
AXPLOCK UR SVENSK TILLÄMPNING EFTER INKORPORERINGEN AV EUROPAKONVENTIONEN 1995.

Percy Bratt & Jan Södergren*

1. INLEDNING.

Såsom har angivits i den föregående artikel, utgör denna en näransluten artikel till den förra. Som antyds i rubriken gör vi inte anspråk på att uttömmande redovisa alla mål där konventionsaspekter har aktualiserats sedan inkorporeeringen. Redovisningen blir ändå fyllig. Främst har vi tagit sikte på sådana mål där vi anser oss ha funnit en ojämn rättstillämpning. Även om huvudsyftet med genomgången inte är att "finna fel", vill vi därtill peka på avgöranden som vi anser har intagit en allt för snäv inställning till tolkningen av främst Europadomstolens praxis. Vi försöker fånga de inhemska domstolarnas olika attityder till konventionsfrågor. Redovisningens främsta syfte är att tjäna som stöd för de slutsatser vi anför i den tidigare artikeln. För att balansera framställningen har vi under rubriken övrigt även tagit med avgöranden som vi anser väl uppfyller Konventionens krav. De flesta avgörandena rör artikel 6 men även andra konventionsfrågor avhandlas.

Först behandlas emellertid ett mål där frågan om tillämpning av uppenbarhetsrekvisitet i RF 11 kap 14 aktualiserades i konventionsrättsligt hänseende. Därefter behandlas i tur och ordning rätten till domstolsprövning (*access to court*), domarjäv, rätten till muntlig förhandling, rätten till prövning inom skälig tid, det svenska skattetilläggets förhållande till Konventionen samt slutligen övriga mål.

Ett mål som inrymmer många aspekter såväl ur svensk konstitutionell, EG-rättsliga som konventionsrättsliga aspekter är Regeringsrättens avgörande i det sk Barsebäcks-målet.¹ Dvs rättsprövningsmålet där Regeringsrätten hade att

* Verksam vid Advokatbyrån Bratt & Feinsilber AB i Stockholm.

¹ Regeringsrätten dom den 16 juni 1999, i mål nr 1424-19998, 2397-1998, 2939-1998.

pröva lagligheten av Regeringens avstängningsbeslut av kärnkraftverket i Barsebäck, samt därvid fann att beslutet inte stred mot några rättsregler. Målet var komplext och en djupare analys av det faller utanför ramarna för denna artikel. Domen har därtill livligt diskuterats i olika samman där Regeringsrätten såväl har fått ros av professor Fredrik Sterzel, som anser att domen i alla hänseenden är "vattentät"² samt ris i olika avseenden av bl a professor Bernitz,³ Joakim Nergelius,⁴ Carl Michael Quitzow,⁵ advokat Tore Wiwen-Nilsson.⁶ Mest ris synes dock Sterzel ha erhållit för sitt oreserverade rosande. Av ovan nämnda anledningar kommer Barsebäcksdomen här kommenteras mer sparsamt än den kanske förtjänar. Vi uttalar oss enbart om vissa konventionsaspekter som aktualiserades i målet och då i mer allmänna termer.⁷ Redan här kan dock nämnas att vi inte kritiserar utgången i Barsebäck-målet vad avser konventionsaspekterna samt att vi anser att Regeringsrätten på allvar har prövat sökandenas många konventionsinvändningar på ett sätt som sannolikt hade varit otänkbart även de närmaste åren efter inkorporeringen. Detta anser vi vara ett tydligt fall framåt.⁸

2. TILLÄMPNINGEN AV UPPENBARHETSREKVISITET I RF 11 KAP 14 §.

Såvitt vi har kunnat utröna har en svensk domstol i ett refererat och lagakraftvunnet mål enbart vid ett tillfälle uttryckligen hänfört sig till uppenbarhetsrekvisitet i RF 11 kap 14 § samt därvid funnit att en nationell bestämmelse inte uppenbart stod i strid mot en Konventionsbestämmelse, varför den inhemska påstått konventionsstridiga bestämmelsen har tillämpats. Däremot har detta

² Se Fredrik Sterzel, Barsebäcksmålet, JT 1999/2000 s 658.

³ Barsebäcksdomen i Regeringsrätten, JT 1999/2000 s 964.

⁴ Barsebäcksmålet - kommentar till en rättsfallskommentar, JT 1999/2000 s 970.

⁵ Sterzel och Regeringsrätten, JT 1999/2000 s 973.

⁶ Barsebäcksmålet - politik eller juridik, JT 1999/2000 s 978.

⁷ Den kritik som framförts som synes ha mest fog för sig förefaller vara av EG-rättslig natur, främst konkurrensrätten och därmed sammanhängande frågor samt frågan om Regeringsrätten bort begära förhandsbesked av EG-domstolen. Dessa frågor faller utanför ramen för denna artikel.

⁸ Därmed inte sagt att vi helt ansluter oss till Sterzels oreserverat positiva hållning. Quitzow är av en helt annan uppfattning som anser att Regeringsrätten "...sökt efter alla upptänkliga vägar att slippa göra en konkret prövning av spörsmål som skulle kunna innebära ett ifrågasättande av ett politiskt fattat beslut" (a s 973). En reservation måste här emellertid göras. Vi har inte läst all skriftväxling och åberopad skriftlig bevisning i målet. Det är inte alltid tillräckligt att enbart ta del av en dom i ett mål. Ibland är det nödvändigt att även ta del av ovan nämnda material för att fullt ut kunna bilda sig en uppfattning. Detta hänger samman med att domstolar i allmänhet anstränger sig i att författa väl sammanhängande och logiska domar som är kliniskt fria från motsägelser. Det händer att de i denna strävan anstränger sig allt för mycket, så att sådant material och sådana omständigheter som stör sammanhanget och logiken har en tendens att falla bort; trots att de borde redovisas.

förekommit i underrättsavgöranden som sedermera har överklagats, där den högre instansen inte tillämpat uppenbarhetsrekvisitet.

En dylik explicit tillämpning av uppenbarhetsrekvisitet skedde således i RH 1995:85. Omständigheterna var tragiska. Ett barn avled i plötslig spädbarnsdöd. Modern begick självmord före det att hon undertecknade en faderskapsbekräftelse. Fadern väckte en "positiv" faderskapstalan mot modern och moderns dödsbo medgav käromålet. Enligt svenska regler hade fadern ej tale-rätt, varför tingsrätten avvisade talan.

Hovrätten anslöt sig till tingsrättens bedömning vad gäller de internt svenska reglerna men fann emellertid att frågan även skulle prövas jämlikt artikel 8 i Konventionen som stadgar rätt till familjeliv. Hovrätten fann att mycket talade för att Konventionsregeln skulle anses vara överordnad Föräldrabalkens regler, försvitt en konflikt skulle föreligga. Vid prövningen om så var fallet konstaterade Hovrätten initialt att Europadomstolen har givit artikel 8 en mycket extensiv tolkning samt att en ogift fars förhållande till sitt barn faller under begreppet familjeliv.⁹ Såvitt Hovrätten bekant, hade emellertid Europadomstolen inte prövat den fråga som var aktuell i målet. Den hänförde sig till ett avgörande av Kommissionen,¹⁰ som skulle kunna tolkas så, att en lagstiftning som helt utesluter en far från att upprätta varje form av rättsligt band med sitt barn innefattar en kränkning av rätten till skydd för familjelivet

Hovrätten fann emellertid att kommissionsavgörandet lämnade ett stort tolkningsutrymme och att det i avsaknad av auktoritativa uttalanden från Europadomstolen, inte kunde läggas till grund för slutsatsen att talerätsreglerna i Föräldrabalken uppenbart skulle stå i konflikt med artikel 8. Därför fanns det inte heller förutsättningar att tillämpa RF 11 kap 14 § samt åsidosätta de svenska reglerna om taleförbud i angivet hänseende. Hovrätten avvisade talan.

