

Eivind Smith

Olof Petersson (red.)

# Konstitutionell demokrati

**SNS** författningsprojekt

SNS Förlag

**Konstitutionell demokrati**

Böcker från SNS författningsprojekt

*Samhällskonsten* – OLOF PETERSSON, 1999

*Sveriges konstitutionella urkunder*, 1999

*Sveriges författning efter EU-anslutningen* – KARL-GÖRAN ALGOTSSON, 2000

*Europas författning*, 2000

*Vägar förbi och igenom partier* – DAG ANCKAR, LAURI KARVONEN,  
GUY-ERIK ISAKSSON, 2001

*Äganderätt och demokrati* – KARL-GÖRAN ALGOTSSON, 2001

*Att förbättra demokratin* – ROGER D. CONGLETON, 2002

*Effekter av valsistem* – CARSTEN ANCKAR, 2002

*Vem styr?* – PER MOLANDER, JAN-ERIC NILSSON, ALLEN SCHICK, 2002

*Grundlagens makt* – EIVIND SMITH (RED.), 2002

*På spaning efter folkviljan* – PER MOLANDER, HANNU NURMI, 2003

*The Constitution as an Instrument of Change* – EIVIND SMITH (ED.), 2003

*Staten och kommunerna* – PER MOLANDER (RED.), 2003

*Politiska partier i den europeiska författningen* – KARL MAGNUS JOHANSSON,  
TAPIO RAUNIO, 2004

*Kammare, kommuner och kabinett* – LARS DAVIDSSON, 2004

*De politiska spelreglernas betydelse* – OLOF PETERSSON (RED.), 2004

*Partier och ansvar* – ÅSA BENGTSSON, KIMMO GRÖNLUND (RED.), 2004

*Konstitutionell demokrati* – EIVIND SMITH, OLOF PETERSSON (RED.), 2004

Eivind Smith och Olof Petersson (red.)

# Konstitutionell demokrati

**SNS** författningsprojekt

SNS Förlag

SNS Förlag  
Box 5629  
114 86 Stockholm  
Telefon 08-507 025 00  
Telefax 08-507 025 25  
E-post order@sns.se  
Hemsida: www.sns.se

Studieförbundet Näringsliv och Samhälle är ett fristående nätverk av ledande beslutsfattare i privat och offentlig sektor med engagemang i svensk samhällsutveckling. Syftet är att skapa underlag för rationella beslut i viktiga samhällsfrågor genom forskning och debatt.

SNS författningsprojekt analyserar konsekvenserna av konstitutionella förändringar. Sverige står inför ett stort antal författningspolitiska handlingsalternativ. Projektets uppgift är att ge ett systematiskt kunskapsunderlag för dessa konstitutionella vägval. Forskningsprojektets huvudfinansier är Knut och Alice Wallenbergs Stiftelse. Denna bok har också möjliggjorts av ett forskningsanslag från Stiftelsen Riksbankens Jubileumsfond. Projektets hemsida <http://www.const.sns.se>

*Konstitutionell demokrati*

Eivind Smith och Olof Petersson (red.)  
Första upplagan  
Första tryckningen

© 2004 Författarna och SNS Förlag  
*Omslag och grafisk form* Göran Eklund  
Sättning FaktorsTjänst AB  
Tryck Elanders Infologistics Väst AB, Mölnlycke 2004  
ISBN 91-7150-964-X

# INNEHÅLL

- 1. Konstitutionell demokrati som begrepp och som ideal 7**  
*Eivind Smith & Olof Petersson*
- 2. Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister? 42**  
*Caroline Taube*
- 3. Konstitutionella snedsteg – en studie av svensk trohet mot grundlag 71**  
*Thomas Bull*
- 4. Finansmakten – i konstitutionens centrum och periferi 90**  
*Fredrik Sterzel*
- 5. Lagstiftningsmakten och förordningsmakten 122**  
*Fredrik Sterzel*
- 6. Riksdagsledamöternas och statsrådets rättsliga ansvar 154**  
*Olle Lundin*
- 7. Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag? 172**  
*Karin Åhman*
- 8. System för lagstiftningskontroll 205**  
*Caroline Taube*



# 1. Konstitutionell demokrati som begrepp och som ideal

Eivind Smith & Olof Petersson

## Europas gemensamma arv

I Europas moderna historia bildar tiden efter Berlinmurens fall en viktig brytpunkt. De ideologiska och militära gränserna hade försvunnit. Nu skulle demokratiska styrelseformer befästas över hela den europeiska kontinenten. Men vilka krav skulle ställas på ett sådant statsskick?

Inom ramen för organisationen för säkerhet och samarbete i Europa möttes ett stort antal stats- och regeringschefer i Paris 1990 för att dra upp riktlinjerna för ett nytt Europa. De enades bakom ett dokument som fick namnet "Parisstadgan för ett nytt Europa". Detta dokument sammanfattar de grundläggande värdena för det politiska styrelseskicket. Det kan ses som ett uttryck för en gemensam europeisk syn på vad "demokrati" skall anses innebära.

Idén om demokrati härrör från tanken på folksuveränitet, att all offentlig makt utgår från folket, som det heter i regeringsformens portalparagraf. Även Parisstadgan formulerar grundsatsen att: "Ett demokratiskt styrelseskick grundar sig på folkets vilja, vilken regelbundet kommer till uttryck i fria och rättvisa val" och slår fast att demokratin "medför ansvar inför valmanskåren". Härom råder knappast någon oenighet.

Men den representativa demokratin är inte ensam tillräcklig. I Parisstadgan kommer detta bl.a. till uttryck genom påminnelsen att demokratin också medför "en förpliktelse för myndigheterna att följa lagen och en opartisk rättskipning. Ingen står över lagen". Det är viktigt att lägga märke till att "lagen" inte endast avser en lag i teknisk mening, utan även konstitutionella och andra rättsliga regler som gäller i det demokratiska samhället.

I ett nordiskt sammanhang är det också intressant att demokratin grund enligt Parisstadgan "utgörs av respekten för människan och rättsstaten". Enligt Europas gemensamma arv, som det exempelvis formulerades i Paris 1990, kan alltså den representativa demokratin grundvärde

inte avskiljas från de värden som ligger i rättsstat och människovärde. Tvärtom är det alltså så att ”ett demokratiskt styrelseskick” bygger på dessa värden. Denna tradition har också satt viktiga spår i regeringsformens första kapitel. Däremot är det inte alltid som ett sådant synsätt genomsyrar dagens debatt om demokratins utmaningar i Sverige och i de andra nordiska länderna.

