

---

# GÄLLER EUROPADOMSTOLENS PRINCIPER EUROPADOMSTOLEN?

En granskning av Europadomstolens hantering av  
det s.k. Gustafssonsärendet.

Jan Södergren\*

---

## 1. INLEDNING

I denna artikel kommer kritik riktas mot Europadomstolen för dess hantering av Torgny Gustafssons-målet.<sup>1</sup> Gustafsson ägde och drev en restaurang och ett vandrarhem på Gotland. Han utsattes för fackliga stridsåtgärder till följd av hans vägran att ansluta sig till det svenska kollektivavtalssystemet. Saken drogs så småningom inför Strasbourg-organen där han bl.a. hävdade att hans sk negativa föreningsfrihet enligt artikel 11 i Konventionen var kränkt. Dessförinnan hade Gustafsson sålt sin rörelse. Försäljningen var enligt honom en direkt följd av de fackliga åtgärderna och han hävdade att han lidit stor ekonomisk skada. Kommissionen fann att Sverige hade kränkt Gustafssons negativa föreningsfrihet.<sup>2</sup>

Kort före huvudförhandlingen i Domstolen åberopade den Svenska staten omständigheter som inte förut hade åberopats i målet. Dessa gick ut på att Gustafsson erbjöd sämre anställningsvillkor än vad som föreskrevs i såväl kollektivavtal som lag. Gustafsson menade först att rätten att åberopa nya omständigheter i detta skede var prekluderad. Domstolen ansåg emellertid sig oförhindrad att beakta omständigheterna om den fann dem relevanta. Den kom också att formulera sig på ett sätt som klart ger vid handen att den också beaktade om-

---

\* Advokat, verksam vid Advokatbyrån Bratt & Feinsilber AB i Stockholm.

<sup>1</sup> Gustafsson mot Sverige, dom den 25 april 1996 *Reports of Judgments and Decisions* (1996–II), Domstolens nya domssamling. Nedan kommer detta mål benämnas huvudmålet. Domsamlingen förkortas nedan Reports.

<sup>2</sup> Kommissionens rapport den 10 januari 1995, dnr 15573/89.

ständigheterna – låt vara att det är omstritt vilken betydelse detta medförde för utgången i målet.

Gustafsson åberopade också motbevisning. Bevisningen kom Domstolen tillhanda först två veckor efter huvudförhandlingen men långt före det slutliga avgörandet i huvudmålet. Bevisningen kom emellertid att avvisas. Domstolen fann vid en samlad bedömning att Sverige inte hade kränkt Gustafssons rättigheter enligt Konventionen. Domstolen fann – i motsats till Kommissionen – bl.a. att Gustafsson inte hade lyckats visa att han erbjöd sina anställda ”lika eller bättre” villkor.

Sedermera avslöjade bl.a. Dagens Nyheter att de av Staten sent åberopade omständigheterna var felaktiga och rent av – åtminstone till dels – fabricerade.<sup>3</sup> Med anledning härav ansökte Gustafsson om resning<sup>4</sup> som emellertid Domstolen avlog med motiveringen att de nya omständigheterna inte hade avgörande betydelse för utgången i målet.<sup>5</sup>

Nedan följande kritik rör i huvudsak inte utgången i huvudmålet. Detta ligger tämligen väl i linje med Domstolens tidigare praxis,<sup>6</sup> under förutsättning att man delar Domstolens slutsats att Gustafsson inte lyckades visa ”lika eller bättre villkor”. Kritiken avser istället dels Domstolens slutsats att frågan om vilka anställningsvillkor som Gustafsson erbjöd, inte var av avgörande betydelse för utgången i huvudmålet vid tillfället då målet avgjordes.

Dels och kanske främst avser kritiken Domstolens hantering av de formella frågorna kring bevisningen. Det kan i hög grad ifrågasättas om inte Europadomstolen har brutit mot sina egna i praxis utvecklade principer om parternas likställighet i processen<sup>7</sup> och kontradiktionsprincipen.<sup>8</sup> Det kan vidare ifrågasättas om Domstolen fullt ut har beaktat dess devis om att ”*justice must not only be done, it must also be seen to be done*”.<sup>9</sup>

Om slutsatserna i denna artikel är riktiga har således den yttersta garanten för rättssäkerheten i Europa brutit i centrala frågor rörande just rättssäkerheten. Detta är allvarligt.

---

<sup>3</sup> DN den 20 oktober 1996 ”Staten vann på falska uppgifter”, även den 21 oktober ”Politiskt spel i rätten” och ”De anställda klagade inte hos facket” och den 29 oktober ”LO avsäger sig allt ansvar”.

<sup>4</sup> Egentligen ”request for revision” under § 60 i Domstolens då gällande procedurreglemente (Rules of the Court B).

<sup>5</sup> Gustafsson mot Sverige, Domstolen dom den 30 juli 1998, Reports 1998-V, nedan benämnt resningsärendet. Avgörandet finns tillgänglig på internet [www.dhcour.coe.fr](http://www.dhcour.coe.fr).

<sup>6</sup> Främst Sibson mot Storbritannien, dom den 20 april 1993, Serie A nr 258-A.

<sup>7</sup> Den av Europadomstolen i praxis utvecklade principen om sk *equality of arms*, först fastslagen i fallet Neumeister mot Österrike, dom den 27 juni 1968, Serie A nr 8.

<sup>8</sup> Se exempelvis Feldbrugge mot Österrike, dom den 29 maj 1986, Serie A nr 99

<sup>9</sup> Sk ”*objective impartiality*”. Principerna härom fastslogs först i fallet Piersack mot Belgien, dom den 1 oktober 1982, Serie A nr 53.

Det går naturligen inte att finna en helt objektiv sanning. Spörsmålen rör till dels bedömningsfrågor. Kritiken inskränker sig därför huvudsakligen till vad som vore rimligt, skäligt och förnuftigt, med beaktande av relevanta rättskällor och allmänna erfarenhetssatser. Med anledning härav kan det möjligen ifrågasättas om inte Domstolens slutsatser bör tagas för gott och att kritiken här rent av är att betrakta som kväljande av dom.

Emellertid framgår av Europadomstolens praxis att inte heller oberoende domstolar står över kritikrätt och att det måste falla inom yttrandefrihetens ram att t.o.m. kritisera enskilda domare.<sup>10</sup> Rätten att kritisera "*the administration of justice*" gäller naturligen också advokater, även i de mål där de själva har varit ombud.<sup>11</sup> Europadomstolen kan knappast stå över sådan kritikrätt. Till undanröjande av eventuella tvivel skall här framhållas att artikelförfattaren inte varit ombud i ärendet.

Nedan följer först en relativt fyllig redogörelse för hela ärendet. Därefter följer en analys av frågan om vad som var – eller borde ha varit – avgörande för utgången i huvudmålet. Detta avsnitt kommer att inledas med vissa utgångspunkter för analysen i termer av *ratio decidendi* och *obiter dictum*. Analys och kommentarer kring den formella hanteringen och bevisfrågorna följer herefter. Sist följer vissa slutkommentarer som bl.a. innehåller ett försök till att finna en förklaringsgrund till hanteringen av ärendet. Det medges att det sistnämnda utgör rena spekulationer.

