upplagan, Fritzes förlag, 1995
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Fritzes förlag, 1995
- Reichel, Jane, *Ansvarsutkrävande – svensk förvaltning i EU*, Jure, 2010
- Reichel, Jane, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2018, s. 423–441
- Schmauch, Magnus, *Tryck- och yttrandefrihetsgrundlagarna och EU-rätten — en kommentar till en kommentar*, Svensk Juristtidning 2014, s. 520–531
- Sterzel, Fredrik, *Författning i utveckling, tjugo studier kring Sveriges författning*, Iustus, 2009
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära*, femte upplagan, Norstedts Juridik, 1996
- Wahlgren, Peter, *Lagstiftning – Rationalitet, teknik, möjligheter*, Jure, 2014
- Wall, Gustaf, *Rättskraft och korrektiv. En förvaltningsrättslig studie*, Uppsala universitet, 2014
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Finansinspektionens tillsyn i perspektiv av legalitet och legitimitet*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2009, s. 389–427
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter – särskilt i näringsverksamhet*, Norstedts Juridik, 2010
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Rättsmedel: om- & överprövning av förvaltningsbeslut*, Norstedts Juridik, 2015
- Wenander, Henrik, *En princip om internationell öppenhet – 1 kap. 10 § regeringsformen och socialförsäkringsrätten*, Förvaltningsrättslig tidskrift 2011, s. 537–561
- Wenander, Henrik, *Myndighetsföreskrifter: Demokratisk anknytning, politisk styrning och rättsäkerhet*, Tidskrift for Rettsvitenskap, 129 (5), 2016, s. 489–517
- Wenander, Henrik, *Skydd för berättigade förväntningar i svensk förvaltningsrätt? – Negativ rättskraft, EU-rätt och styrning av förvaltningen*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2017, s. 638–648
- Wenander, Henrik, *Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag*, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2018, s. 443–456
- Wenander, Henrik, *Varför en rätt till domstolsprövning av förvaltningsbeslut? i Festskrift till Wiweka Warnling Conradsson*, Jure, 2019
- Wenander, Henrik, *De svenska kommunerna i EU:s konstitutionella system*, Sieps 2019:1

- Wejedal, Sebastian, *Rätten till biträde, Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar*, Göteborgs universitet, Juridiska institutionens skriftserie, skrift nr 024, 2017
- Wersäll, Fredrik, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, Svensk Juristtidning 2014, s. 1–8
- Wiberg, Maria, *The EU Services Directive: Law or Simply Policy?* T.M.C. Asser Press, 2014
- Xanthoulis, Napoleon, *Administrative factual conduct: Legal effects and judicial control in EU law*, Review of European Administrative law 2019, s. 39–73
- Zamboni, Mauro, *The Positioning of the Supreme Courts in Sweden – A Democratic Oddity?* European Constitutional Law Review, s. 1–23, 2019
- Åhman, Karin, *Egendomskyddet*, Iustus förlag, 2000
- Åhman, Karin, *Rättighetskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag?* i Smith, Eivind och Petersson, Olof (red.), Konstitutionell demokrati, SNS, 2004
- Åhman, Karin, *Ny praxis i Högsta domstolen stärker äganderättens konstitutionella ställning*, i Åhman, Karin (red.), Regeringsformen 40 år – 1974–2014, De Lege, Iustus förlag, 2014
- Åhman, Karin, *Tjugo år av Europakonventionen som svensk lag – några reflektioner*, Europarättslig Tidskrift 2015, s. 39–46
- Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, andra upplagan, Norstedts Juridik, 2019
- Örnberg, Åsa, *HFD 2019 ref. 43, Privatisering av offentliga förvaltningsuppgifter. Reflektioner med anledning av frågan om förutsättningarna för att ett privaträttsligt subjekts beslut ska kunna prövas av allmän förvaltningsdomstol*, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2020, s. 169–178
- Österdahl, Inger, *Openness v Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union*, European Law Review, 37 1998, s. 336–356
- Österdahl, Inger, *Transparency versus secrecy in an international context: a Swedish dilemma*, i Lind, Anna-Sara, Reichel, Jane & Österdahl, Inger, Freedom of Speech, Internet, Privacy and Democracy, Liber, 2015

Executive summary

In 1995, Sweden became a member of the EU at the same time as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention, ECHR) was incorporated into Swedish law. The laws emanating from the EU and the case law of the European Court of Justice under the European Convention are referred to by the common concept European law. It is today 25 years since European law became part of Swedish law and a lawyer's everyday life. EU law is now comprehensive and covers, in addition to the original policy areas linked to the internal market, areas such as environmental law, migration law, public health, research and innovation, police and civil law cooperation. The European Convention – which is also an international law document – regulates only the protection of fundamental rights and contains a minimum standard for the protection of rights that its state signatories must guarantee those within the jurisdiction of the Convention.

This report is primarily aimed at examining the Europeanisation of Swedish constitutional law and administrative law, mainly based on how a practising lawyer works and uses legal sources. The study is based on how the traditional Swedish law doctrine has been affected by the fact that non-Swedish norms and legal sources, especially the European ones, have been integrated into the Swedish legal order over time. To investigate this, the report highlights the impact of the legal sources on: 1) the legislative process, i.e. the creation of laws, standards and the design of rules; 2) the content and terminology of the legislation; and 3) the application of law. The question that is examined most closely is how the Europeanisation process has affected these processes and what effects it has had on the status and function of the Swedish legal sources. Furthermore, the report discusses the more general development of the judicial system, in particular its implications for the balance of power between the legislature, the courts and the administrative authorities.