Det tänkesätt som kommit till uttryck i Parisstadgan har djupa rötter i europeisk historia. Enligt den franska rättighetsförklaringen 1789 är målet för varje politisk samfällighet att bevara människans rättigheter. I vår tid har motsvarande tanke tagits upp i den allra första paragrafen i Finlands nya grundlag från år 2000: ”Konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet och den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället”. Och i Parisstadgan heter det bl.a. att det ”är en regerings främsta plikt att skydda och främja” mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.

Folksuveränitet är alltså en nödvändig, men inte en tillräcklig, förutsättning för ett demokratiskt styrelseskick. En välfungerande demokrati förutsätter ett minimum av stabila spelregler. Dessutom måste majoritetens vilja utövas på ett sätt som värnar ”respekten för människan och rättsstaten”.

### **Konstitutionell demokrati**

Den styrelseform som på detta sätt har fått officiellt erkännande som grundläggande för den europeiska samhällsordningen, kan ges beteckningen konstitutionell demokrati. Begreppet kan ses som en parallell till en statsform som var vanlig under det europeiska 1800-talet, nämligen konstitutionell monarki (Smith 1997). Under den period som föregick parlamentarismen och den allmänna rösträtten regerade en konung. Men monarkens makt var inte absolut, utan begränsades av konstitutionella regler. Kungen delade makten med ett parlament, som hade inflytande över lagstiftningen och budgeten, och domstolar utövade en självständig dömande makt inom vissa ramar.

I den norska grundlagen från 1814 heter det fortfarande att rikets regeringsform, dvs. styrelseskick, är inskränkt monarkisk. Ordet ”inskränkt” uttrycker samma sak som att Norge är en konstitutionell, alltså begränsad, monarki.

”Konstitutionell demokrati” är i första hand ett begrepp som bildats genom en sammanfogning av de två element som orden själva ger besked

om. Styrelsesätten skall uppfylla demokratins grundläggande krav och det skall utövas inom de gränser som sätts av landets konstitution. Här ställs vi inför kärnan i "konstitutionell demokrati" som *begrepp*, dvs. som tankevässigt redskap för systematisk analys.

Så länge dessa minimikrav respekteras, så att det över huvud taget är rimligt att karaktärisera landet som en konstitutionell demokrati, ger begreppet utrymme för mer eller mindre olikartade styrelsesätt. En viktig forskningsuppgift är att klargöra vilka krav på styrelsesättet som kan utläsas av ett lands konstitution, exempelvis Sveriges regeringsform. I princip, men inte alltid i praktiken, kan det vid varje tidpunkt ges ett klart svar.

Sammanfogningen av "konstitutionell" och "demokrati" bildar en legering med delvis unika egenskaper. Det demokratibegrepp som formulerats i exempelvis Parisstadgan sammanfattar en värdegrund. Denna värdegrund kan få betydelse som måttstock oavsett vad som vid en given tidpunkt fastslås i ett lands konstitution. Värdegrunden kan därför användas som utgångspunkt för att ställa krav på ett lands konstitution, krav som kan härledas ur en annan källa än de rättsregler som vid en viss tid gäller i ett visst samhälle. Konstitutionell demokrati blir därmed ett ideologiskt eller politiskt *ideal*.

En individ, såsom en filosof, eller en grupp, såsom ett politiskt parti, kan givetvis utforma sin egen idealversion av en konstitutionell demokrati ner i minsta detalj. Men det måste understrykas att idealet om konstitutionell demokrati, som det uttolkats i Parisstadgan, inte har något helt precist innehåll eller helt fasta konturer. Det finns heller inte någon exakt betydelse som är "sann" eller som kan härledas från någon allena rådande uppfattning. Idealet innebär exempelvis att det i en demokrati är nödvändigt att tillförsäkra vissa fri- och rättigheter. Men därmed är det inte bestämt exakt på vilket sätt som exempelvis yttrandefriheten skall avgränsas. Idealet att vissa fri- och rättigheter skall garanteras innebär inte heller att alla positiva värden i ett samhälle bör eller kan nedläggas som konstitutionellt tillförsäkrade rättigheter. Ekonomiskt vore det knappast möjligt och den dagsaktuella politikens spelrum skulle bli alltför snävt.

Var gränsen mer exakt skall dras mellan det som låses fast i ett konstitutionellt arrangemang och det som bäst regleras genom vanlig lagstiftning och budgetreglering måste bestämmas genom öppen debatt och politiska beslut. Det väsentliga är att utgå från den grundläggande utmaningen som ligger i den konstitutionella demokratin som ideal. Idealet bygger på tan-

ken att den representativa, och för den skull även den direkta, demokratin behöver vissa spelregler och viss avgränsning.

Men vore inte oinskränkt makt för den politiska majoriteten mer demokratisk än en styrelseform som sätter gränser för majoritetens makt? För att åter hänvisa till den norska grundlagens terminologi: I vad mån kan tanken på en "inskränkt demokrati", inte bara en "inskränkt monarki", försvaras?

Svaret beror uppenbart på vad man menar med demokrati. Denna bok bygger på uppfattningen att den goda demokratin inte endast kan förverkligas genom majoritetsstyre. Den påstår även att en konstitutionell demokrati är mer demokratisk än en oreglerad majoritetsstyrelse. Frågan gäller inte utgångspunkten om *att* folket skall styra; detta råder det i dag allmän enighet om. Problemet är i stället *hur* folket skall utöva sin makt.

### Konstitutionalism

Ordet "konstitutionalism" förekommer ofta i samband med denna diskussion. Ordet är uppenbarligen på något sätt relaterat till fenomenet "konstitution". Ofta uppträder uttryck som "konstitutionella principer", "grunddrag i demokratiska konstitutioner" eller "accepterade konstitutionella normer" som mellanled. Ett exempel är Maddex, som definierar "constitutionalism" som:

Adherence to constitutional principle, not necessarily to a particular constitution. A law that is not in conflict with the express provisions of a particular constitution may nevertheless be unconstitutional because it is in conflict with accepted constitutional norms (Maddex 1996).