Hovrättens slutsats kan med en mer extensiv tolkning av rättskällorna under Konventionen kritiseras i materiellt hänseende. Fadern erhöll inte ens möjlighet att få frågan om faderskapet prövad i domstol. Härigenom berörs även artikel 6 och rätten till domstolsprövning avseende civila rättigheter och skyldigheter. Men det är naturligtvis en riktig slutsats att det inte fanns - och såvitt veterligt ej heller finns idag - något entydigt stöd för att Konventionen i varje situation garanterar rätten till en positiv faderskapstalan. Mycket talar emellertid för att en faders rätt att erhålla en domstolsprövning avseende faderskapet garanteras av Konventionen i sig samt att det ytterst blir fråga om en proportionalitetsprövning,¹¹ sett i ljuset av de konkreta omständigheterna, som avgör huruvida

⁹ Hovrätten hänvisade till Peer Lorenzen m.fl., Den Europeiske Menneskeretskonventionen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, och E.C.H.R. Series A no. 31 (1979), E.C.H.R. no. 94 (1985).

¹⁰ i mål nr 3100/67 X vs F.R.G. (slutligt beslut 1970-02-05)

en förvägrad prövning utgör en kränkning eller inte. Hur en sådan prövning skulle te sig i förevarande fall skall vi inte spekulera i här.

Vi kan dock konstatera att hovrätten företog en tämligen snäv och inte helt fullständig tolkning av innehållet i Konventionsrätten i kombination med en explicit tillämpning av uppenbarhetsrekvisitet. Vi har - som ovan nämnts - inte sett en tillämpning av uppenbarhetsrekvisitet i senare refererade avgöranden.

I Barsebäcks-målet åberopade Regeringen uppenbarhetsrekvisitetet mot sökandenas åberopanden att den sk avvecklingslagen¹² i olika hänseenden stred mot RF, Konventionen och EG-rätten. I samtliga hänseenden fann emellertid Regeringsrätten att avvecklingslagen ej stred mot de åberopade normerna, trots att Regeringsrätten således enligt ordalydelsen i RF 11 kap 14 § kunnat inskränka prövningen till frågan om avvecklingslagen "uppenbart" stred mot normerna. Det framgår i vart fall inte explicit att Regeringsrätten tillämpade uppenbarhetsrekvisitetet. Däremot återkommer Fredrik Sterzel - inte helt utan entusiasm till detta rekvisit i sin kommentar till domen.¹³

Det kan med visst fog antas att åtminstone de högre instanserna så långt möjligt försöker undvika en tillämpning av uppenbarhetsrekvisitetet. Professor Ulf Berntitz slutsats att "[s] *tadgandet, som knappast hör hemma i en rättsstat, borde dock lämpligen helt slopas*",¹⁴ har stort fog för sig.¹⁵

Det finns dock tydliga exempel på restriktiv tolkning av konventionsrätten, med vilken domstolar underkänner tillämpligheten av åberopade konventionsregler; om än utan att explicit tillämpa uppenbarhetsrekvisitetet. Prov på detta återfinns i följande avsnitt.

¹¹ Antingen direkt under artikel 6 eller under artikel 8, med stöd av Europadomstolens uttalanden exempelvis i *W mot Storbritannien* (dom den 8 juli 1987, Serie A nr 121) om att artikel 8 också innehåller processuella garantier.

¹² Lag (1997:1320) om kärnkraftens avveckling.

¹³ Op.cit.

¹⁴ i Europakonventionens införlivande med svensk rätt - en halvmesyra, JT 1994/95 s 259, här s 265.

¹⁵ Demokratiutredningen har i vart fall föreslaget ett utökande av lagprövningsrätten genom ett slopande av uppenbarhetsrekvisitetet.

3. RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING - STALLKNECHTMÅLEN OCH DESS FORTSÄTTNING.

De så kallade Stallknechtmålen är omskrivna och uppmärksammade.¹⁶ De har emellertid fått en fortsättning i svensk rätt som gör det värt att rekapitulera dessa mål och redovisa nämnda fortsättning.

Fråga var i Stallknechtmålen om rätten till domstolsprövning - *access to court* - enligt artikel 6. Brigitte Stallknecht väckte talan i Jönköpings tingsrätt med yrkande om att Jordbruksverket skulle utge ersättning jämlikt vissa svenska - dvs ej EG-rättsliga - förordningar om inkomststöd.¹⁷ Tingsrätten avvisade talan med hänvisning till att Jordbruksverkets beslut inte var överklagbart. Avvisningsfrågan hamnade så småningom i HD, som i NJA 1994 s 567 uttalade att det fanns starkt stöd för uppfattningen att fråga var om civila rättigheter i konventionsrättsligt hänseende och att Stallknecht därför hade rätt till domstolsprövning.¹⁸ HD menade emellertid att starka skäl talade för att prövningen istället skulle ske i förvaltningsdomstol. Stallknecht vände sig därför till förvaltningsdomstolarna och även där gick målet upp i högsta instans.

Regeringsrätten avvisade i RÅ 1995 ref 58 emellertid talan. Regeringsrätten diskuterade HD:s beslut och de avgöranden som HD hänvisat till samt hänvisade även till betänkandet SOU 1994:117, Domstolsprövning av förvaltningsärenden. I det betänkandet hade man funnit att rätt till stöd och bidrag vilka utgår som en ensidig prestation från det allmänna inte omfattas av begreppet civila rättigheter.

Regeringsrätten hänförde sig också till ett senare fall - Procola.¹⁹ Europadomstolen anförde där att artikel 6 är tillämplig när en talan är pekuniär till sin natur och grundad på ett påstått inkräktande på rättigheter vilka likaledes är pekuniära, oavsett tvistens ursprung och det förhållande att administrativa domstolar är kompetenta. Utifrån detta fall måste man dra slutsatsen att nyss nämnda ståndpunkt i betänkandet i vart fall är i hög grad tveksam. Detta synes även ha varit Regeringsrättens ståndpunkt.

Regeringsrätten uttalade emellertid därefter att *"även om det finns omständigheter som i viss mån kan anses tala för att rätten till ekonomiska bidrag av det slag varom i målet är fråga faller inom tillämpningsområdet för Europakonventionens*

¹⁶ Se exempelvis Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Norstedts 1997 s 150 f. Se även Rune Lavin, Domstols kompetens enligt artikel 6 i Europakonventionen, JT 1444/95 s 731.

¹⁷ Förordning (1990:941) om inkomst, omställning- och anläggningsstöd till jordbrukare m.m. samt förordning (1989:896) om vissa bidrag till jordbruksföretag.