In the report, we show how the Swedish law doctrine has been affected and changed through the entry in 1995 of European law into Swedish law, focusing on constitutional law and administrative law. We take a holistic approach and give concrete examples of the impact identified. The established theories on the hierarchies of legal sources as we know them and teach future prospective lawyers are still – despite the impact of European law – understood from a national perspective. This means that the primary authoritative sources available for interpreting and applying Swedish law are still stated to be law, preparatory work, case law, and doctrine.

In Section 3, we note that the Swedish legislative procedure has not undergone any changes, formally, since 1995. However, many legislative reforms are today

initiated because of the European influences, in the form of implementing EU directives, reactions from new case law from either the Court of Justice of European Union or the European Court of Human Rights, or due to other needs to reform Swedish legislation in the light of EU law. Governmental inquiries are thereby set up with the aim of adjusting Swedish law to conform to European law. Another factual impact is that directly applicable EU law enters into the Swedish legal order directly, i.e. without being preceded by a Swedish legislative process. Examples of these are EU regulations that are directly applicable, as well as articles of EU treaties and directives that can be attributed to direct effect.

Regarding the legislative power regulated in Chapter 8 Instrument of Government (which, among other things, refers to and how the Swedish Parliament, the Riksdag, can delegate to the Government by law to issue regulations), we note in the same section that it is also basically intact since 1995. This means, for example, that the majority of the Swedish norms still are decided at the administrative level by public authorities, based on a delegation from the Riksdag and/or the Government. From a European law perspective, it is similarly common that EU directives are implemented in Swedish law in already existing delegations, which means that the Parliament's influence on the content of the regulations is reduced.

We also note in Section 3 that within the legal areas that we have presented, the design and the terminology of the laws are characterised by the terminology and legal principles of European law. This means, for example, that Swedish law contains a choice of words and concepts that are directly derived from European law in a broad sense. In addition, references are made primarily to the European Convention, but references are additionally made to other international commitments. Thus, the choice of words and concepts have not always been translated into Swedish terminology, giving Swedish law a continuing strong connection to the sources of European law. If the interpretation of the concepts of European law is developed by the European courts, the concepts included in Swedish law will also gain a new meaning.

With regard to the content of Swedish law, we note in Section 4 that changes have also been made on a more general and structural level: Examples are found in Chapter 2 in the Instrument of Government which today contains several rights that have a direct link to the rights of the Convention. The new Swedish Administrative Procedures Act is also a clear example of an Act having been reformed with regard to European law, for instance, the introduction of a new mechanism to be used in cases of delay in the handling of matters by the administrative authorities.

There are also many examples of legal areas within sector-specific parts of administrative law, which are now entirely governed by EU law. The process of Europeanisation has however not merely come about through positive

harmonisation, i.e. through the enactment of secondary legislation by the EU. We can also see that the content of the Swedish statutory has changed through so-called negative harmonisation, meaning through the approximation of Swedish law into European law through the judiciary (case law), rather than through the involvement of the legislature. This development means that the content of Swedish law develops in a similar way to that of European law, i.e. more dynamic and court-driven.

Regarding the impact of Europeanisation on the application of law, we show in Section 5 that the traditional view of statutory law, preparatory work, and case law as legal sources has changed. For the first, legal practitioners must deal with a broader set of categories of legal sources today compared to before 1995. The concept of legislation itself is a good example of a word that has been given a different meaning through the entry of European law into the Swedish legal order. Secondly, methods used in interpreting the law have also changed, as well as the extent to which general principles are considered applicable in statutory law (such as the principle of proportionality). Third, we show that different types of preparatory work have altered in the importance assigned to them. The preparatory work are still widely used in the adjudication of Swedish law, with the aim of obtaining an understanding of how certain areas of law should be interpreted, but they can no longer be ascribed the same normative value today compared to prior to 1995. Instead, preparatory works have partially been substituted by other categories of nonbinding documents, for example, various guiding documents enacted within the networked EU and Member State administration. Accordingly, today's preparatory work within the sphere of application of especially EU law fills a descriptive function rather than a normative one. Finally, the case law of the national Supreme Courts as a source of law must today be relied upon in a new way, as they interpret the Swedish legal order in the light of the case law from the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. Case law from both Swedish and European courts must therefore be considered by Swedish practitioners today.

An overall conclusion of the study is that both Swedish constitutional law and administrative law have undergone fundamental changes based on the parameters examined but that the changes have occurred in variant ways. The form and content of legislation have changed in certain areas, based on new EU legislation and/or case law from the European courts. This means, for example, that protection of individual rights has increased in many areas of the law, as have opportunities to access the courts for judicial review of the law and its application. Overall, a more rights-based, continental European legal framework has developed in Swedish law. However, the forms of the Swedish legislative process, as formulated in the Instrument of Government, are largely unchanged.

The new legal landscape has also changed the way lawyers work. The changes mainly relate to how practising lawyers use both European legal sources directly and Swedish legal sources adopted in a European context, as well as how these sources are used in relation to other Swedish sources of law. A clear example is the aforementioned reduced importance of the Swedish preparatory work. The preparatory work is sometimes replaced by new categories of legally relevant sources that have been created due to the influence of European law, such as non-binding documents from both European and Swedish authorities.

The fact that European law has been given this position in Swedish law also leads to changes in the balance of power among state organs: the power of the courts has increased at the expense of the power of the legislature. The increased importance of case law applies to both national and European courts. The role of public authorities has also changed: they have gained a stronger position. The example of the reduced importance of preparatory work also shows that the ability of the Government and Parliament to steer the application of law has been diminished.

”Överlag kan ett mer kontinentaleuropeiskt
rättsligt tänkande sägas ha utvecklats i den
svenska rätten.”

Jane Reichel och Karin Åhman



Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade
analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska
beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska
och internationella forskare.