Det finns ingen rättsligt bindande definition av ordet konstitutionalism. Därmed blir det i bästa fall oklart vad en författare som Maddex menar med att en lag kan vara "unconstitutional" utan att stå i strid med den konstitution som den själv är ett utflöde av. En möjlighet är att han sätter sig själv eller andra jurister i rollen som en "filosofkung", som påstår att vissa normer "gäller" i ett givet samhälle utan att ta hänsyn till vad som bestämts av behöriga politiska organ. Sådana uppfattningar kan man från och till stöta på, särskilt i debatter om s.k. grundrättigheter. Men vi har redan gjort klart att denna bok *inte* utgår från att idealen i sig själva sätter rättsliga gränser för den politiska handlingsfriheten i ett land. Detta gäller oavsett om idealet kallas "konstitutionalism" eller "konstitutionell demokrati".

Viktigare än vad Maddex kan ha menat med sitt uttalande är att det inte heller har avtecknat sig någon bred enighet om en precis innebörd av uttrycket "konstitutionalism". Härav följer att exakt *vilka* former för maktindelning, *hur omfattande* rättigheter etc. som följer av en "konstitutionalistisk" position, inte kan fastställas generellt och en gång för alla. Det är primärt *perspektivet* (eller *idealet*), inte de detaljerade regler och krav som den ena eller andra författaren formulerat, som förtjänar vår uppmärksamhet (Taube 2001, Karvonen 2003).

Detta är viktigt att påpeka, eftersom det finns en utbredd tendens till att hänvisa till "konstitutionalism" som en färdig uppsättning krav på ett lands styrelsesätt. Men ett sådant innehåll kan ordet bara ges på grundval av ideologiska förutsättningar som ligger utanför ordet självt. Det är därför som ordet konstitutionalism inte sällan används på ett sätt som gör att det, med rätt eller orätt, ger intryck av att upphovsmannen talar med en viss politisk tendens. Vanligen är det ståndpunkter som lägger stor vikt vid konstitutionellt garanterade fri- och rättigheter och på maktindelning med domstolar i en framträdande position; inte sällan ligger etiketten nyliberalism här nära till hands. Mer allmänt rör det sig ofta om krav på mer eller mindre omfattande konstitutionella gränser för majoritetens makt, bl.a. genom olika former för "maktindelning" och gränser för vad som kan beslutas utan ändringar i den skrivna konstitutionen.

Mot denna bakgrund riskerar den som väljer att ge ordet "konstitutionalism" en central plats i sin argumentation att tillskrivas fler ideologiska positioner än vederbörande själv avsett ("den som hävdar A menar säkert också B, C och D ..."). Ett försvar för en viss lagprövningsrätt kan sålunda, men behöver inte alls nödvändigtvis, vara förknippat med ett starkt engagemang för fri- och rättigheter. Sådana sammankopplingar förekommer emellertid (ex. Holmström 1998, 461) och utgör ett starkt skäl för att undvika termen "konstitutionalism". Det finns också en tendens till att "konstitutionalism" blir något som man antingen är för eller emot. Författningsdebatten skulle må bättre utan detta slag av förutbestämda positioner.

Både ordets flertydighet och dess tendens till (avsedd eller underförstådd) ideologisk laddning gör att ordet "konstitutionalism" har stora nackdelar som redskap för en vetenskaplig analys. Därför undviker vi det i denna bok.

## ”Konstitutionell”

Att adjektivet ”konstitutionell” är bildat av substantivet ”konstitution” är visserligen sant, men föga vägledande. Såväl i facklitteratur som i dagsdebatt används nämligen ordet ”konstitution” i tämligen skilda betydelser. Inte sällan är det oklart vad som egentligen avses; det finns ofta anledning att misstänka att fler än en betydelse läggs in i uttrycket.

Som bakgrund till det fortsatta resonemanget kan det därför vara anledning att ta utgångspunkt i en lista över några centrala användningssätt för ordet ”konstitution” (i vissa användningar är ord som ”grundlag” eller ”författning” helt eller delvis synonymer). En sådan förteckning kan exempelvis se ut så här:

- a) En samling rättsregler av överordnad juridisk dignitet (*lex superior*),
- b) en text som fungerar som nationell symbol (i det typiska fallet har den varit statsbildande, såsom i USA och Norge),
- c) en beskrivning av de faktiska styrelsesätten (som den svenska användningen tenderar till, liksom med inom statsvetenskapen ofta använt språkbruk),
- d) ett ideal (som t.ex. den ena huvudbetydelsen av uttrycket ”konstitutionell demokrati” i denna bok),
- e) en samling rättsliga och/eller sociala normer, skrivna och oskrivna, som åtnjuter en synnerligen hög grad av stabilitet (en användning som är vanlig i litteraturen om politisk ekonomi och *public choice*),
- f) ett internationellt fördrag om att etablera (konstituera) eller omorganisera en internationell institution (det bästa exemplet är det europeiska framtidskonventets förslag till ”ett fördrag om upprättande av en konstitution för Europa”, närmare bestämt de delar av Europa som ingår i Europeiska unionen (Europas grundlag, 2003).

För att förstå fenomenet ”konstitution” är det nödvändigt att förstå att samma fenomen kan ha två eller flera olika betydelser. En text kan samtidigt vara både *lex superior* och en historiskt betingad symbol för nationen (som t.ex. i USA eller Norge), en annan kan ha en stark beskrivande ambition utan att därför helt sakna juridisk substans (såsom i Sverige) etc. Dessutom kan en aspekt (som stark symbolkraft) belysa andra sidor hos ett lands konstitution (t.ex. varaktighet). Men inget av detta hindrar att man, som i denna bok, koncentrerar sig till en enda av de möjliga betydelserna.

Det är lätt att finna exempel på att debattörer och andra använder samma ord, men i själva verket talar om olika saker, ofta helt omedvetet. Om en debatt om ”konstitutionella” frågor skall vara meningsfull är det sålunda viktigt att vara medveten om mångfalden i detta adjektiv.

### **”Konstitutionen” som juridiskt begrepp**

I listan över olika sätt att använda ordet ”konstitution” är den första (bokstav a) den mest intressanta i ett juridiskt perspektiv. Det är denna betydelse som bildar utgångspunkt för perspektivet i denna bok. När ”konstitution” betraktas som en uppsättning överordnade rättsregler (*lex superior*) öppnas ett viktigt perspektiv på folkstyrelsens organisering.