¹⁸ HD hänförde sig bl a till Europadomstolens domar i Deumeland mot Väststryskland, dom 1986-05-29, Serie A nr 99, Feldbrugge mot Nederländerna, dom 1986-05-29, Serie A nr 99.

¹⁹ Procola mot Luxemburg, dom 1995-09-28, Serie A nr 326.

artikel 6 - några säkra uttalanden om att så är fallet för närvarande inte låter sig göras. Grund för en slutsats att Europakonventionens artikel 6 skulle göra en domstolsprövning av Brigitte S:s rättsanspråk nödvändig föreligger således enligt Regeringsrättens mening inte."

Regeringsrättens slutsats måste anses utgöra prov på en mycket snäv tolkning av konventionsrätten, även om det är korrekt att det ej förelåg något avgörande utifrån vilket man kunde göra "säkra uttalanden" om Stallknechts rätt. Stallknecht förde målet till Strasbourg och den svenska regeringen förlikte målet tämligen omgående.

Regeringsrådet Björne har senare i ett offentligt sammanhang²⁰ givit den i och för sig förstaeliga förklaringen att det allmänt sett blev svårt för svenska domstolar när de i ett slag 1995 fick såväl EG-rätten som konventionsrätten på sina bord. Han antydde därmed att domstolarna har dömt fel i några mål. Stallknechtsmålet måste rimligen vara ett av dessa, inte minst med beaktande av att Regeringen förlikte målet i Strasbourg.

Det sk Lassagårdsmålet - RÅ 1997 ref 65 - har ansetts utgöra en vändpunkt i Regeringsrätten vad gäller synen på Europarätten. Även här var det fråga om ett fullföljdsförbud i en jordbruksförordning avseende jordbruksstöd. Emellertid vilade detta jordbruksstöd på EG-rättslig grund. Regeringsrätten fann att det förelåg en rätt för klaganden att få sitt anspråk prövat i domstol. Regeringsrätten hänförde sig till EG-domstolens avgörande i det sk Boreli-målet,²¹ i vilket EG-domstolen anförde att kravet på rättslig kontroll av varje beslut av nationell myndighet avspeglar en allmän princip inom gemenskapsrätten och härrör sig från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och som också återfinns i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen.²² Regeringsrätten hänvisade också till artikel F2 i Maastrichtfördraget som bl a stadgar att gemenskapsrätten skall respektera rättigheterna i Europakonventionen. Fullföljdsförbudet stred därmed mot EG-rätten - konstaterade Regeringsrätten - och eftersom EG-rätten har företräd framför nationell lag fick den inhemska regeln vika.

Även om fråga i Lassagård primärt var om EG-rätten, bör det understrykas att EG-domstolen långt före Maastricht och i flera avgöranden har hänvisat till att Europakonventionen utgör en del av EG-rätten.²³ Det kan med visst fog anföras att grunden för utgången i Lassagård ytterst var konventionsrättslig och närmast grundad på artikel 6.

Fråga blir emellertid om de svenska domstolarna kommer att uppfatta det som att det s a s finns två nivåer avseende tillämpningen av Europakonventionen, där konventionsaspekter har anspråk på företräde framför nationell svensk

²⁰ Cityuniversitetets seminarium om konstitutionella frågor i november 1999.

²¹ C97/91-/1992/ Rec. I s 6313.

²² Para 14 i domen.

²³ Först redan 1970 i Internationale Handelsgesellschaft, mål 11/70, (1970) ECR 1125.

lag om aspekterna kommer in via EG-rätten - men där så inte är fallet om fråga enbart är om nationell rätt jämte konventionsaspekterna. Teoretiskt blir detta konsekvensen till följd av att Europakonventionen har införlivats med svensk rätt som vanlig lag. Ulf Bernitz har pekat på just denna aspekt i en artikel i JT²⁴ och funnit att inkorporeringen härigenom har blivit en halvmesyr.

Kammarrätten i Sundsvall synes i ett beslut från 1999 ha haft detta som utgångspunkt.²⁵ Saken rörde avvisning av talan i mål rörande statligt bidrag för förbättring av bostäder²⁶ och rätten att överklaga ett beslut av Boverket. Kammarrätten gick noggrant igenom vad som anförts i såväl Stallknechtmålen som Lassagård. Vad gäller Lassagård konstaterade Kammarrätten att Regeringsrätten underkände fullföljdsförbudet eftersom EG-rätten är direkt tillämplig i medlemsstaterna och har företräde framför nationell rätt. Den gjorde därigenom skillnad på det mål som skulle avgöras och Lassagård, genom att det ifrågavarande bidraget inte vilade på EG-rättslig grund. Bidraget hade enligt Kammarrätten närmast karaktär av stimulansstöd. Kammarrätten anförde härefter:

" Vid en jämförelse mellan de rättigheter som Europadomstolen hittills hänfört till civila rättigheter enligt artikel 6:1 och det statsbidrag som nu är i fråga finner Kammarrätten med beaktande särskilt av de överväganden Regeringsrätten gjort i 1995 års ovan nämnda rättsfall [Stallknechtmålet], att det för närvarande inte finns grund för slutsatsen att enskildas anspråk på denna typ av statsbidrag skulle göra en domstolsprövning nödvändig".

Kammarrättens beslut kan inte tolkas på annat sätt än att utgången hade blivit annorlunda om det aktuella bidraget hade vilat på EG-rättslig grund. Detta är värt att notera - även om det inte är märkligt med tanke på att Europakonventionen enbart har införlivats som vanlig lag medan EG-rätten har anspråk på företräde framför nationell rätt. Att göra en skiktning på detta sätt av de mänskliga rättigheterna är emellertid som har anförts i den tidigare artikeln, i hög grad tveksamt ur principiellt hänseende.

Nu gick förvisso Kammarrätten vidare och prövade huruvida det också fanns en rätt enligt Konventionen. Som framgår av citatet ovan hänförde sig Kammarrätten starkt till Regeringsrättens avgörande i Stallknecht. Som ovan nämnts måste Regeringsrättens hållning till Konventionsaspekterna i det målet anses vara mycket snävt. Det finns därtill fog anta att denna hållning numera är passé. Det är också anmärkningsvärt att Kammarrätten hänförde sig till ett mål som sedermera förliktes av Regeringen.

Kammarrättens dom har vunnit laga kraft. Det har naturligtvis inte någon större prejudikatvärde. Avgörandet är emellertid publicerat på Notabenes data-

²⁴ JT 1994/95 s 259, Europakonventionens införlivande med svensk rätt - en halvmesyr.

²⁵ Beslut 1999-03-17 i mål nr 1901-1997.

²⁶ enligt förordning (1994:1994) om extra statligt stöd för förbättring av bostäder.

bas - LexEuropa, vilket således gör det mer tillgängligt. Vidare måste det uppenbara konstateras att RÅ 1995 ref 65 alltså är publicerat och sannolikt kommer att återopas av underrätter i framtiden, såvitt Regeringsrätten inte framhåller att det synsätt som framkommer däri inte längre kan anses gälla.