## 2. HÄNDELSEFÖRLOPP OCH REDOVISNING AV DE OLIKA UTSLAGEN.

Sakomständigheterna i huvudmålet var följande. Torgny Gustafsson drev rörelsen från sommaren 1987 t.o.m. sommaren 1990. Han hade mindre än tio säsongsanställda varav enbart en var fackligt ansluten. Av filosofiska och politiska skäl vägrade Gustafsson ansluta sig till kollektivavtalssystemet. Han vägrade såväl medlemskap i en arbetsgivarorganisation som att teckna hängavtal. Han hävdade att han erbjöd sina anställda bättre villkor än kollektivavtalet samt att inte heller de anställda önskade en anslutning till systemet. Den enda fackanslutna medarbetaren gav också offentligt uttryck för att stridsåtgärderna var onödiga eftersom löner och arbetsförhållandena enligt de anställda inte kunde kritiseras.

Med anledning av Gustafssons vägran initierade Hotell- och Restauranganställdas förbund i juli 1987 en blockad och bojkott mot Gustafssons rörelse.

---

<sup>10</sup> Se exempelvis De Haes och Gijssels mot Belgien, dom den 24 februari 1997, Reports 1997-I.

<sup>11</sup> Se Schöpfer mot Schweiz, dom den 20 maj 1998, Reports 1998-III.

Samma månad företogs också sympatiåtgärder av Handelsanställdas förbund. Under sommaren 1988 utökades konflikten genom ytterligare sympatiåtgärder.

I början av 1991 sålde Gustafsson sin rörelse till följd av svårigheter att driva verksamheten vidare. Svårigheterna påstods vara orsakade av stridsåtgärderna.

I såväl Kommissionen som i Domstolen åberopade Gustafsson sin negativa föreningsfrihet och hävdade att de fackliga organisationerna försökte tvinga honom in i en organisation. Enligt honom hade den svenska staten en positiv förpliktelse att skydda honom från detta tvång samt att Sveriges underlåtenhet härvid stred mot artikel 11 i Konventionen.

## 2.1 Kommissionens avgörande.

Gustafsson fick gehör för sina ståndpunkter i Kommissionen. Den noterade förvisso att Gustafsson inte tvingades in i ett medlemskap eftersom han kunde teckna hängavtal. Kommissionen fann dock att det vore artificiellt och formalistiskt förneka att Gustafssons negativa föreningsfrihet berördes. Den viktigaste följden av ett medlemskap i en arbetsgivareförening är att medlemmen överlåter åt föreningen att förhandla för denne. Effekten blir densamma vad gäller tecknandet av hängavtal.

Kommissionen fann således att den negativa föreningsfriheten var tillämplig på Gustafssons fall, för att därefter gå in på en proportionalitetsprövning i det konkreta fallet.

Vid denna prövning lade Kommissionen stor vikt vid förhållandena att de anställdas villkor var bättre än de som föreskrevs i kollektivavtalet samt att fackföreningen inte företrädde någon enskild anställd hos Gustafsson. Kommissionen uttalade att ” *dessa omständigheter är särskilt betydelsefulla vid bedömningen om stridsåtgärderna kan betraktas som proportionerliga* ”.<sup>12</sup>

## 2.2 Processuella spørsmål i Huvudmålet.

Målet hänsköts till Domstolen. Huvudförhandling hölls den 22 november 1995. Drygt två månader före huvudförhandlingen åberopade Staten – i en inläga daterad den 12 september samma år – omständigheter som förut ej hade åberopats.

Enligt Staten hade en tidigare anställd under 1986 telefonledes vänt sig till Hotell- och restauranganställdas förbund med klagomål. Den anställde påstod att den erhöll cirka 900 kronor lägre lön än vad kollektivavtalet stadgade, att de anställda inte fick semesterersättning och ej heller betalt vid arbetsinställelse till

---

<sup>12</sup> Para 79 i Konventionsrapporten. Samtliga översättningar i artikeln är författarens.

följd av dåligt väder samt slutligen att Gustafsson inte hade tecknat erforderliga arbetsmarknadsförsäkringar. Staten hade vid återopandet känt till målet i nästan exakt tre år.<sup>13</sup> Gustafsson hävdade att de nya invändningarna skulle prekulderas.

Kommissionens delegat underströk att de nytillkomna invändningarna och de nya argumenten borde ha återopats redan inför kommissionen och *”invited the Court to consider very carefully what weight could be given to that information and to those arguments at this late stage of the proceedings”*.<sup>14</sup>

Domstolen fann emellertid att de nya omständigheterna kompletterade de fakta som låg till grund för Kommissionens beslut att ta upp talan till prövning – det sk *”admissability”* beslutet. Detta beslut satte i princip gränsen för återopande av ny bevisning och nya omständigheter.<sup>15</sup> Det framgår inte på vilket sätt Domstolen ansåg att de nya omständigheterna kompletterade redan återopade fakta.

I Kommissionen anförde Sverige enbart att den negativa föreningsfriheten till följd av hängavtalsalternativet inte var **tillämplig** i Gustafssons fall. Om Kommissionen skulle komma till motsatt ståndpunkt, medgav den svenska staten *”that the State was responsible for the lack of protection of the applicant’s rights under that provision. The Government do not argue that such an interference with the applicant’s right was justified”*.<sup>16</sup> Anställningsvillkoren bestreds således inte. I något som förefaller utgöra en förklaring till den ändrade inställningen hävdade Staten inför Domstolen att de påstådda anställningsvillkoren grundades på Gustafssons egna påståenden och att Staten vare sig bestred eller vitsordade dessa inför Kommissionen.<sup>17</sup>

Eftersom Domstolen fann att de nya omständigheterna kompletterade de fakta som låg till grund för Kommissionens beslut att ta upp målet till prövning, fann den sig oförhindrad att beakta de nya omständigheterna om de befanns relevanta.<sup>18</sup>

Gustafsson inkom med motbevisning i form av sex skriftliga vittnesutsagor från tidigare anställda. Enligt dessa erbjöd Gustafsson högre timpenning än kollektivavtalet, semesterersättning utgick enligt lag, det förekom ej arbetsinställelse utan lön vid dåligt väder och Gustafsson hade tecknat erforderliga arbetsmarknadsförsäkringar före det att stridsåtgärderna sattes in.

---

<sup>13</sup> Målet introducerades den 1 juli 1989. Den 14 oktober 1992 inviterades parterna att yttra sig. Statens första yttrande gavs in den 1 april 1993. Se appendix I – History of the proceedings – i Kommissionsrapporten av den 10 januari 1995.

<sup>14</sup> Para 47 i huvudmålet.

<sup>15</sup> Se exempelvis Z mot Finland, dom den 25 februari 1997, para 69.

<sup>16</sup> Para 69 i kommissionsavgörandet.

<sup>17</sup> Para 48 i huvudmålet.

<sup>18</sup> Para 51 i huvudmålet.

Den av Gustafsson erbjudna bevisningen mottogs av Domstolen den 6 eller möjligen den 7 december 1995 – dvs. två veckor efter den muntliga förhandlingen. Domstolens president lade emellertid inte bevisningen till akten, med hänvisning till ett stadgande i procedurreglerna.<sup>19</sup> Stadgandet var fakultativt men presidenten motiverade beslutet med att Gustafssons material innehöll ”*additional unsolicited observations on the merits of the case*”.<sup>20</sup> Domen meddelades således cirka 4,5 månader senare – den 24 april 1996.