I varje demokrati finns det en samling rättsregler om hur staten skall styras och om vad den offentliga makten kan användas – och inte användas – till utan att den aktuella delen av konstitutionen själv ändras. I olika länder bär denna samling rättsregler olika namn (såsom grundlag, statsförfattning, regeringsform och konstitution). Här använder vi som regel den samlade beteckningen ”konstitution”, som dominerar i engelsk och fransk vokabulär.

Det germanska ordet ”författning” ligger närmare svensk tradition, men är flertydigt i svensk juridisk terminologi; de föreskrifter som publiceras i ”Svensk författningssamling” (SFS) betecknas exempelvis som ”författningar”, även om de är av högst olika rättslig valör. Här väljer vi därför att undvika detta ord, med vissa undantag. Ordet ”författningsdomstol” är exempelvis så vedertaget att det är att föredra framför det mer precisa, men mer svåränvända, ordet ”konstitutionsdomstol”.

En konstitution kan vara skriven eller oskriven. I så gott som alla länder är konstitutionens kärna i dag samlad i ett politiskt fastställt dokument. Sverige skiljer sig genom att ha flera ”grundlagar”. Finland hade tidigare en liknande situation, men ersatte år 2000 regeringsformen och andra lagar med grundlagsstatus med ett enda dokument, som i svensk språkdräkt benämns ”Finlands grundlag”.

De två länder av demokratisk karaktär som saknar en fullt utvecklad skriven konstitution (Storbritannien och, åtminstone ännu så länge, Israel) kan vi i detta sammanhang bortse från. Vi utgår sålunda från konstitutionen såsom den är formaliserad i ett politiskt fastställt dokument.

Men skillnaden mellan skriven och oskriven konstitution bör inte över-skattas. För det första måste den gällande författningstexten tolkas och resultatet av denna tolkning, det som de skrivna reglerna i själva verket ”be-

tyder”, kan stämma överens mer eller mindre väl med ett mer vardagligt läsesätt. För det andra brukar det vanligtvis växa fram praxis som utfyller konstitutionen eller ändrar dess funktionssätt. I vissa länder (såsom USA) har utvecklingen i riktning att inte bara lägga till utan också att genom tolkning ändra konstitutionens innehåll gått relativt långt; detta beror inte minst på att formella ändringar i USA är orimligt svåra att få till stånd. I Sverige är utvecklingen än så länge mycket blygsam (se närmare Thomas Bulls kapitel i denna bok). Men fenomenet kan därför inte avvisas som ointressant för den som vill förstå konstitutioners karaktär och funktions-sätt (se vidare nedan).

Varje skriven konstitution inrymmer alltså vissa element av oskriven karaktär. Mot bruket av ordet ”grundlag” i stället för ”konstitution” talar att en sådan terminologi lätt leder till att man förbiser konstitutionens oskrivna element. Men kärnan ligger likaväl i texten. Det är den som blivit föremål för politiskt beslut och konstitutionens framtida innehåll kan ändras genom nya politiska beslut i samma form. Detta är en viktig del av idealet om konstitutionell demokrati.

Den skrivna konstitutionen kan vara kortfattad eller utförlig. Om den är utförlig kan den läsas som en sammanfattning och beskrivning av de viktigaste reglerna som gäller för det politiska systemet i det aktuella landet. En *deskriptiv konstitution* har till syfte att svara på frågan om hur det faktiska styrelseskicket är. Dessutom säger den vanligen något om hur styrelseskicket är avsett att fungera och vilka grundprinciper som det vilar på. Den svenska regeringsformen ger flera exempel, såsom uttalandena i portalstadgandet om att ”all offentlig makt i Sverige utgår från folket” och att ”den offentliga makten utövas under lagarna”. I empiriskt avseende är det inte säkert att detta är helt ”sant”. Men båda påståendena säger något viktigt om det officiella Sveriges syn på sig självt, eller om den bild som man önskar att förmedla till utomstående (Smith 2000). De flesta konstitutioner rymmer element vilkas avsikt snarast är att teckna en idealbild av landets styrelseskick. Från historien vet vi att förhållandet mellan ideal och verklighet kan vara synnerligen konfliktfyllt.

I den mån som ambitionen att avspegla det faktiska styrelseskicket är uppfyllt – med hänsyn till exempelvis detaljeringsgrad och aktualitet – är konstitutionen liktydig med en beskrivning av några empiriska huvuddrag i ett lands styrelseskick. Länder kan klassificeras med utgångspunkt i deras konstitution. En demokratisk konstitution kännetecknas sålunda främst av förekomsten av allmänna och fria val osv.

En viktig ambition bakom den skrivna konstitutionen i Sverige har varit att relativt noggrant beskriva landets styrelseskick så som det är; på något sätt är den alltså tänkt som ett slags statsvetenskaplig lärobok i hur Sverige styrs. Om liv och lära skiljer sig åt så skall grundlagarna ändras för att ånyo ge en rättvisande beskrivning av det faktiska styrelsesättet (Fiske-sjö 1991). Därmed reduceras radikalt behovet av att domstolar eller andra uttolkar vad som är konstitutionens rätta mening.

Men ett sådant perspektiv är inte tillräckligt för att förstå de svenska grundlagarna. På en lång rad punkter fungerar regeringsformen även som bindande norm. Valsystemet är ett exempel. Riksdagen väljs för en period av fyra år, inte tre eller fem, just därför att regeringsformen så bestämmer. Den som – utan att avvakta en ändring av regeringsformen – anser att fyra år är för lite och därför beslutar att valet skall uppskjutas ett år, gör sig skyldig till en form av statskupp.

Detta bildar utgångspunkten för en *normativ konstitution*. En sådan svarar inte på frågan hur det är, men på frågan hur det skall, kan eller bör vara. En sådan konstitution befinner sig överst i ett hierarkiskt ordnat system av rättsregler och är i princip bindande även för lagstiftaren. Genom utvecklingen under de senaste årtiondena är nästan alla demokratiska konstitutioner i Europa numera av en sådan karaktär. Sett i historiskt perspektiv kan denna förändring utan överdrift karaktäriseras som dramatisk.

En ”normativ” konstitution utsäger inte utan vidare vem som i det enskilda fallet bestämmer vad som är konstitutionens närmare innebörd. I Europa har det dominerande svaret genom historien varit att det är den politiska maktens egen uppgift, genom mekanismer som tvåkammerssystem och exekutivt veto (Elster 1993, Smith 2002). Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att lagstiftaren genom att anta en lag automatiskt har avgjort att den ligger innanför konstitutionens gränser. Det har därmed inte funnits någon möjlighet att få denna ståndpunkt överprövad av ett oberoende, beslutande organ utanför politiken själv.