En betydligt mer generös tillämpning av rätten till domstolsprövning intog Svea hovrätt i ett relativt färskt beslut avseende tidningen Dalslänningens²⁷ rätt att överklaga ett beslut av Presstödsnämnden.²⁸ Hovrätten hänförde sig till samma Europadomstolsavgöranden som diskuterades i såväl Stallknechtmålen som Lassagård, vilka således även Kammarrätten i Sundsvall bedömde. Hovrätten konstaterade att Europadomstolen funnit anspråk på statliga stöd eller bidrag falla utanför tillämpningsområdet för artikel 6 när det är fråga om en förmån som beviljas på rent skönsmässiga grunder. Men även i sådana fall då det beslutande organet har givits ett betydande utrymme för skälighets- och lämplighetsbedömningar har artikeln ansetts vara tillämplig, om beslutet innefattar tillämpning av vissa regler eller principer. Kort återgivet fann hovrätten att presstödsnämnden hade att tillämpa "*relativt utförliga författningsbestämmelser*" - dvs Presstödsförordningen²⁹ - och fann således att Dalslänningen hade rätt till domstolsprövning.

Det kan knappast med fog hävdas att den förordning som Boverket hade att tillämpa och som var föremål för bedömning Kammarrätten i Sundsvall, i jämförelse med Presstödsförordningen, var så till den grad mindre utförliga samt lämnade Boverket ett så mycket större skönsmässigt utrymme att det motiverar en annan bedömning i här aktuellt konventionshänseende.

Det är inte oväsentligt för syftet med denna artikel nämna att ovan diskuterade hovrättsavgörande avgjordes av det förutvarande ombudet för den svenska regeringen i mål inför Strasbourgorganen - hovrättsrådet Carl Henrik Ehrencrona. I avgörandet satt även t.f. hovrättsassessorn Johan Danelius med. Det går inte ta miste på den konventionsrättsliga kompetensen vid detta hovrättsavgörande.

4. DOMARJÄV.

Svea hovrätt kom under 1996 - inom loppet av ett par månader - att med olika utgång avgöra två mål som behandlade jävsfrågor. Det ena avsåg tvistemål³⁰ och det andra brottmål.³¹ Därvid aktualiserades i båda målen fråga om tillämp-

²⁷ Eller rättare sagt dess uppmärksammade utgivare Dalslänningens Aktiebolag.

²⁸ Svea hovrätts beslut 2000-01-26 i mål Ö 5156-98. Mer exakt var fråga om rätten att överklaga Presstödsnämndens beslut att återkalla ett tidigare beviljat presstöd, vilket medförde ytterligare komplikationer i ärendet som inte skall diskuteras här.

²⁹ SFS (1990:524).

³⁰ RH 1996:58.

³¹ RH 1996:68

ningen av artikel 6 och rätten till en opartisk rättegång. Europadomstolen har utöver direkt påvisbar partiskhet hos domare - sk subjektivt jäv - bl a utvecklat en princip om objektivt jäv. Denna innebär i korthet att det inte för en objektiv betraktare får föreligga några legitima tvivel om domstolens opartiskhet. Allmänt kan sägas att risk för objektivt jäv ofta uppstår om samma domare har att pröva samma fråga mot samma person flera gånger, särskilt om domarna tidigare har formulerat sig på ett sätt som riskerar uppfattas som att de har en förtuttad mening.

Det är värt notera här att man i tvistemålet kom fram till att jäv förelåg när en domare, som tidigare deltagit i avgörandet efter återförvisning till följd av visst rättegångsfel, på nytt deltog i avgörandet av målet. Samtidigt fann Hovrätten i brottmålet - sedan den tilltalade uteblivit utan laga förfall och Hovrätten därför beslutat att överklagandet hade förfallit - att samma domare som fattat det beslutet, och därtill uttryckts sig väl kategoriskt om den tilltalade,³² inte var jäviga när det gällde prövningen av den tilltalades ansökan om målets återupptagande.

I tvistemålet hänförde sig Hovrätten till Hauschild mot Danmark,³³ samt att Sverige till följd av detta avgörande gjort vissa ändringar i jävsreglerna, främst vad avser brottmål. Hovrätten hänvisade dock även till att föredragande statsråd i det lagstiftningsärendet hade uttalat sig om att det kunde uppstå situationer där jäv fick anses föreligga vid återförvisning också i tvistemål.³⁴ Hovrätten kom med ledning av uttalandena i lagstiftningsärendet fram till att en prövning måste ske från fall till fall samt fann med hänsyn till kravet i artikel 6 att jäv förelåg i det aktuella målet.

Majoriteten vid den avdelning i Hovrätten som hade att pröva själva jävsfrågan i brottmålet hänförde sig överhuvud inte till Europakonventionen eller de uttalandena som förekom i förarbetena till ändringarna av jävsreglerna och som således främst hänförde sig till brottmålsprocessen.

Hovrättsrådet Drangel var emellertid skiljaktig och fann med hänvisning till i princip samma rättskällor som hovrätten hänförde sig till i tvistemålet, att jäv förelåg. Han ansåg bl a att frågan om laga förfall i det första beslutet samt frågan om målet återupptagande i princip utgjorde samma fråga som Hovrätten tidigare tagit ställning till. Han fann också att också att Hovrättens kategoriska uttalanden i det första beslutet medförde att det förelåg objektivt jäv.

³² Hovrätten anförde: "Att Jan N på kvällen före huvudförhandlingen lät lägga in sig på sjukhus under uppgift att han hade vänstersidiga bröstsmärtor framstår mot bakgrund av övriga omständigheter som i hög grad anmärkningsvärt. Avgörande är dock att han inte har visat att han hade laga förfall för sin underlåtenhet att komma till huvudförhandlingen i hovrätten."

³³ dom 1989-04-29, Serie A nr 154.

³⁴ (prop. 1992/93:25). Sådana jävsituationer rymdes dock enligt föredraganden redan under generalklausulen i RB 4 kap 13 § 10, varför en lagändring ej ansågs erforderlig.

De båda hovrättsavgörandena uppvisar ett tydligt prov på ojämn rättstillämpning avseende konventionsrättsliga frågor i samma domstol, även i situationer där det i de svenska förarbetena återfinns hänvisningar till konventionsaspekter. Jävsfrågan i tvistemålet avgjordes bl a av hovrättsrådet Torsten Cars, som är känd för sitt engagemang i MR frågor.