### 2.3 Det materiella avgörandet i huvudmålet.

I den materiella delen i huvudmålet prövade Domstolen i sedvanlig ordning om Gustafssons negativa föreningsfrihet överhuvud var inskränkt eller – annorlunda uttryckt – om artikel 11 var tillämplig.

Domstolens majoritet fann att Gustafssons rätt till negativ föreningsfrihet i viss mån påverkades, varför artikeln 11 var tillämplig. Målet kokade därför ned till en proportionalitetsprövning. En minoritet fann – med ungefärligen samma argument som Staten – att den negativa föreningsfriheten inte ens var inskränkt<sup>21</sup> (varvid en proportionalitetsprövning inte behövde företagas).

Under rubriken ”Compliance with Article 11” fann majoriteten istället att Gustafssons rättighet i enlighet med artikel 11 inte var kränkt. Domstolen hänförde sig till två ”set of facts” fördelade på två ”paragrafer” i de operativa domskälen.<sup>22</sup> Vardera ”set of facts” innehåller i sig flera grunder och omständigheter. Något förenklat skall de här dock benämnas som ”första” respektive ”andra” grunden.

#### 2.3.1 Den första grunden.

Avseende den första grunden noterade Domstolen initialt att stridsåtgärderna måste ha inneburit en betydande påtryckning på Gustafsson att falla till föga för fackföreningens krav. Den noterade att hängavtalsalternativet inte innebar ett medlemskap i en förening men att detta alternativ samtidigt medförde mindre möjligheter att påverka framtida villkor. Å andra sidan förelåg möjligheter att skraddarsy ett hängavtal. Enligt Domstolen medförde inte hängavtalsalternati-

---

<sup>19</sup> § 39 st 1 som föreskriver att inlagor och dokument ej får inges efter den tidpunkt som har bestämts för detta, om inte presidenten ger sitt medgivande härtill.

<sup>20</sup> Para 10 i resningsärendet.

<sup>21</sup> Se ”Partly dissenting opinion of Mr Ryssdal, Mr Spelmann, Mrs Palm, Mr Foighel, Mr Pekkanen,...” mfl.

<sup>22</sup> Para 52 respektive 53 i huvudmålet.

vet några ekonomiska nackdelar i förhållande till medlemskap. Gustafsson hade inte heller påstått detta, konstaterade Domstolen.

I samband härmed noterades Gustafssons reella skäl för att inte ge efter för fackföreningens krav; nämligen hans politiska motstånd mot systemet som sådant. Artikel 11 garanterar inte en rätt att stå utanför detta system i sig, anförde Domstolen och fortsatte:

*”De positiva förpliktelserna som åligger Staten under artikel 11, inkluderat aspekten av skyddet för personliga åsikter, kan mycket väl utsträcka sig till sanktioner i samband med utövandet av ett kollektivavtalsystem, men endast när sådan behandling inkräktar på föreningsfriheten. Tvång som, vilket är fallet här, inte i väsentlig mån påverkar utövandet av denna frihet, även om det orsakar ekonomisk skada, kan inte ge upphov till en positiv förpliktelse under artikel 11”.*

### 3.2.2 Andra grunden.

Den ”andra” grunden formulerades enligt följande:

*”Vidare har klaganden inte styrkt sitt påstående att de anställningsvillkor han erbjöd var mer fördelaktiga än de som kollektivavtalet föreskrev. Med tanke på den speciella betydelse och vikt som kollektivavtal har vid reglering av den svenska arbetsmarknaden, kan inte Domstolen se någon anledning betvivla att fackföreningens agerande tjänade ett legitimt intresse som stod i överensstämmelse med artikel 11”.*<sup>23</sup>

Med hänvisning till ”det föregående” samt med beaktande av Statens ”margin of appreciation” fann Domstolen slutligen att Sverige inte hade kränkt artikel 11.<sup>24</sup>

### 2.4 Resningsärendet.

Efter avgörandet i huvudmålet framkom uppgifter som utvisade att den påstådda uppgiftslämnaren egentligen aldrig hade existerat. Det kan därför hävdas att bevisläget ”kastades” tillbaka till det som förelåg i Kommissionen. Med anledning av detta initierade Gustafsson ett resningsärende.

I resningsansökan hävdade Gustafsson han inte hade haft praktisk och effektiv möjlighet att tillbakavisa Statens sent åberopade nya omständigheter och att detta hade medfört att han inte ansågs ha styrkt de anställningsvillkor han påstod sig ha erjudit. Han yrkade därmed att Domstolen skulle ändra utgången i huvudmålet. Till stöd för ansökan åberopade han bl.a. ovan nämnda vittnes-

---

<sup>23</sup> Para 53.

<sup>24</sup> Para 54.

utsagor jämte vissa tidningsuppgifter som utvisade att Statens uppgifter var felaktiga.

Frågan om resningsansökan överhuvud skulle tas upp till prövning avgjordes först av en sk screening panel som i beslut den 13 oktober 1997 inte kunde enas. Effekten blev ändå att begäran förklarades ”*admissible*” och ansökan refererades vidare till den kammare som först dömde i huvudmålet.

Det finns skäl att kort uppmärksamma Domare DeMeyers separata yttrande till nämnda beslut. DeMeyer fann att Domstolen i huvudmålet måste ha beaktat Statens nya omständigheter. Han uttryckte i relativt skarpa ordalag att Domstolen nu borde återställa den obalans som skapades genom Statens ”sista minuten” återopande och avgöra målet på grundval av en mer fullständig akt.

Domstolen avgjorde resningsärendet den 30 juli 1998. Förutsättningarna för resning reglerades i § 60 st 1 i Domstolens dåvarande procedurreglemente, vilket har följande lydelse: ”*A party... may, in the event of the discovery of a fact which might by its nature have a decisive influence and which, when a judgment was delivered, was unknown both to the Court and to that party or the Commission, request the Court, ..., to revise the judgment*”.<sup>25</sup>

Domstolen fann att den särskilt hade att pröva huruvida de av Staten återopade nya invändningarna – ”*additional information*” – beaktades i argumentationen och konklusionerna i huvudmålet. Initialt hänförde sig Domstolen till den ”första grunden” och fann att denna var ”*sufficient to support, and were decisive for, the Court’s conclusion, having regard to the respondent Stat’s margin of appreciation, it had not failed to secure the applicant’s rights under Article 11...*”.<sup>26</sup> Den noterar att de nya omständigheterna inte nämns i denna del av domskälen<sup>27</sup> och att de enbart beaktades under den ”andra” grunden.<sup>28</sup> Domstolen underströk att den senare ”*were merely accessory*”<sup>29</sup> i förhållande till första grunden. Vidare tog Domstolen – enligt Domstolen – överhuvud ej ställning till hur det förhöll sig med de omtvistade anställningsförhållandena. Den lade snarare vikt vid ”*de allmänna intressen som åsyftades med stridsåtgärderna och särskilt den speciella roll och betydelse som kollektivavtalssystemet har vid regleringen av den svenska arbetsmarknaden*”.<sup>30</sup>

Domstolen avslög därför Gustafssons resningsansökan. En domare var skiljaktig och fann majoritetens synsätt alltför formalistisk och legalistisk och att Domstolen tolkade begreppet ”*decisive*” alltför vitt.

---

<sup>25</sup> Markerat här.

<sup>26</sup> Näst sista stycket i para 29.