En överordnad, normativ konstitution kan bli starkare när den som hävdar att den har kränkts, och som inte vinner gehör i politiken, kan få frågan avgjord av en oberoende domstol. I dag är detta den vanliga lösningen i demokratiernas Europa. Om kontrollen utförs av allmänna domstolar, såsom i USA, Norge och Sverige, eller av specialiserade författningsdomstolar, som i flertalet europeiska länder, är i detta perspektiv av mindre betydelse (se närmare i Caroline Taubes kapitel om kontrollsys-

stem). Men systemets närmare utformning, systemet för domarrekrutering etc. kan givetvis ha betydelse för kontrollens praktiska resultat.

### **Konstitutionen som uttryck för vertikal maktindelning**

Sättet att uppfatta konstitutionens ställning kan sålunda variera starkt, även inom gruppen av demokratiska stater. Det är en central forskningsuppgift att analysera de svenska grundlagarna i detta avseende. Utgångspunkten är ett begrepp där konstitution avser en samling rättsregler som anger hur en politisk samfällighet skall, kan eller bör styras. Den åtnjuter en särskild dignitet i hierarkin av rättsregler.

Denna bok tar upp ett antal viktiga aspekter av den svenska *regeringsformens* ställning och innehåll. Övriga tre grundlagar behandlas endast i den mån som de är relevanta för ett mer övergripande resonemang. Omvänt är det i vissa fall befogat att även beakta *riksdagsordningen*, exempelvis vid en diskussion om finansmaktens konstitutionella grundval (se närmare Fredrik Sterzels kapitel om detta). Eftersom riksordningen (som framgår av RF 8:16) är svårare att ändra än vanliga lagar intar den en mellanställning mellan lag och grundlag; den kan därför karaktäriseras som semikonstitutionell.

I ett juridiskt perspektiv måste begreppet ”konstitution” definieras efter de aktuella reglernas rang och genomslagskraft i förhållande till andra regler i samma rättssystem. Tanken på ett sådant system tar sin utgångspunkt i *ändringsproceduren*; denna är nämligen inte densamma för alla typer av rättsregler.

Den avgörande frågan är hur lätt eller svårt det är att formellt ändra en rättsregel; hur lätt eller svårt det är rent politiskt att få en ändring till stånd är en annan sak. Centrala element i en sådan jämförelse är hur stor majoritet som krävs för att fastställa, ändra eller upphäva en viss regel, om det krävs en viss väntetid före det avgörande beslutet, om det räcker med ett enda beslut eller om det behövs två beslut (t.ex. med mellanliggande val) samt om fler än ett beslutsorgan måste medverka (t.ex. två av parlamentets kammare, både parlamentet och statschefen eller en folkomröstning som godkänner parlamentets beslut). Som synes kan beslutsprocessen längs alla dessa tre dimensioner vara mer eller mindre komplicerad (Petersson 2003).

Skillnaderna när det gäller ändringsprocedur, dvs. hur svårt det är att få till stånd ett beslut, gör det möjligt att uppställa en *hierarki* av rättsregler med högre respektive lägre rang. I Sverige har exempelvis beslut av regeringen (förordningar) lägre rang än lagar beslutade av riksdagen. Mest

omfattande krav gäller för ändring av grundlag (RF 8:15), medan t.ex. riksdagsordningen som nämnts hamnar i en mellanställning mellan grundlag och vanlig lag.

I den svenska författningsdebatten är det vanligt att stöta på ordet ”maktindelning”. Vanligen avses då en uppdelning eller utspridning av makt mellan två eller flera offentliga organ. Oftast gäller det *horisontell* maktindelning inom statens egen maktapparat: mellan riksdag, regering, riksbank, domstolar etc. Andra gånger avses *vertikal* maktindelning: mellan EU, statsmakten, kommuner, medborgare etc.

I denna debatt förbiser man ofta den grundläggande form för maktindelning som råder inom den hierarki som följer av skillnaderna i ändringsprocedur för olika slags rättsregler i rättssystem med en fungerande konstitution. Om denna ordning respekteras följer ett viktig potential för tydlighet och klara ansvarsförhållanden. Om man vill genomföra en politisk reform så krävs beslut i en viss bestämd ordning; i det ena fallet kanske det krävs ändring i den skrivna konstitutionen, i det andra fallet kanske reformen ligger innanför gällande lagstiftning och ett regeringsbeslut blir därmed tillräckligt.

Även här kan man tala om en vertikal maktindelning. Primärt handlar det här om det inbördes förhållandet mellan olika slags rättsregler. Men eftersom ändringsmakten är utspridd mellan olika organ och olika beslutsformer är det också fråga om maktindelning mellan olika offentliga organ. I det demokratiperspektiv som anläggs i exempelvis RF 1:1, om att all offentlig makt utgår från folket, är det viktigt att lägga märke till att det är konstitutionen som ligger folksuveräniteten närmast.

### **Konstitutionen som den högsta lagen?**

När vissa förutsättningar är uppfyllda ger en rangordning av beslutsprocedurer också grund för att tala om rättsregler av överordnad och underordnad karaktär. Detta pekar på ett begrepp som hänger nära samman med tanken på ett hierarkiskt ordnat system av rättsregler. I ett sådant system kan regler längre ner i systemet inte ges ett innehåll som står i strid med regler högre upp. Om sådana regler, med motstridande innehåll, trots allt skulle införas så måste de stå tillbaka för regler som befinner sig ovanför i systemet.

För att beteckna ett sådant system är det vanligt att tala om *lex superior-principen*. Detta innebär att regler högre upp i systemet inte kan ändras eller kringgås genom beslut längre ner i systemet: en vanlig lag kan ex-

empelvis inte användas för att motsäga eller ändra något som följer av konstitutionen. Om denna förutsättning inte var för handen, så skulle skillnaderna mellan olika ändringsprocedurer förlora sin mening.