Vad gäller jävsfrågor synes ojämnheten i Svea hovrätt ha varit övergående. I RH 1997:74 diskuterades bl a Hauschild ingående, varvid Hovrätten fann att jäv förelåg då samma sammansättning i tingsrätten efter ett långt uppehåll i förhandlingen och efter att ny bevisning åberopats av försvaret, avgjorde skuldfrågan efter att den tidigare i ett beslut om rättspsykiatrisk undersökning uttalat att övertygande bevisning om skuld förelåg. Senare har även HD prövat jävsfrågor jämlikt Konventionen.³⁵

5. MUNTLLIG FÖRHANDLING.

Något som numera är någorlunda klarlagt i Svensk praxis är rätten till muntlig förhandling jämlikt artikel 6. Huvudregeln enligt konventionspraxis är att muntlig förhandling skall hållas.³⁶ Detta har också som nyss antytts avspeglat sig i svensk rättspraxis.³⁷ Ett av undantagen från rätten till muntlig förhandling är emellertid om klaganden avstått härifrån. I NJA 1999 s 544 avlog HD ett yrkande om återförvisning till hovrätten till följd av att hovrätten inte tillät en muntlig förhandling. Den begärande parten hade i ett mål angående bevakning i konkurs begärt omförhör med ett vittne i hovrätten samt att muntligen få slutföra sin talan i samband med detta. HD tolkade detta som muntlig förhandling inte begärdes för den händelse omförhöret inte tilläts. Eftersom sådant inte beviljades i hovrätten ansåg HD att parten därigenom "*implicit [hade] avstått från sin rätt till muntlig förhandling i den situationen*".³⁸ Emellertid har Europadomstolen i praxis framhållit att ett avstående från tidigare begärd muntlig förhandling skall vara otvetydigt och samtidigt inte gå stick i stäv med viktiga allmänna intressen, för att en nationell domstol skall kunna underlåta att hålla sådan.³⁹ Det kan möjligen ifrågasättas huruvida avståendet i nämnda HD-avgö-

³⁵ Se NJA 1998 s 82 och NJA 1998 s 228.

³⁶ Se Danelius, a a s 164. Se även härefter s 166 om kriterierna för undantag.

³⁷ Se exempelvis NJA 1999 s 602, NJA 1998 s 232, NJA 1999 s 113, RH 1996:59 och RÅ 1995 not 179.

³⁸ Huruvida det var rätt i konventionshänseende att avslå begäran om omhörandet av vittnet i sig kom att förbigås. Det främsta syftet med begäran om muntlig förhandling torde emellertid vara just att få höra parten eller vittnen uttala sig om sakförhållandena, snarare än att ombudet sakframställningsvis erhåller möjligheten att muntligen lägga fram klientens sak och/eller muntligen plädera.

³⁹ Se Håkansson och Sturesson mot Sverige, dom den 21 februari 1990, Serie A nr 171, para 66 och Schuler-Zgraggen, dom den 24 juni 1993, Serie A nr263, para 58.

rande var så otvetydigt som krävs i konventionshänseende. I domen hänförde sig HD till Danelius kommentar och Danelius var själv med att avgöra målet.

I detta sammanhang kan det vara lämpligt att kort nämna något om Danelius kommentar. Såsom en kommentar är framställningen förträfflig. Med hjälp av den finner man snabbt de rättsligt relevanta frågeställningarna, utifrån vilka man sedan kan gå vidare. Danelius framhåller också själv i förordet till sin bok att just det sagda är syftet och att hans framställning med nödvändighet är selektiv och ofullständig. Den *"som konfronteras med ett konkret problem för vars lösande en viss dom av Europadomstolen...är av betydelse gör klokt i att inte nöja sig med den översiktliga information som finns i denna bok utan rekommenderas att studera den fullständiga texten till avgörandet i fråga"*, framhåller han.

Att döma av den praxis som återfinns avseende Konventionen i det inhemska systemet efter publiceringen av Danelius bok, har emellertid hans framställning i det närmaste upphöjts till en rättskälla av dignitet som - att döma av Danelius eget förord - knappast var avsikten. Det som sägs här skall inte på något sätt betraktas som kritik mot Danelius framställning. Lite tillspetsat kan det emellertid med visst fog hävdas att det inte räcker med stöd i Europadomstolens praxis. För att med säkerhet kunna vinna gehör för ett konventionspåstående, krävs främs stöd i Danelius bok.

Som Danelius emellertid själv framhåller finns inte allt redovisat i hans bok. Frågan om kravet på otvetydigt avstående från muntlig förhandling utgör ett exempel härpå. Danelius gör å andra sidan inte heller någon hemlighet av att han anser att Europadomstolen i flera speciella mål har hållit fast kravet på muntlighet, *"där värdet av muntlig handläggning ibland skulle kunna ifrågasättas"*.⁴⁰ Måhända finns det visst fog för denna iakttagelse.

6. RÄTTEN TILL PRÖVNING INOM SKÄLIG TID OCH GOTTGÖRELSE FÖR KRÄNKNING DÄRAV.

Artikel 6 stadgar också en rätt till prövning av envars civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse om brott inom skälig tid. Vad gäller brottmål har vi även i detta hänseende sett prov på ojämn rättstillämpning, åtminstone avseende kravet på gottgörelse för en konstaterad kränkning på det inhemska planet till följd av en dylik kränkning. Nedan diskuterade domar är på tingsrättsnivå. I vart fall ett utav dem har vunnit laga kraft och är publicerat på Notabenes databas;⁴¹ nämligen en dom från Örebro tingsrätt⁴² som även diskuterats i vår huvudartikel.

⁴⁰ a a s 165.

⁴¹ Publiceringsdatum: 1999-06-23.

⁴² dom 1999-05-07 i mål nr B 973-92.

Målet i Örebro avsåg trolöshet mot huvudman och tingsrätten fann således att åklagaren inte hade styrkt åtalet mot de tilltalade i någon del. Emellertid fann den också att handläggningen oskäligt dragit ut på tiden på sådant sätt att Konventionens krav på ett avgörande inom skälig tid var kränkt. Tingsrätten konstaterade att ett frikännande till följd av att åklagaren inte hade styrkt åtalet, inte skulle innebära en tillräcklig gottgörelse för konventionskränkningen. Med anledning härav samt med en analogi till preskriptionsreglerna i BrB 35 kap fann tingsrätten att åtalet istället skulle ogillas på den grunden att den långa handläggningstiden stred mot Konventionen. Tingsrätten ansåg att de tilltalade härigenom var gottgjorda.

I ett mål i Helsingborgs tingsrätt⁴³ om grov förskingring fann tingsrätten att det starkt kunde ifrågasättas om inte den åtalades rätt till prövning inom skälig tid hade kränkts. Något klart uttalande om huruvida en kränkning de facto hade skett i målet eller ej, skedde emellertid inte. Under alla förhållanden konstaterade tingsrätten att följden av en kränkning ändå inte kunde bli att åtalet skulle ogillas, vilket den tilltalade hade invänt. Istället beaktade tingsrätten den orimligt långa handläggningstiden under den internt svenska straffmättningsregeln i BrB 29 kap 5 § p 7 när den bestämde påföljden till villkorlig dom och dagsböter, trots att straffvärdet motsvarade fängelse i fyra år. Det är tveksamt huruvida tingsrätten på det sätt Konventionen kräver i tillräcklig grad har erkänt Konventionskränkningen - för den händelse sådan kränkning kunde anses föreligga.

Även i ett brottmål avseende grovt häleri i Ängelholms tingsrätt⁴⁴ gjordes invändningen att åtalet skulle ogillas till följd av den långa handläggningstiden. Tingsrätten ansåg att analogislut från preskriptionsreglerna, innebärandes att åtalat därmed skulle ogillas, inte kunde göras, särskilt eftersom reglerna om påföljdsval och straffmätning gav utrymme för strafflindring när ovanligt lång tid förflutit sedan gärningen begicks. Tingsrätten ville dock ytterligare markera den långa handläggningstiden och gottgöra de tilltalade för konventionsbrottet, genom att döma för grovt häleri men meddela påföljdseftergift.