<sup>27</sup> Sista stycket i para 29.

<sup>28</sup> Para 30.

<sup>29</sup> Para 31 st 1.

<sup>30</sup> Para 31 st 3.

### 3. ANSTÄLLNINGSVILLKORENS BETYDELSE FÖR UTGÅNGEN I HUVUDMÅLET

Nedan skall således analyseras om det var rimligt att den ”första grunden” var tillräcklig och avgörande för utgången i huvudmålet samt huruvida Domstolen överhuvud ej tog ställning till hur det förhöll sig med de omtvistade anställningsförhållandena, utan istället lade vikt vid ”*de allmänna intressen som åsyftades med stridsåtgärderna och särskilt den speciella roll och betydelse som kollektivavtalssystemet har vid regleringen av den svenska arbetsmarknaden*”.<sup>31</sup>

Denna fråga har betydelse för huruvida Domstolens hantering av bevisfrågorna i huvudmålet hade någon praktisk betydelse. Att det hade praktisk betydelse är inte absolut nödvändigt för en tillämpning av exempelvis principen om parternas rätt till likställighet i processen, men situationen blir naturligtvis mer tillspetsad om det på goda grunder kan hävdas att så var fallet.

Proportionalitetsprövningen spelar en central roll i denna analys. Läsaren förutsätts ha relativt goda kunskaper om principerna för en sådan prövning. Här skall emellertid följande framhållas.

Vid en proportionalitetsprövning beaktar Domstolen samtliga relevanta omständigheter i målet och gör en samlad bedömning. Det är en uttalat kasuistisk prövning. Effekterna för den enskilde av en konstaterad inskränkning skall stå i rimlig proportion till det legitima intresse som inskränkningen avser uppfylla. Det räcker inte med att en åtgärd är mest praktisk eller ändamålsenlig. Om det finns en annan mindre inskränkande lösning med vilken samma mål uppnås, skall i princip denna lösning väljas. Staterna skall också kunna påvisa ett starkt socialt behov – ”*a pressing social need*” – att tillgodose det åberopade intresset. I annat fall utgör det en kränkning av rättigheten.

Till detta skall läggas rekvisitet ”*margin of appreciation*”. Staterna har ett visst skönsmässigt utrymme att avgöra när det föreligger ett ”*pressing social need*”, men detta varierar i hög grad från situation till situation. Ytterst är det ändå Domstolen som avgör tillämpningen och vidden av detta utrymme. Det kan på goda grunder hävdas att Domstolen har givit sig själv ett stort skönsmässigt utrymme att avgöra när staterna har ett skönsmässigt utrymme. Rekvisitet har lite av ”gubben i lådan” karaktär över sig och är minst sagt lös i konturerna. Det kan emellertid inte råda någon tvekan om att rekvisitet utgör en del av proportionalitetsprövningen, varvid dess tillämpning blir beroende av vilka effekter inskränkningen får för den enskilde sett i förhållande till det intresse åtgärden eller underlåtenheten åsyftar.

Vad gäller proportionalitetsbedömningen vid påstådd kränkning av den negativa föreningsfriheten synes Domstolen inte vara helt stringent, vilket bör hål-

---

<sup>31</sup> Para 31 st 3.

las i minnet. Ett exempel härpå är det förhållandet att även åsikts- och yttrandefriheten (artiklarna 9 och 10) är sakligt tätt förknippade med såväl den positiva som negativa föreningsfriheten. Det förutsätts emellertid i det enskilda fallet att ”*it strikes at the very substance of*[artikel 11] *to exert pressure, in order to compel someone to join an association contrary to his conviction*”.<sup>32</sup> I exempelvis Young, James and Webster prövades detta under frågan om rättigheten var inskränkt/tillämplig, medan det synes ha prövats under proportionaliteten i Gustafssonsmålet.

Det märkliga i Gustafssons-målet är att Domstolen fann att den negativa föreningsfriheten var tillämplig, men inte tillräckligt tillämplig. Ändå gick den vidare och prövade anställningsförhållandena i det konkreta fallet. Redan detta ger upphov till frågan om den första grunden verkligen kan ha varit så avgörande som Domstolen påstår i resningsärendet.

### 3.1 Rättsfallsanalysen i termer av *ratio decidendi* och *obiter dicta*.

Domstolen fann således i resningsärendet att frågan om anställningsförhållandena inte hade avgörande betydelse för utgången i huvudmålet.

Frågan vad som var avgörande för utgången i huvudmålet kan lämpligen analyseras i termer av *ratio decidendi* (ratio) och *obiter dicta* (dicta). Distinktionen är ursprungligen anglosaxisk,<sup>33</sup> men som tankemodell torde den nyttjas vid rättsfallsanalyser i de flesta rättssystem där utgångspunkten är att lika fall skall behandlas lika.

Distinktionen mellan ratio och dicta begagnas – som bekant – för att uttröna vilka uttalanden av en domstol i ett konkret fall som var avgörande för utgången i målet. Man brukar säga att om de omständigheter som ligger till grund för ett ratio ej hade existerat, så hade målet fått den motsatta utgången. Enligt Anglo-saxisk doktrin utgör ett ratio – såsom en tumregel – ”*a general rule without which a case must have been decided otherwise*”.<sup>34</sup> Alla andra uttalanden utgör *dicta*. Rättsfallsurfolkaren behöver således göra ett hypotetiskt test. Ett sätt att utföra detta är att reversera meningsinhållet i den grund som är föremål för analysen. Grunden utgör ett dictum om målet utifrån gällande och relevanta

<sup>32</sup> Jrf exempelvis Young, James and Webster, dom den 13 augusti 1981, Serie A nr 44, para 57.

<sup>33</sup> I enlighet med doktrinen om *stare decisis*, som ytterst reglerar den formella bundenheten vid tidigare avgöranden. Denna del skall emellertid inte diskuteras här. Det är tillräckligt konstatera att Europadomstolen i kanske ännu högre grad än andra prejudikat instanser hänför sig till och känner sig bunden av sina tidigare avgöranden, även om det i teorin enbart är fråga om en relativ bundenhet.

<sup>34</sup> Rupert Cross and J.W Harris, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford 1991, s 49. Med ”general rule” torde åsyftas såväl den rättsregel som explicit eller implicit kan utläsas av de aktuella domskälen som de rätts- och bevisfakta som ligger till grund för domstolens slutsats.

rättskällor och tolkningsmetoder samt allmänna logiska förnuftsmässiga grunder och erfarenhetssatser, alltså kan erhålla samma utgång som om meningsinnehållet ej hade reverserats. Ett typexempel på ett dicta är när en domstol – kanske i klargörande syfte – uttalar sig om och drar slutsatser av omständigheter som inte är för handen i det konkreta målet. Om emellertid utgången inte hade kunnat bli densamma vid en sådan hypotetisk reversering, måste emellertid grunden ha varit nödvändig för utgången och utgör således ett ratio.<sup>35</sup>

Vad som komplicerar denna analys i förevarande fall är att frågan om anställningsvillkoren hos Gustafsson prövades vid en proportionalitetsbedömning. I fall där ett intresse vägs mot ett annat genom att bildligt talat lägga vikter i respektive vågskål, måste det alltid ifrågasättas vilken betydelse det får för balansen om en vikt flyttas från den ena vågskålen till den andra. Detta gäller även om den aktuella vikten i sig själv enbart utgör en mindre del av ”totalvikten”. Vid en proportionalitetsprövning torde det således finnas mindre utrymme hävda att en enskild omständighet ”*were merely accessory*” i förhållande till den bärande grunden.