I ett hierarkiskt perspektiv kan man alltså inte säga att nationella rättsregler står hindrande i vägen för ett önskvärt politiskt resultat; däremot kan andra omständigheter, såsom folkrättsliga bindningar eller ekonomiska begränsningar, givetvis stå hindrande i vägen för en reform. Principen om *lex superior* innebär helt enkelt att riksdagen inte kan använda vanlig lag för att fatta beslut som till sitt innehåll strider mot grundlag eller riksdagsordning. Om de politiskt ansvariga likväl önskar att åstadkomma ett resultat som en överordnad rättsregel står i vägen för, så får de helt enkelt ta den tid som krävs, och försöka skapa det politiska stöd som fordras, för att ändra den aktuella bestämmelsen i konstitutionen eller riksdagsordningen. Därmed bortfaller motsättningen mellan den politiska vilja som fanns nedlagd i rättsreglerna före det att ändringen ägt rum och den nya viljeinriktning som växt fram.

Alla demokratiska länder med en skriven konstitution har *i princip* en regelhierarki i den meningen att en kategori av rättsregler har högre, eller lägre, rang i förhållande till andra kategorier. Om konstitutionen också kan sägas vara överordnad i den betydelsen att lagstiftning som strider mot den blir utan den juridiska verkan som tillkommer vanlig lag, kan vara något svårare att avgöra.

I några länder, exempelvis USA och Norge, är ett sådant över- och underordningsförhållande etablerat genom rättspraxis under ett par hundra år och genom att andra grenar av statsmakten i stort sett har accepterat domstolarnas avgöranden. Men den praktiska betydelsen av sådan kontroll kan variera, bl.a. eftersom både lagstiftningsaktiviteten och domstolarnas vilja att ta ställning i politiskt kontroversiella frågor kan skilja sig åtskilligt mellan olika länder och olika tidpunkter.

I andra länder följer en motsvarande ordning uttryckligen ur konstitutionen. Ett viktigt exempel ger den tyska grundlagen, som bestämmer att även den lagstiftande makten är bunden av "den konstitutionella ordningen" (artikel 20.3). Den ger också en rad regler som syftar till att tillförsäkra att den upprätthålls i praxis. Bland de centrala instrumenten finns författningsdomstolar i varje delstat och på förbunds nivå.

Den svenska regeringsformen innehåller ingen motsvarande bestämmelse. Tvärtemot *kan* den läsas som uttryck för det synsätt som länge dominerade i Europa (Smith 1997). Orden i regeringsformens inledningspa-

ragraf om att: ”Den offentliga makten utövas under lagarna”, inte under konstitutionen, stämmer med ett sådant system.

Enligt detta synsätt är det lagstiftningen som bestämmer vad offentliga organ, däribland domstolarna, skall bygga på när de utövar sin makt. Konstitutionen finns förvisso för att bestämma hur lagstiftning går till och vad den går ut på. Men när lagstiftningen väl finns på plats så är det därmed avgjort vilka regler som domstolar och andra myndigheter skall bygga på när de tillämpar lagen i enskilda fall. Förhållandet mellan konstitution och vanlig lag är det i sista instans den lagstiftande makten själv som bedömer, med bindande verkan för andra offentliga organ och för enskilda.

Mot en sådan tolkning av regeringsformen som uttryck för en ”lagstat” (Petersson m.fl. 1999) talar paragrafen om lagprövning (RF 11:14), som varit i kraft sedan 1980. Denna bestämmelse kan läsas just som en formalisering av *lex superior*-principen (Smith 2000). Men när man nalkas hierarkins topp så är bestämmelsen relativt tillbakahållen. Det är endast när konflikten mellan konstitutionen och vanlig lag är ”uppenbar” som bestämmelsen i vanlig lag inte skall tillämpas.

Härtill kommer att inskränkningen i regeringsformens bestämmelse om lagprövning inte endast gäller riksdagen utan också regeringen. Ett sådant privilegium för regeringsmakten är sällsynt i demokratiska länder. Det samma gäller ännu mera den försvagning av lagstiftningens genomslagskraft i förhållande till regeringen som ligger i att uppenbarhetsrekvisitet (se nedan) gäller *också* i förhållande till vanlig lag.

Det kan alltså tänkas att en lag eller ett regeringsbeslut (en förordning) som enligt exempelvis domstolarnas uppfattning står i strid med grundlag ändå får rättsverkningar på samma sätt som bestämmelser som ligger klart innanför grundlagens gränser. Åsidosättandet av lagar och regeringsbeslut som strider mot grundlagen och av regeringsbeslut som strider mot lag skall ske endast i fall som konflikten med en högre rättsregel kan karaktäriseras som ”uppenbar”.

Hur stor betydelse som ett sådant förbehåll har i praxis kan nu diskuteras. Domstolarna kommer säkert vanligtvis att undvika att formulera sig så att en sådan situation tillspetsas. Under alla omständigheter är det de själva som bestämmer vad som skall krävas för att något skall vara ”uppenbart”. Så länge som de svenska grundlagarna har den karaktär som de för närvarande har är det alltså inte säkert att det praktiskt sett är så viktigt om kravet på uppenbarhet behålls eller tas bort.

Om detta är korrekt så måste det innebära att en ändring inte i sig själv skulle öppna portarna för det som ibland beskrivs som en omfattande överföring av makt från politiskt ansvariga organ till domstolarna. Och då bör de starka skälen *mot* att behålla dagens formulering få slå igenom. Om man över huvud taget vill att grundlagarna skall tas på allvar så blir tanken att rättsregler kan vara giltiga även om de står i strid med grundlag i bästa fall paradoxal.

Såsom lagprövningsparagrafen (RF 11:14) är formulerad i dag är det svårt att se att den ger någon tydlig signal om att grundlagarna är bindande också för riksdagen (och för regeringen). Det ligger lika nära till hands att se den som en bekräftelse på, och möjligen också ett klargörande av, att det lagstatsperspektiv som formuleras i RF 1:1 skall gälla också längst upp i regelhierarkin. Den ringa rättspraxis som existerar i Sverige kring dessa frågor ger inget säkert belägg för att hävda att undantaget från *lex superior*-principen på denna punkt inte längre gäller.

### **Ändring av konstitutionen utan ändring av texten**

Koncentrationen på ändringar i den skrivna konstitutionen kan ge intryck av att ändringar endast kan äga rum på detta sätt. Men detta intryck är alltför enkelt. Som redan nämnts kan ändringar i konstitutionens innehåll i praktiken också ske på andra sätt (Smith 2003).