Såsom advokat Hanserik Romlings också funnit i en artikel i Advokaten,⁴⁵ är det här således fråga om tre olika sätt att hantera samma konventionsfrågor. En tingsrätt ogillade; en annan underlät att uttala sig och explicit erkänna en tämligen uppenbar konventionskränkning, men tillämpade internt svenska strafflindringsregler; den tredje dömde till ansvar men meddelade påföljdseftergift. När det emellertid gäller fråga om gottgörelse för inhemskt konstaterade kränkningar, har Europadomstolen funnit att staterna har viss frihet på vilket sätt och med vilka medel detta skall ske. Huruvida de tilltalade i nämnda brott-

⁴³ dom 2000-01-10. Domen är överklagad.

⁴⁴ dom 2000-01-12, även denna dom är överklagad.

⁴⁵ nr 4, 2000 s 18f.

mål har blivit tillräckligt kompenserade, måste bedömas jämligt de regler och den praxis som finns redogjord för i vår huvudartikel.

7. SKATTETILLÄGGET.

Den fråga som tydligast synes ha delat upp rättstillämparen i två olika läger är fråga om det svenska skattetillägget är att anse som straff och anklagelse om brott i Konventionens mening. 1995 års Skattekontrollutredning hade i uppdrag att bl a analysera denna fråga. I betänkandet SOU 1996:116 fann utredningen efter en helhetsbedömning av praxis och annat material att övervägande skäl talade för att det svenska skattetilläggsförfarandet inte omfattades artikel 6.

Om så emellertid är fallet, får det en rad konsekvenser. Den kanske främsta konsekvens är att ett påförande av skattetillägg och ett straffande för samma gärning inte kan ske, eftersom det kommer i konflikt med principen om *ne bis in idem*. Det torde också bli problem med oskuldspresumtionen i artikel 6:2 i Konventionen. Konsekvenserna skall inte närmare beröras här. En del av dem har diskuterats i en artikel av Stig Alexandersson i JT⁴⁶ och justitierådet Johan Munck har fylligt gått igenom många av konsekvenserna i Tidsskriften för Sveriges domareförbund.⁴⁷ Munck är ordförande i 1999 års skattetilläggskommitté, vilken har i uppdrag att analysera tillämpningen av nuvarande regler. Muncks klara ståndpunkt är att Skattekontrollutredningens inställning numera inte kan vidhållas⁴⁸ särskilt med beaktande av senare praxis från Europadomstolen.⁴⁹ I slutordet i artikeln anför han att man i såväl domar som doktrin enligt hans mening har gått alldeles för långt när det gäller att underkänna vissa inslag i skattetilläggsystemet från konventionsrättslig synpunkt. Han framhåller emellertid att utvecklingen *"av praxis har lett till en ordning som framstår som i flera hänseenden som ganska diskutabel. Enligt [hans] mening kan man inte bortse från risken att systemet, om ändringar inte vidtas, kommer att förlora sin legitimitet"*⁵⁰

Frågan om det svenska skattetillägget förhållande till Europakonventionen har också berörts i tillämpningen i många fall. Till de underrätter som har funnit att skattetillägget utgör ett straff i Konventionens mening är Länsrätten i

⁴⁶ 1998/99 s 251.

⁴⁷ Nr 1/00 s 7. Se även fd regeringsrättsrådet Bertil Wennergrens artikel i samma tidskrift i det påföljande numret nr 2/00, Oskuld och objektivt ansvar, s 7, i vilken Wennergren bemöter Munck avseende oskuldspresumtionen och skattetillägget.

⁴⁸ a a s 8.

⁴⁹ Härvid kan nämnas exempelvis APMP och TP mot Schwiez, dom den 29 augusti 1997, Reports 1997 V s 1477.

⁵⁰ a a s 20f.

Skåne län,⁵¹ Länsrätten i Göteborgs län,⁵² Länsrätten i Stockholms län⁵³ och Kammarrätten i Sundsvall.⁵⁴ Kammarrätten i Stockholm fann 1998⁵⁵ att den svenska skattelagstiftningen i och för sig fick anses falla inom tillämpningsområdet för artikel 6 i Europakonventionen. Den diskuterade därvid även ovan nämnda SOU 1996:116. I sakfrågan fann dock Kammarrätten att det inte var fråga om en kränkning. Samma Kammarrätt har i en dom från 2000⁵⁶ - med hänvisning bl a en egen dom under 1999⁵⁷ - funnit att den svenska skattetil-läggs-lagstiftningens utformning inte var sådan att den inte skulle kunna tillämpas på grund av artikel 6 i Europakonventionen. Kammarrätten fann förvisso att det fanns vissa skäl som talade för det motsatta men att de svenska reglerna inte har prövats av Europadomstolen samt att Regeringsrätten i avgöranden såväl före den 1 januari 1995 som därefter och - under det att praxis i Europa-domstolen utvecklats - prövat frågan om skattetil-lägg i olika fall och därvid inte har satts i fråga. I en tidigare dom har Kammarrätten i Stockholm dock funnit att det är oklart om skattetil-lägg utgör straff i Konventionens mening och hänvisar till att frågan bl a är föremål för prövning i Strasbourg. Till följd härav medgavs anstånd med betalning av den tillkommande skatten jämlikt 49 §. Uppbördslagen.

Frågan om det svenska skattetil-läggets förhållande till Europakonventionen är nu föremål för prövning i tre höga instanser. Regeringsrätten meddelade prövningstillstånd i ett antal skattetil-läggsmål under 1999.⁵⁸ Även HD har under år 2000 lämnat prövningstillstånd i ett sådant mål.⁵⁹ Härvid bör dock noteras att HD i ett resningsmål under 1999⁶⁰ konstaterade att det svenska skattetil-lägget i SOU 1996:116 hade bedömts som förenligt med Europakonventionen samt att HD i NJA 1998 s 283 hade dömt till ansvar för skattebedrägeri trots att det tidigare hade påförts skattetil-lägg. Vidare är således fråga det svenska skattetil-lägget föremål för prövning i Strasbourg.⁶¹ Frågan ligger uppe för ett sk anhängiggörandebeslut. Emellertid har det hållits en muntlig förhandling i Strasbourg avseende såväl de materiella frågorna som frågan om anhängig-

⁵¹ dom 1998-04-08 i mål nr 4965.

⁵² dom 1999-05-12 i mål nr 1155-99, dom 1999-06-11 i mål nr S 934-97, dom 1999-06-24 i mål nr 1390-99.

⁵³ dom 1997-07-09 i mål S 1695-96.

⁵⁴ dom 1999-12-14 i mål nr 3552-1996.

⁵⁵ dom 1998-11-17 i mål nr 221-1997.

⁵⁶ Kammarrätten i Stockholm, dom 2000-06-22 i mål nr 2696 - 2698-2000.

⁵⁷ Kammarrätten i Stockholm, dom den 17 september 1999 i mål nr 1459-1988 och 1460-1998.

⁵⁸ I exempelvis mål 433-1999, Pentti K mot Riksskatteverket.

⁵⁹ beslut 2000-05-02.