I resningsärendet framhölls förvisso att resning utgör ett extraordinärt rättsmedel och att förutsättningarna härför måste underkastas en strikt prövning.<sup>36</sup> Oavsett vad ”strikt prövning” innebär, kan ”*decisive influence*” rimligen inte omfatta något mer än att målet skulle erhållit en annan utgång om det prövats på korrekta grunder.

Eftersom Domstolen i resningsärendet hade att tolka dess tidigare dom för uttröna vad som var avgörande för utgången är analysen särskilt relevant i förevarande fall. Här skall således undersökas om det är en rimlig ståndpunkt hävda att huvudmålet hade erhållit samma utgång, även om Gustafsson kunnat visa att han erbjöd ”lika eller bättre” villkor. Härvid skall då också beaktas att frågan om anställningsförhållandena så att säga flyttades från Statens vågskål i huvudmålet till Gustafssons vågskål i resningsärendet.

## 3.2 Första grunden.

### 3.2.1 Allmänt om första grunden.

Initialt skall noteras att grunden böljar fram och tillbaks med resonemang i termer av *pros and cons*. Domstolen diskuterar i huvudsak skillnaderna mellan hängavtal och medlemskap och även betydelsen av åsikts- och yttrandefrihets-

---

<sup>35</sup> Detta hypotetiska test är inspirerat av vad man i anglosaxisk rätt benämner Wambough's-test och som har använts sedan i vart fall 1894. Här hämtat från Rupert Cross and J.W Harris, *op cit*, s 52.

<sup>36</sup> ”*strict scrutiny*”, para 27.

aspekterna. Ehuru Domstolen redan tagit ställning till om rättigheten är tillämplig, kommer den fram till att den inte är tillräckligt tillämplig.

### 3.2.2 Skillnaden mellan hängavtal och medlemskap.

Såsom angivits ovan jämförde Domstolen i huvudmålet olika aspekter på hängavtal och medlemskap, ställt i relation till den negativa föreningsfriheten. Man bör här ha i minnet Kommissionens slutsats att det vore artificiellt och formalistiskt förneka att även hängavtalsalternativet berörde Gustafssons föreningsfrihet. Den ståndpunkt var knappast obefogad och det synes som Domstolen har haft denna i minnet när den formulerade första grunden.

Domstolen framhöll istället möjligheten att i viss mån skraddarsy ett hängavtal. Det måste emellertid framhållas att arbetsgivarens förhandlingsposition inte är särskilt stark om arbetstagarorganisationen till *syvende og sidst* alltid kan tvinga arbetsgivaren att teckna avtal. Paradoxalt har Domstolen genom i vart fall resningsärendet i än högre grad minskat möjligheten att utan fackliga organisationers goda vilja skraddarsy hängavtalen. Det torde stå helt klart att en arbetsgivare som utsätts för påtryckningar att ansluta sig till kollektivavtalssystemet i Sverige ej med framgång ens kan åberopa sig på Konventionen, vare sig nationellt eller inför Europadomstolen. Domstolen synes därvid genom resningsärendet ha undergrävt sitt eget argument i huvudmålet.

Domstolen anför vidare att det inte fanns – och det hade ej heller åberopats – några ekonomiska nackdelar med att teckna hängavtal i förhållande till ett medlemskap. Här uttalar sig Domstolen om förhållanden som inte förelåg i det konkreta fallet. Uttalandet utgör således ett *dictum* och detta kan därför inte i sig utgöra skäl för domslutet.<sup>37</sup> Det kan däremot tjäna som en värdefull upplysning om att domslutet möjligen kunde blivit ett annat, om så vore fallet. Därtill kan ifrågasättas om jämförelsen i här angivet hänseende är adekvat. Vid det aktuella tillfället var åtminstone såväl hängavtal som medlemskap i regel förenat med vissa arbetsmarknadsavgifter. Så var emellertid inte fallet vid ett fullständigt utanförskap. Detta understryker närmast likheterna mellan hängavtal och medlemskap. I ekonomiskt hänseende torde därför istället en jämförelse mellan ett fullständigt utanförskap och en anslutning till systemet som sådant vara mer adekvat.

Gustafsson åberopade emellertid inte några ekonomiska nackdelar, utan politiska och filosofiska skäl för att stå utanför hela systemet som sådant. Den väsentliga prövningen vad gäller första grunden borde därför ha varit de artikel 9

---

<sup>37</sup> För såvitt detta inte utgör ett absolut krav för att kunna bifalla talan, vilket rimligen inte är fallet.

och 10 relaterade åsiktsskäl. Dessa måste också rimligen ställas mot fackför-  
eningens skäl för tvånget. En analys av detta kommer att ske strax nedan.

Sammanfattningsvis kan sägas att det hade varit fullt möjligt för Domstolen  
att inta samma ståndpunkt som Kommissionen i denna del, utan att det där-  
med i efterhand med fog hade kunnat hävdas att Domstolen därmed dömde  
”fel”. Därför kan det inte hävdas att denna del av den första grunden var så stark  
att den kunde utgöra ett självständigt ratio.

### 3.2.3 Åsiktsskäl.

Vad som återstår att analysera beträffande den första grunden är således Dom-  
stolens slutsatser beträffande åsiktsskäl. Vid en normal proportionalitetspröv-  
ning torde det logiskt sett inte vara möjligt att separera den ena partens skäl för  
en vägran från motpartens skäl för tvånget.

Gustafsson underströk inför Domstolen att han istället för att underkasta sig  
själv och sina anställda facklig kollektivisering, önskade bibehålla det personliga  
förhållande som förelåg mellan honom som arbetsgivare och hans anställda.  
Det är rimligt att Gustafssons personliga invändningar av detta slag måste vika,  
om det finns anledning anta att enskilda inte erhåller rimliga anställningsvill-  
kor.

Saken ställer sig annorlunda om arbetsgivaren erbjuder lika eller bättre vill-  
kor. Då framstår fackförningens skäl för åtgärderna närmast som politiskt/fi-  
losofiska eller såsom ett uttryck för en ren maktdemonstration. Om arbetsgiva-  
ren kan påvisa ”lika eller bättre” villkor kommer i praktiken ”åsikt” att ställs  
mot ”åsikt”. Den vars åsikt ”betvingas” får ge vika för den tvingande partens  
åsikt. Detta rimmar dåligt med principen om att en åtgärd skall vara proportio-  
nerlig i förhållande till det syfte som avses uppnås med inskränkningen.

Det nyss nämnda hänger också samman med de anställdas uppfattning i frå-  
gan. I första stycket i artikel 11 nämns särskilt rätten att forma och anta med-  
lemskap i fackliga organisationer. Domstolen uttalade i Young, James and  
Webster, att denna ”frihet” också innefattar ett visst mått av valfrihet avseende  
rättighetens utövande.<sup>38</sup> De anställdas vilja kan således inte vara utan betydelse  
i sammanhanget. När Statens uppgifter visade sig vara felaktiga, fanns det knap-  
past anledning att betvivla att arbetstagarnas intressen var väl tillgodosedda och  
att inte heller de önskade en anslutning till systemet. De anställdas vilja fram-  
gick också med önskvärd tydlighet av den bevisning som Gustafsson åberopade  
men som kom att avvisas. Såsom man får läsa resningsärendet tillerkändes ar-  
betstagareorganisationen rätten att vidta tvångsåtgärder i syfte att tillgodose så-

---

<sup>38</sup> Cit ovan, para 52, ”it adds that the notion of freedom implies some measure of freedom of choice as  
to its exercise”.

dana intressen som redan var tillgodosedda och tvärs emot de anställdas vilja, vars intressen åtgärderna syftade att tillgodose.