Den viktigaste källan till ändring av konstitutionens innehåll utan ändring i dess text är omtolkning av den befintliga texten. I land där domstolar spelar en viktig roll på det konstitutionella området kommer mycket av uppmärksamheten att riktas mot praxis i sådana organ (USA ger ett extremt exempel). Men domstolar kan i praktiken aldrig vara ensamma att bestämma vad som är konstitutionens rätta innehåll vid varje given tidpunkt. Den tillämpas också av andra organ, inte minst av parlament och regering. Dessutom är det inte alls säkert att alla oklarheter förs inför domstol; något sådant vore knappast önskvärt. Och i länder där domstolarna spelar en mer marginell roll som uttolkare av konstitutionen, såsom i Sverige, riktas uppmärksamheten i stället till andra centrala organ; i Sverige främst riksdagen och dess organ (Bull 2002, Smith 2002b).

Ett annat fenomen som kan tänkas leda till konstitutionell ändring utan ändringar i texten är praxis i strid med den skrivna konstitutionen med det innehåll som den har enligt en naturlig läsning eller som det i tidigare perioder varit bred enighet om. Utgångspunkten är att enstaka avvikelser från gällande konstitution inte får någon sådan effekt; i princip gäller det snarare re-

gelbrott som i mer extrema fall kan leda till ansvar för aktörerna (se närmare i Olle Lundins kapitel nedan). Men om man inte reagerar, och det första brottet tvärtom följs av flera andra, hamnar man förr eller senare i ett dilemma (Christensen 2002). Hur länge kan man hävda att det inte har hänt något som har rättslig relevans? När måste man tvärtom acceptera att en ny, på praxis grundad, regel har ersatt den som följer av konstitutionens text?

Det är rimligt att anta att betydelsen av både omtolkning och praxis i strid med den skrivna konstitutionen ökar bl.a. med dess ålder och textens generalitet (Smith 2003). De svenska grundlagarna är relativt nya och dessutom är de relativt detaljerade. Dessutom ändras texten tämligen ofta med syftet att hålla den ”fräsch” så att nytolkning inte skall bli nödvändig. Men detta är självfallet inte nog för att helt utesluta möjligheten för omtolkning eller varaktiga grundlagsbrott genom praxis. En text måste alltid tolkas för att få mening och det är heller inte alltid möjligt att samla den breda konsensus som i praktiken krävs för att få till stånd en sådan formell ändring av texten som krävs för att ge den ett överenskommet innehåll (som när det gäller exempelvis äganderätten). Även i Sverige är frågan av en viss aktualitet (se Thomas Bulls kapitel). Men om sådana ändringar får en betydande omfattning så försvagas konstitutionens potential som politiskt redskap (se nedan) i motsvarande mån.

I båda dessa sammanhang måste det understrykas att gränsen inte är skarp mellan å ena sidan innehållsmässig ändring och å andra sidan tolkning eller praxis inom ett legitimt område för tvivel eller med sikte på fenomen som inte är reglerade i den skrivna konstitutionen. Dessutom är det viktigt att ha i minnet att ingen konstitution säger allt (och bör heller inte försöka göra så). Praxis inom de ramar som konstitutionen uppställer representerar inte ändringar i konstitutionen som sådan. Samma sak gäller vanlig lagstiftning som exempelvis etablerar rättigheter av ekonomisk eller social karaktär. För den svenska välfärdsstatens uppbyggnad och utveckling har lagstiftning och offentliga utgifter varit viktigare än konstitutionella ändringar.

Liknande förhållanden gäller i de flesta andra länder: vanlig lagstiftning och praxis inom konstitutionens gränser är viktigare än praxis i strid med konstitutionen. Men därmed är vi tillbaka till frågan om de svenska grundlagarnas omfattande och detaljerade karaktär. Om man accepterade en skriven konstitution med större koncentration på väsentligheter och motsvarande utrymme för anpassning genom lagstiftning och annan praxis så skulle man kunna undvika att så ofta behöva ändra i grundlagens text.

## Konstitutionen som politiskt redskap

Utgångspunkten här är att en rättsregel är ”konstitutionell” om den i princip endast kan ändras eller åsidosättas enligt de regler som gäller för ändringar i den skrivna konstitutionen. Med konstitutionell ställning i denna mening följer förstärkt motståndskraft mot majoritetsbeslut i form av lagstiftning av vanligt slag. Den konstitutionella regleringens inneboende tröghet kan därför utnyttjas för att ge vissa institutioner, värden eller tillvägagångssätt större genomslagskraft än de annars skulle kunna ha fått. Denna egenskap är grundläggande för konstitutionens potential som redskap för politisk handling (Smith 2002c, Smith 2003).

Hur starkt detta redskap är beror emellertid på hur svårt det är att ändra konstitutionens text och, som ovan nämnts, hur lätt man kan gå utöver vad som följer av en naturlig läsart. Det kommer också an på konstitutionens allmänna roll i samhället; man kan tala om ett lands konstitutionella kultur (Smith 2003). Om man accepterar ett stort utrymme för ändringar genom omtolkning eller praxis som konstitutionen i princip står i vägen för (se ovan), då försvagas dess potential som redskap för den konstituerande makten (i dag riksdagen). I stället är det möjligt att se den som redskap för dem som har makten att uttolka den, såsom riksdagen (i dagens Sverige) eller domstolarna (såsom i USA).

I detta sammanhang är det ett vägande faktum att de svenska grundlagarna enligt formella kriterier är relativt enkla att ändra, jämfört med förhållandena i många andra länder. I grund och botten räcker det med enkel majoritet i riksdagen. Det finns heller ingen kvorumregel, dvs. inga speciella krav på att ett visst antal riksdagsledamöter måste vara närvarande när grundlagsändringar behandlas (se RF 8:15). Det kan alltså hända att grundlagsändringar går igenom med mycket få röster.

Påståendet om att grundlagsändringar i Sverige är relativt enkla att få till stånd stöds av det faktum att ändringar äger rum mycket ofta, jämfört med praxis i många andra länder (Rasch 2003).

Däremot ger kravet på två likalydande beslut med mellanliggande riksdagsval en viss komplikation. Beslutsregeln medför en viss fördröjning. Men i praktiken spelar frågor om grundlagsändringar praktiskt taget aldrig någon roll i valrörelsen och det andra beslutet blir en ren upprepning av det första.