⁶⁰ Beslut 1999-09-08 i mål

⁶¹ Europadomstolens mål 36985/97 Västberga Taxi mot Sverige samt mål 34619/97 Janosevic mot Sverige.

görandet.⁶² Vid pressläggningen av detta nummer den 11 oktober kom enligt uppgift beslutet från Europadomstolen att målet tas upp till prövning avseende samtliga åtta åberopade kränkningar. Det skall i sammanhanget också framhållas att Sverige redan 1987 förlikte ett mål mot Max von Sydow, vilket rörde det svenska skattetillägget.⁶³

Med anledning av att frågan om det svenska skattetilläggets förhållande till Konventionen livligt har diskuterats i olika forum i Sverige - samt således är föremål för prövning av höga instanser - saknas här anledning att närmare analysera sakfrågan. Det kan enbart noteras att mycket starka skäl talar för att skattetillägget i vart fall utgör ett straff i Konventionens mening.

Det är emellertid tydligt att frågan har föranlett problem inom båda domstolssystemen på i det närmaste alla nivåer. Enligt uppgift har länsrätten i Stockholm gjort en stor intern utredning till följd av den rådande osäkerheten. Denna skall - tillika enligt uppgift - även ha kommit Skattetilläggsutredningen tillhanda.

8. ÖVRIGT.

Ovan har vi pekat på svensk rättstillämpning som vi i viss mån har funnit vara ojämn och inkonsekvent, varav vissa avgöranden måste anses utgöra prov på inskränkt syn på konventionsrätten. Detta ger emellertid inte en komplett bild av tillämpningen. Som angivits inledningsvis finns det även anledning att peka på några avgöranden som får betraktas som konventionsvänliga.

I RÅ 1996 ref 6. förelåg den ovanliga situationen att Europadomstolen tidigare hade avgjort ett mål som i alla rättsligt relevanta hänseenden var identiskt med det som skulle prövas. I fallet Darby mot Sverige⁶⁴ fann Europadomstolen att ett krav på mantalsskrivning här i riket för viss lindring av skattskyldighet för den som inte tillhörde svenska kyrkan utgjorde en otillåten diskriminering jämlikt artikel 14 sammantaget med artikel 1 i första tilläggsprotokollet (ägan-derätten). Eftersom det mål som skulle prövas av Regeringsrätten således var identiskt med Darby, var det inte svårt finna att ett upprätthållande av mantalsskrivningskravet skulle utgöra en kränkning. Emellertid avsåg målet ett inkomstår som låg långt före tiden för inkorporeringen. Oaktat detta uttalade Regeringsrätten att Konventionen inkorporerades till svensk rätt utan några särskilda övergångsbestämmelser, varför konventionsbestämmelserna ändå skulle tillämpas. Motiveringen i 1996 års fall måste anses vara vägad och det har också åberopats och tillämpats i senare avgöranden.

⁶² Enligt uppgift i september i år, vilket är före det att detta skrivs men efter publiceringen.

⁶³ Ansökningsnr 11464/85

⁶⁴ dom den 23 oktober 1990, Serie A nr 187.

Ett helt annat fall där det fanns relativt tydlig vägledning från Europadomstolen är AD:s dom 1998 nr 17 i det sk Kellerman målet. Det var fråga om konventionsenligheten med fackliga stridsåtgärder och berörde den negativa föreningsfriheten i artikel 11. Europadomstolen hade dessförinnan avgjort det uppmärksamade Torgny Gustafssonmålet⁶⁵ där samma rättsliga fråga var uppe till prövning; låt vara med något annorlunda sakomständigheter. AD analyserade Gustafssonfallet tämligen ingående när den bedömde att stridsåtgärderna i det konkreta fallet inte var oproportionerliga i Konventionens mening.

Vad avser proportionalitetsprincipen i andra sammanhang kan här även nämnas att Regeringsrätten sedan inkorporeringen har utvecklat och preciserat denna princip under äganderättsstadgandet i Konventionen i ett antal mål.⁶⁶ En diskussion härom i samband med det sk Barsebäcksmålen har förts i denna tidskrift av advokaterna Claes Lundblad och Mikael Wärnby.⁶⁷ Enligt deras och vår uppfattning har denna tillämpning varit generös, vilket också kan bero på att proportionalitetsprincipen sedan tidigare och oberoende av Europakonventionen har ansetts föreligga i svensk rätt. Därtill preciserades egendomsskyddet i RF 2 kap 18 § i samband med inkorporeringen av Konventionen.⁶⁸

Vad gäller Barsebäcksmålet anser de båda författarna att domen reser en del frågetecken som närmast har med hur en proportionalitetsprövning skall gå till, bl a avseende den sk strikta proportionalitetsprövningen. Den senare innefattar en prövning om åtgärder som har bedömts vara både lämpliga och nödvändiga, ändå kan anses innefatta en jämförelsevis för stor börda för den enskilde. Regeringsrätten ansåg att ett underkännande av ett myndighetsingripande såvitt angår en avvägningsfråga där myndigheten givits ett betydande handlingsutrymme kräver att det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna och det enskilda intresse. De båda författarna finner inte resonemanget invändningsfritt. Det torde också vara svårt finna stöd för en sådan allmän regel i Europadomstolens praxis.⁶⁹

Emellertid kom Regeringsrätten att pröva målet innan ersättningsfrågan var avgjord och kom därför att pröva huruvida ersättningsreglerna *in abstractum* kunde anses vara så stötande att det borde inverka på proportionalitetsprövning-

⁶⁵ mot Sverige, dom den 25 april 1996, Reports 1996-II s 637.

⁶⁶ RÅ 1996 ref 22, 1996 ref 40, 1996 ref 44, 1997 ref 59 och RÅ 1997 not 107.

⁶⁷ ERT 2000 s 209, Proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten efter Barsebäcksdomen. Särskilt avsnittet 3, s 217 f. Allmänt om proportionalitetsprincipens tillämpning inom den svenska förvaltningsrätten efter 1995.

⁶⁸ Även Lundblad/Wärnby anser att den allmänna rättsutvecklingen avseende proportionalitetsprincipen har varit tillfredsställande. Emellertid menar de att Regeringsrättens dom i Barsebäcksmålet reser en del frågetecken om proportionalitetsprövningens närmare innehåll. För en närmare diskussion om Barsebäcksdomen, hänvisas till nämnda framställning.

⁶⁹ Regeringsrätten hänvisade till RÅ 1997 ref 59.

gen.⁷⁰ Med beaktande av att Europadomstolen till *syvende og sidst* alltid gör en helhetsbedömning med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet samt aldrig prövar en lag in abstractum, går det - enligt vår uppfattning - inte uttala sig om huruvida Regeringens beslut stred mot proportionalitetskravet i Konventionen. Det torde överhuvud vara mycket svårt avgöra huruvida det råder en rimlig balans mellan statens och den enskildes intressen, före en sådan väsentlig del som vilken compensation den enskilde skall erhålla till följd av ingreppet är fullt klarlagd. Frågan var därför enligt vårt förmenande illa lämpad för en prövning inom ramen för rättsprövningsärendet.