Enligt min uppfattning är det därför mycket svårt att dra någon annan slutsats än att frågan om anställningsvillkoren de facto utgjorde ”tungan på vågen” i huvudmålet. Om enbart första grunden och statens margin of appreciation skulle forma ratiot, skulle domskälen förefalla påfallande svaga och stå öppen för kritik. Det sagda blir än mer tydligt om man ser till Domstolens genomgående domskrivningsteknik och det sätt på vilket den normalt prövar nödvändighetsrekvisitet. Detta skall diskuteras strax nedan.

### 3.2.4 Trollat bort proportionalitetsprövningen.

Den kanske främsta orsaken till att ifrågasätta om anställningsvillkoren ändå inte hade en avgörande betydelse för utgången i huvudmålet är följande. Domstolen företog i resningsärendet en tolkning av domskälen i huvudmålet. Vid en sådan tolkning måste naturligen även beaktas Domstolens vedertagna domskrivningsteknik och normala sätt att uttrycka sig. Som kommer framgå nedan har Domstolen med dess tolkning av huvudmålet i resningsärendet, tydligt frångått sin vedertagna och utpräglad kasuistiska domskrivningsteknik. Som är redovisat ovan hävdade Domstolen i resningsärendet att den i huvudmålet överhuvud ej tog ställning till hur det förhöll sig med de omtvistade anställningsförhållandena, utan snarare lade vikt vid ”*de allmänna intressen som åsyftades med stridsåtgärderna och särskilt den speciella roll och betydelse som kollektivavtalssystemet har vid regleringen av den svenska arbetsmarknaden*”. Den praktiska konsekvensen av denna tolkning blir därtill att Domstolen synes ha ”trollat bort” den i andra stycket artikel 11 påkallade proportionalitetsprövningen.

Det finns här först anledning att något diskutera Domstolens kasuistiska domskrivningsteknik. I var och vart annat mål där det är påkallat uttalar Domstolen att den ”*should confine itself as far as possible to examining the question raised by the case before it*”. Så gjorde domstolen Young, James and Webster. I det fallet underströk den detta ”*once again*” och uttalade att dess uppgift inte var att undersöka det i målet aktuella ”closed-shop systemet”<sup>39</sup> som sådant, eller att uttala en åsikt om varje konsekvens eller form av tvång som detta kunde medföra. Den hade att begränsa dess prövning till effekterna av systemet såsom de påverkade klagandena i det aktuella målet.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Ett system med avtal om exklusiv rätt för särskilt utpekade fackklubbar att organisera arbetskraften på en given arbetsplats.

<sup>40</sup> Para 53.

Genom att i resningsärendet hänvisa till de allmänna intressena som åsyftades med stridsåtgärderna och kollektivavtalssystemets generella betydelse i Sverige – med mindre eller ingen tonvikt på effekterna av systemet med avseende på klaganden i det aktuella målet – har Domstolen tveklöst gjort ett avsteg från dess vedertagna domskrivningsteknik. Redan detta ger upphov till frågor.

Det bör vidare framhållas att Domstolens uppfattning i resningsärendet avseende anställningsförhållandenas ”ringa” betydelse för utgången, på intet sätt framgår av ordalydelsen i huvudmålet, utan först genom resningsärendet. Domstolens tolkning i resningsärendet av domskälen i huvudmålet tappar högst betydligt i trovärdighet, genom dess tillämpning av en tolkningsmetod som rimmar mycket dåligt med Domstolens normala domskrivningsteknik; särskilt som det inte framgår explicit av huvudmålet.

Vid en granskning av huvudmålet isolerat framstår anställningsvillkoren närmast som ”tungan på vågen” – dvs det yttersta ratiot. Jag är inte heller ensam om att tolka huvudmålet på detta sätt. Det finns här anledning att uppmärksamma det sk Kellermanmålet,<sup>41</sup> vilket avgjordes av svenska AD efter domen i huvudmålet, men före resningsärendet. AD företog i Kellerman en tämligen ingående analys av Domstolens resonemang avseende proportionalitetsprövningen i Gustafssons-målet.

AD konstaterade följande med hänvisning till de konkreta omständigheterna i Kellerman.

*”Förbundet, som har två medlemmar på arbetsplatsen, har velat teckna ett särskilt kollektivavtal med bolaget. Förbundet har inte krävt att bolaget skall gå in som medlem i någon arbetsgivarorganisation. Bakgrunden till förbundets krav på kollektivavtal är bl.a. att förbundet gör bedömningen att dess medlemmars ekonomiska intressen främjas genom ett sådant avtal. Förbundet har som exempel på detta angett att dess medlemmar genom kollektivavtalet skulle bli berättigade till särskild övertidsersättning, något som ostridigt inte är fallet enligt de anställningsvillkor som nu tillämpas av bolaget.*

*En tillämpning på det föreliggande fallet av de principer som Europadomstolen har angett i domen Gustafsson mot Sverige kan enligt arbetsdomstolens mening inte föranleda att de av förbundet varslade stridsåtgärderna bedöms som stridande mot bolagets föreningsrätt enligt Konventionens artikel 11”.*

AD hänvisar således till Förbundets skäl för tvånget; nämligen medlemmarnas ekonomiska intressen och framhåller att kollektivavtalet är mer fördelaktigt i ett visst hänseende. Den initiala hänvisningen till att Förbundet inte kräver arbetsgivarens medlemskap i en arbetsgivarorganisation utgör närmast en utgångspunkt för den fortsatta prövningen. Anställningsvillkoren framstår definitivt inte som ett *obiter dicta*. Tvärtom har AD formulerat sig som att målet med

---

<sup>41</sup> Dom 1998-02-11, nr 17/98 i mål nr A 238/97.

nödvändighet skulle ha erhållit den motsatta utgången om anställningsvillkoren i kollektivavtalet inte i något hänseende hade varit bättre än de som bolaget erbjöd – dvs anställningsvillkoren utgjorde en del av *ratio*. Med Domstolens tolkning i resningsärendet har således även AD tolkat huvudmålet ”felaktigt”.

### 3.3 Sammanfattning och konklusioner avseende de materiella frågorna.

Sammanfattningsvis kan således följande konstateras. Med resningsärendets tolkning har sålunda Domstolen i huvudmålet gjort ett klart avsteg från dess gängse kasuistiskt präglade domskrivningsteknik, vilket därtill framgår först vid en läsning av resningsärendet. Enligt mitt förmenande har huvudmålet närmast erhållit en annan innebörd genom tolkningen i resningsärendet. Även AD synes ha ”missförstått” domskälen i huvudmålet. Det förefaller därtill som att den i andra stycket i artikel 11 stadgade proportionalitetsprövningen inte längre skall företas i här aktuella situationer. I vart fall synes inte svenska fackliga organisationer anse det nödvändigt att företaga en proportionalitetsprövning när de överväger stridsåtgärder i syfte att tvinga en arbetsgivare in i kollektivavtalssystemet.<sup>42</sup> Inte heller lagstiftaren synes efter resningsärendet anse att en proportionalitetsavvägning behöver företagas enligt konventionen. Lönebildningsutredaren Svante Öberg föreslog i sin utredning<sup>43</sup> proportionalitetsregler vid konflikter på arbetsmarknaden. I dagarna när detta skrivs uttalade biträdande näringsminister Mona Sahlin<sup>44</sup> att sådana regler inte skall införas.<sup>45</sup> Det är talande att AD före resningsärendet ansåg det nödvändigt att utifrån en analys av huvudmålet företaga en proportionalitetsprövning medan lagstiftaren inte anser en sådan nödvändig efter resningsärendet.

Såsom det något tillspetsat har formulerats ovan fann Domstolen därtill att den negativa rätten var tillämplig men inte tillräckligt tillämplig. För det första haltar detta resonemang betänkligt; ”*You cannot be half pregnant.*” En artikels tillämplighet är rent språkligt och logiskt men också i Domstolens praxis ett odelbart begrepp. Om en artikel är tillämplig, måste också prövas om inskränkningen uppfyller de krav som stadgas i andra stycket i den tillämpliga artikeln. Under alla omständigheter kom Domstolen fram till detta i samband med en diskussion om Gustafssons skäl för sin vägran; dvs ovan diskuterade åsiktsskäl. När således Gustafssons skäl för sin vägran vägdes in, måste rimligen också fackets skäl för tvånget vägas in vid en proportionalitetsbedömning. Detta gällde

<sup>42</sup> Det har framgått i media att fackliga organisationer har företagit stridsåtgärder mot ensamföretagare i syfte att förmå dem att teckna hängavtal, trots att de inte har några anställda.

<sup>43</sup> Sou 1998:141, Medling och lönebildning.

<sup>44</sup> I rapport den 31 mars 1999. Se även SvD den 1 april.

<sup>45</sup> Däremot förbjuds i det kommande lagförslaget stridsåtgärder mot arbetsgivare som ej har några anställda, en tämligen ringa inskränkning i konflikträtten.

särskilt som de av Domstolen funna skillnaderna mellan hängavtal och medlemskap är långt ifrån invändningsfria. Det var därför enligt mitt förmenande logiskt och nödvändigt för Domstolen i huvudmålet att gå vidare med en prövning av fackens motiv till tvånget i det enskilda fallet; nämligen de påstått sämre anställningsförhållandena.

När således Domstolen till följd av Statens sena återopanden fann att Gustafsson inte hade styrkt sina påståenden om ”lika eller bättre villkor”, är det en rimlig ståndpunkt att inte ”se någon anledning att betvivla att fackföreningens agerande tjänade ett legitimt intresse...”. Det synes därtill som en mer balanserad och proportionerlig lösning att ålägga arbetsgivare bevisbördan beträffande anställningsvillkoren i det konkreta fallet än att alltid ”tillåta” stridsåtgärder enbart med hänvisning till kollektivavtalssystemets allmänna betydelse. Samma syfte torde uppnås med båda lösningarna, men den förra är mindre ingripande för den enskilde. En lösning där AD – som i Kellerman – med tillämpning av ovan nämnda bevisbörderegeln prövar i konkreta fall om en stridsåtgärd är proportionell, motiverar knappast heller det höga tonläge som hördes från fackligt håll. En sådan lösning kunde knappast anses utgöra det grundskott mot arbetarrörelsen som gjordes gällande i debatten. Den ligger i stället helt i linje med hur en proportionalitetsprövning normalt borde utfalla. Såsom rättsläget ser ut efter resningsärendet torde Staten i princip kunna lagstifta om att kollektivavtalen skall gälla samtliga; vilket emellertid synes strida mot den i Young, James and Webster konstaterade relativa frihet vad avser den negativa rättens utövande.

Slutsatsen blir här därför att frågan hur det förhöll sig med anställningsvillkoren utgjorde förhållanden i huvudmålet, utan vilka målet med nödvändighet borde ha erhållit motsatt utgång. Frågan om anställningsförhållandena i det konkreta målet torde således ha utgjort det yttersta ratiot. Domstolens motsatta uppfattning i resningsärendet har enligt min mening klara drag av en tillskrivad efterhandskonstruktion.

#### 4. DEN FORMELLA HANTERINGEN

Det är två moment i den formella hanteringen som kan ifrågasättas. Det första är Domstolens accepterande av Statens sent återopade nya omständigheter. Det andra är vägran att komplettera domsakten med Gustafssons motbevisning. Det är därför uppfattningen här att detta har rubbat balansen mellan parterna på sådant sätt att det kommer i konflikt med av Domstolen själv utmejslade principer om parternas jämnställdhet i processen (*equality of arms*).

I en rad avgöranden har Domstolen funnit kränkningar när klaganden inte har beretts tillfälle att bemöta uppgifter i det skriftliga processmaterialet inför

de nationella domstolarna. Inledningsvis nämndes Neumeister och Feldbrugge.<sup>46</sup> Nedan skall detta utvecklas ytterligare utifrån senare mål.

Emellertid var det enligt mitt förmenande tveksamt att överhuvud tillåta Statens sena återopanden. Domare Martens skiljaktiga mening i huvudmålet är värd att notera. Han konstaterar att parterna förvisso har rätt att återropa ”nya” fakta som inte har återopats inför Kommissionen. Emellertid begränsas denna rätt genom vad han benämner principerna om ”*fair procedure*”. Att återropa tillkommande omständigheter som kompletterar och/eller klargör de omständigheter som Kommissionen har lagt till grund för sin ståndpunkt är tillåtet. Detta framgår bl.a. av fallet McMichael,<sup>47</sup> i vilket Domstolen fann att nya återopanden är tillåtna om de har karaktären ”*either of further particulars as to the facts underlying the complaints declared admissible by the Commission or of legal arguments relating to those facts*”. Domare Martens ståndpunkt var emellertid att nya fakta som står i rak motsats till dem som Kommissionen funnit, i princip inte bör tillåtas om parten kände till dem eller med iakttagande av rimlig omsorgsfullhet borde ha känt till dem vid Kommissionsbehandlingen. Domare Martens ståndpunkt påminner starkt om ursäktsrekvisitet i RB 50 kap 25 §, vilket synes utgöra en förnuftig och rimlig reglering. Den motsägs inte heller av McMichael.

Domaren Martens har därtill stöd för sin ståndpunkt i såväl Konventionen som i senare praxis. Enligt då gällande artikel 28 a skulle Kommissionen tillsammans med parterna företa en utredning i syfte att klarlägga omständigheterna. De berörda staterna skulle härvid och skall alltjämt ”*på alla sätt underlätta ett effektivt genomförande av utredningen*”. Svarandestaterna hade således ett särskilt ansvar tillse att omständigheterna blev klart utredda redan inför Kommissionen.

Vad avser senare praxis kan Gündem-målet<sup>48</sup> nämnas. I detta mål befanns svarandestaten prekluderad<sup>49</sup> från att bestrida äktheten i vissa dokument inför Domstolen eftersom inget hade hindrat den från att bestrida äktheten under Kommissionsbehandlingen.