I detta sammanhang skall något ytterligare nämnas om en fråga som nära ansluter till Barsebäcksmålet. I detta diskuterades även de påstådda retroaktiva effekterna av den sk avvecklingslagen. Det skall redan här framhållas att det enligt vår uppfattning är tveksamt om det fanns några inslag av retroaktivitet som kunde åberopas som hinder för en tillämpning av lagen. Regeringsrätten fann att så inte var fallet. Det torde vara förutsebart att lagstiftning om tillståndspliktig och riskfylld verksamhet över tiden kan komma att förändras t o m på sådant sätt att tillståndet återkallas - i vart fall mot att ersättning utgår; särskilt om det har hållits en folkomröstning om avvecklingen. Detta torde gälla även för mindre säregen verksamhet än kärnkraftsdrift.

Det finns dock i viss mån något att invända i principiellt hänseende mot Regeringsrättens resonemang, som emellertid inte torde behöva ändra utgången i denna del. Samma invändning kan i högre grad riktas mot ett uttalande av lagstiftaren i inkorporeringspropositionen. Regeringsrätten framhöll att det i konventionens artikel 7 återfinns ett förbud mot retroaktiv lagstiftning. "*I övrigt saknar konventionen regler som uttryckligen rör retroaktiv normgivning även om artikel 1 i det första tilläggsprotokollet i praxis ansetts ge visst generellt skydd mot sådana regler och ett motsvarande skydd för berättigade eller legitima förväntningar*". I inkorporeringspropositionen framhöll lagstiftaren att det inhemska rättighetsskyddet i vissa hänseenden gick längre än Europakonventionen. "*Det gäller främst skyddet mot retroaktiva skatter och avgifter...*".⁷¹ Lagstiftaren synes därmed avse att det i Konventionen enbart återfinns ett skydd för retroaktiv strafflagstiftning, men till skillnad från i Sverige inte avseende skatter.

Även om det inte explicit framgår av Konventionen är det oriktigt att Konventionen inte skyddar mot oförutsebar retroaktiv lagstiftning i andra fall än vad gäller strafflagstiftning. Tvärtom torde Konventionen i princip skydda mot all oförutsebar retroaktiv lagstiftning som på något sätt inskränker en rättighet i Konventionen. I Konventionen - som Jacob W.F. Sundberg uttrycker det - "hänför man sig ideligen till ett samhälle 'under the rule of law', underkastat 'la

⁷⁰ Vilket i sig - enligt Regeringsrätten - inte hindrade att frågan skulle kunna prövas i en särskild process avseende ersättningsfrågan.

⁷¹ Op cit, s 39.

préeminence du droit'." ⁷² I detta koncept ligger också att rätten skall vara förutsebar. Ett av rekvisiten för att en inskränkning av en rättighet skall vara konventionsenlig är att den är föreskriven i lag. Med begreppet "lag" avser Europadomstolen samma sak oavsett under vilken artikel begreppet diskuteras eller tillämpas. ⁷³ Enligt Europadomstolens praxis innebär rekvisitet också att lagen ifråga skall vara tillräckligt tillgänglig, klar och förutsebar. ⁷⁴ Regeringsrätten nämner förvisso detta, men uttalar således ändå att Konventionen - med undantag för principerna om bl a legitima förväntningar - enbart skyddar mot retroaktiv strafflagstiftning. Det är emellertid klart att otillräckligt förutsebar lagstiftning som inskränker någon rättighet i Konventionen i sig utgör en kränkning av den ifrågavarande rättigheten. Det är en annan sak att alla retroaktiva effekter inte är så oförutsebara att det utgör ett brott mot laglighetsrekvisitet. ⁷⁵ Regeringsrättens slutsats att det inte återfinns ett förbud mot retroaktiv lagstiftning som har den räckvidden att avvecklingslagen inte kunde tillämpas på fallet, är enligt vårt förmenande riktig. Detsamma är däremot inte fallet med lagstiftarens ovan nämnda uttalande. Sannolikt har vi i de inhemska rättsreglerna allmänt sett ett otillräckligt skydd mot retroaktiv lagstiftning, sett i ett konventionsrättsligt perspektiv.

Även om olika synpunkter kan framföras mot enskildheter i Barsebäcksmålet, måste dock framhållas att Regeringsrätten gjorde mycket ingående prövningar avseende spörsmål som ligger nära det politiska området. Utgången i målet vad gäller de konventionsrättsliga aspekterna är inte ägnat att förvåna. Det är inte heller utan betydelse att Europadomstolen senare har uttalat att "*hur att bäst reglera användandet av kärnkraft är ett policy-beslut för varje fördragsslutande stat att ta i enlighet med demokratiska processer*". ⁷⁶ Det senare innebär inte att staterna kan förbise rätts säkerhetsgarantier, men det antyder att staterna har en vid sk "*margin of appreciation*" på området. Detta kan få stor betydelse när det gäller att bedöma frågor som "allmänhetens intresse" och proportionalitetsfrågor m.m. vid en eventuell prövning av Europadomstolen. Europadomstolen har värjt sig från politiskt kontroversiella påståenden om konventionskränkningar genom hänvändelse till denna "*margin of appreciation*" förr. ⁷⁷

⁷² Om rättssamhället i det nya Europa, Lakimies, utgiven av den Juridiska föreningen i Finland, häfte 3/2000, s 251, här 254.

⁷³ Se exempelvis målet BA Kaya och Okcuo LU mot Turkiet, dom den 8 juli 1999, para 36.

⁷⁴ Se exempelvis Hentrich mot Frankrike, dom den 22 september 1994, series A nr. 296-A, para 42.

⁷⁵ Se The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Boulding Society and the Yourshire Building Society mot Storbritannien, dom den 23 oktober 1997, Reports 1997 VII s 2325, para 81.

⁷⁶ Se Athanassoglou mfl. mot Schweiz, dom den 6 april 2000, para 54 (äer).

⁷⁷ Se exempelvis Jan Södergrens artikel, Gäller Europadomstolens principer Europadomstolen, ERT 1999 s 316.

Mer vardagligt uttryckt förefaller det dock uppenbart att Regeringsrätten tog sökandenas invändningar på mycket stort allvar.

9. SLUTORD

I många av de Konventionsmål som HD har avgjort har justitierådet Hans Danelius varit med.⁷⁸ Det förhållandet att han tidigare har varit ledamot av Europakommissionen samt fortlöpande bevakar Europadomstolens rättspraxis och redogör för dem i Svensk juristtidning, borgar naturligtvis för att konventionsfrågorna får tillräckligt beaktande i vart fall i HD. Vi anser oss också ha konstaterat en svängning i Regeringsrätten mot en mer konventionsvänlig inställning och att denna svängning sannolikt kom i nära anslutning till Lassa-gård 1997.

Vi har i denna artikel och i huvudartikeln kanske varit mer "personfixerade" än man normalt borde vara i den här typen av framställningar. Vi har haft ett särskilt syfte med detta, vilket torde ha framgått. Vi anser att konventionsstillämpningen sammantaget i allt för hög grad är godtycklig i så motto att bedömningar av konventionsfrågor i det inhemska systemet blir beroende av och varierar till följd av enskilda domares olika kunskap, intresse för och ideologiska inställning till konventionsrätten. Detta är naturligtvis inte tillfredställe-
lande.

⁷⁸ Se exempelvis NJA 1998 s204, 1998 s82, 1998 s228 och 1999 s544.