Detsamma syntes ha gällt i Gustafssons fall. Inget hindrade den svenska staten från att bestrida Gustafssons påstående om vilka anställningsvillkor han erbjöd redan inför Kommissionen. Enligt Domare Martens förnekade inte Staten att den givits ”*ample opportunity*” att presentera sina ståndpunkter där. Det synes svårt att inte hålla med Domare Martens om att Statens återopande i Domstolen står i motsats till Statens inställning i Kommissionen och att Statens un-

---

<sup>46</sup> Se fotnot 7 och 8 ovan.

<sup>47</sup> McMichael mot Storbritannien, dom den 24 februari 1995, Serie A nr 307 B, s 51, para 73. Målet återopades också av Domstolen i huvudmålet.

<sup>48</sup> Gündem mot Turkiet, dom den 28 maj 1998, Reports 1998-III.

<sup>49</sup> Benämns ”estoppel”.

derlåtenhet att bestrida de av Gustafsson påstådda anställningsvillkoren fick gå på Statens risk.

Hur det än förhåller sig med detta ter sig Domstolens avvisning av Gustafssons bevisning under rådande omständigheterna än mer anmärkningsvärd. Det finns här anledning att beakta Vermeulen-målet.<sup>50</sup> Klaganden i det målet hade inte fått vetskap om och således inte kunnat ge sina synpunkter på vad advokatgeneralen hade anfört i ett mål inför Kassationsdomstolen. Även vid beaktande av advokatgeneralens skyldighet att förhålla sig objektiv och ge synpunkter på rättstillämpningen ansåg Domstolen att detta förhållande inkräktade på hans rätt till ”*adversarial proceedings*”. Med detta avses att parterna skall ha möjlighet i såväl brottmål som civilmål erhålla vetskap om och möjlighet att kommentera all bevisning och alla påpekanden<sup>51</sup> som har anförts i målet och som syftar till att påverka domstolens beslut. Detta gäller även – enligt Domstolen – sådana påpekanden som gjorts av en objektiv advokatgeneral. Detsamma gäller naturligtvis i än högre grad avseende påpekanden och åberopanden som gjorts av en motpart; särskilt när fråga är om invändningar avseende sakförhållanden. I förevarande fall fick Gustafsson förvisso vetskap om Statens sena åberopanden, men hans motbevisning underkändes. Han fick således inte möjlighet att kommentera Statens åberopanden på sådant sätt att hans synpunkter och bevisning kunde beaktas i domskälen eller i domslutet.

Det är möjligt att de båda besluten var för sig kunde motiveras. Även detta ter sig emellertid högst tvivelaktigt. Sammantaget förefaller det högst sannolikt att Domstolen hade förklarat en dylik hantering som stridande mot artikeln 6 och principerna om parternas likställighet i processen, om samma hantering hade företagits av en inhemsk domstolen och detta hade kommit under Europadomstolens prövning.

Här skall slutligen återanknytas något till den under avsnitt 3 diskuterade frågan om de nya omständigheterna hade avgörande betydelse för utgången i målet. Som angivits ovan var det primärt Kommissionens sak att utreda och klargöra fakta – dvs utreda och utföra bevisvärderingen. Detta har upprepats av Domstolen i åtskilliga fall. Det har därtill i dessa fall angivits att Domstolen enbart avviker från Kommissionens ”*fact-findings*” i exceptionella fall.<sup>52</sup> I huvudmålet ändrade Domstolen tveklöst Kommissionens bevisvärdering, i så motto att Kommissionen utgick från att Gustafsson erbjöd bättre eller lika villkor, medan Domstolen i huvudmålet fann att detta inte var styrkt. Vad var så exceptionellt i huvudmålet att det föranledde Domstolen att ändra Kommissionens

---

<sup>50</sup> Vermeulen mot Belgien, dom den 20 februari 1996, Reports 1996-I, s 233, para 33. Detta har även bekräftats i flertalet mål härefter, bla J.J. mot Nederländerna, dom den 27 mars 1998 Reports 1998-I.

<sup>51</sup> Benämt ”*observations*”.

<sup>52</sup> Se Gülec mot Turkiet, dom den 27 juli 1998, para 69, med vidare hänvisningar till Aksoy mot Turkiet, dom den 18 december 1996, Reports 1996-VI, s 2272, mfl.

bevisvärdering? Och hur kunde Domstolen i resningsärendet finna att fråga om anställningsvillkoren inte hade avgörande betydelse för utgången i huvudmålet, samtidigt som Domstolen i huvudmålet uppenbarligen funnit att det förelåg exceptionella skäl att ändra Kommissionens bevisvärdering just avseende dessa omständigheter?

## 5. SLUTKOMMENTARER

Det finns således en mängd frågetecken i såväl materiellt som formellt hänseende. Sammanfattningsvis är det svårt frigöra sig från misstanken att frågan om anställningsvillkoren spelade en direkt och avgörande roll för utgången i huvudmålet och att hanteringen av bevisfrågorna därvid också fick praktisk betydelse. Intill dess att någon initierad med övertygelse kan visa på motsatsen, är det min uppfattning att Domstolen flagrant har brutit mot sina egna principer, vilket föranleder frågan i rubriken: ”Gäller Europadomstolens principer Europadomstolen”?

Det är knappast möjligt efter en sådan redogörelse som ovan att inte spekulera i varför hanteringen av Gustafssons ärende ter sig anmärkningsvärd och reser så många frågetecken. Domen har kritiserats för att ha varit politisk. Om det i detta ligger ett påstående om att domarna har tagit ställning utifrån ideologiska grunder, har kritiken knappast fog för sig. Därtill verkar inte Europadomstolen i ett politiskt vakuum. Viss politisk hänsyn ryms under rekvisitetet ”*margin of appreciation*”. I praktiken har Domstolen – som ovan nämnts – ett relativt stort utrymme att utnyttja detta rekvisit när den exempelvis finner att en politiskt känslig fråga snarare bör hanteras inom varje enskilt land. Helt obegränsat kan dock inte detta utrymme vara. Processen måste bibehålla sin karaktär av att vara juridisk. Vidare är rekvisitetet inte frikopplat från proportionalitetsprövningen. Lika fall måste därill behandlas lika och alla andra rättsäkerhetsaspekter som karakteriserar en rättsprocess av västerländskt snitt måste bibehållas. Det får inte ens framstå som att Domstolen har fallit till föga för politiska påtryckningar.

Det har i detta fall inte varit en hemlighet att den svenska staten efter regeringsskiftet 1994 hade haft mycket svårt att acceptera en fällande dom mot Sverige. Under behandlingen av resningsärendet framfördes det från fackligt håll ett milt uttryckt kontroversiellt förslag för den händelse resningsärendet skulle leda till fällande dom. Det föreslogs att Sverige då skulle avträda Konventionen för att återinträda med reservation för den negativa föreningsfriheten.

För den oinvidge förefaller det som att Domstolen har tagit betydande hänsyn till sin egen legitimitet och ställning. I den förvisso oförutsedda situation

*J. Södergren*

som uppstod,<sup>53</sup> har detta skett på bekostnad av juridiska principer och rättssäkerheten.

Måhända har Domstolen i Gustafssonsärendet närmast intagit fotbollsliberos roll och sett som sin främsta uppgift att hålla rent framför eget mål.

Om rättvisa har skipats, så har det i vart fall inte sett ut som att så har skett.

---

<sup>53</sup> DN:s avslöjande av Statens falska åberopanden.

---

DEBATT

---