Däremot finns det två andra observationer som möjligen kunde anföras mot påståendet att grundlagsändringar i Sverige är relativt enkla att få till stånd. Den första är av rent juridisk karaktär: Numera ger regeringsför-

men möjlighet för en minoritet i riksdagen, omfattande minst en tiondel, att kräva folkomröstning om ett grundlagsförslag som har fått stöd av riksdagens majoritet i omröstningen före valet (RF 8:15). Om minst en tredjedel av ledamöterna röstar för kravet så åsidosätts den parlamentariska kanalen i de frågor som omfattas av kravet. Det bör uppmärksammas att i detta fall finns en kворumregel. Röstandelen beräknas på grundval av riksdagens samtliga ledamöter, inte hur många som deltar i omröstningen. Avsikten är att göra det svårare att gå emot ett förslag om en grundlagsändring som majoriteten vill få genomförd.

Den andra observationen är av faktisk karaktär. Grundlagsändringar brukar inte genomföras med en så knapp majoritet som regeringsformen öppnar möjlighet till (RF 8:15). I praktiken är det tvärtom så att ändringar i grundlagarnas text vanligen beslutas efter breda politiska kompromisser. Kravet på majoritet i riksdagen är alltså väsentligt strängare *de facto* än *de jure*. Det kan därför se ut som om grundlagsändringar i praktiken är svåra att få till stånd i Sverige.

Men det faktum att grundlagsändringar genomförs så ofta ger ett tungt argument mot en sådan tolkning. Ändringsfrekvensen säger något väsentligt om synen på den svenska konstitutionen som redskap för politisk handling. Beslut i de former som föreskrivs i RF 8:15 betraktas inte primärt som en betydelsefull metod för att påverka framtidens politik. Perspektivet är snarast tillbakablickande. Grundlagsändringar tar i första hand sikte på att formulera något som det vid den aktuella tidpunkten uppstått politisk enighet om. När det efter hand uppdragas att texten inte längre stämmer med det som faktiskt pågår, eller med uppfattningen om hur praxis borde vara, då ändras texten med syftet att tillförsäkra en överensstämmelse mellan regler och praxis. I händelse av en konflikt är det reglerna, och inte i första hand praxis, som därmed anses böra få vika.

Så länge en sådan praxis följs i det övervägande antalet frågor är det befogat att säga att de svenska grundlagarna i ovanligt hög grad tas på allvar. Det är inte svårt att finna exempel på länder där spänningen mellan konstitutionens bokstav och politisk praxis är väsentligt större. Därför är det i annan riktning som paradoxen uppstår. En viktig anledning till att de svenska grundlagarna i så stor utsträckning efterföljs torde vara just att de ändras så ofta.

Det underförstådda antagandet är att grundlagarna inte uppfattas som något som skall följas, utan något som kan ändras efter behov. Detta är inte en stark normativ konstitution, utan en svag.

## Konstitutionens genomslagskraft

En rättsregel som enligt sin ändringsprocedur är ”konstitutionell” bibehåller sin ställning, oavsett möjligheterna att använda juridiska eller andra medel för att få den respekterad. Konstitutionens formella status gäller oberoende av i vilken mån som andra faktorer bidrar till att tillförsäkra den genomslagskraft, exempelvis graden av politisk stabilitet, konstitutionens ställning i medborgarnas medvetande och vilka vinster respektive risker som är förknippade med att bryta den.

Om domstolarna har möjlighet att avgöra enskilda fall där frågor om brott mot konstitutionen, oberoende av den politiska majoritetens vilja, kan ha stor självständig betydelse för dess potential som politiskt redskap. Men det är inte självklart att domstolarna måste ha befogenhet att avgöra om en lag är konstitutionsenlig. Denna uppgift kan också tänkas ligga hos den lagstiftande makten själv. Tanken är att det organ som stiftar lag samtidigt avgör frågan om dess konstitutionella giltighet (Ross 1966). Som redan nämnts har denna form av kontroll av att konstitutionen respekteras varit dominerande i Europa ända fram till vår egen tid (Smith 1997).

Sedan slutet av 1700-talet har nästan alla länder med demokratiska ambitioner haft skrivna författningar. Men fram till omkring 1950 var det dominerande mönstret att olika system för maktindelning inom själva den lagstiftande och/eller verkställande makten skulle bidra till att bevara balansen i systemet, exempelvis genom tvåkammerssystem och vetorätt. System där domstolarnas hade tilldelats en roll i detta avseende fanns endast undantagsvis; Norge är ett mycket tidigt exempel. Huvudmönstret var att självständiga domstolar inte spelade något roll i konstitutionella frågor.

I dag är situationen dramatiskt annorlunda. I Europa, liksom i flertalet demokratiska länder i andra världsdelar, har man nu infört någon form av domstolskontroll; det förekommer flera olika modeller (Smith 1993, kap. 2). Olika system med författningsdomstolar med särskild sammansättning och speciella procedurer är nu den vanligaste modellen i Europa. Men exakt vilken modell som det ena eller andra landet valt är i detta sammanhang av underordnad betydelse.

System där de ordinarie lagstiftarna själva har det avgörande ordet om lagens förhållande till konstitutionella regler behöver ingalunda innebära att sådana regler systematiskt åsidosätts. Många andra faktorer av institutionell och kulturell art har betydelse för huruvida konstitutionen respekteras (Smith 2003). Men det finns ändå skäl att anta att den som är sin egen domare, såsom den lagstiftande makten under det traditionella syste-

met i Europa, under i övrigt lika förhållanden känner sig friare att anpassa konstitutionen till dagsaktuella önsknings och behov även om den i princip står i vägen, än den som riskerar att få sina beslut överprövade och måhända åsidosättas av utanförstående, oberoende instanser.

Därför kan det ha stor betydelse om tillämpningen av konstitutionella regler i enskilda fall kan, eller inte kan, prövas av organ som står självständiga gentemot den lagstiftande makten. Under i övrigt lika förhållanden bidrar förekomsten av självständiga organ med makt att pröva om lagstiftningen bryter mot konstitutionen till att öka sannolikheten för att konstitutionen respekteras. Därmed ökar de konstitutionella bindningarnas effektivitet – och deras potential som redskap för politisk handling. Omvänt kommer effektiviteten sannolikt att försvagas, åtminstone över tid, om lagstiftaren själv har monopol på att tolka och tillämpa konstitutionen. Som vi har sett befinner sig Sverige ännu i en oklar mellanställning i detta avseende.

En viktig invändning mot ett sådant synsätt ligger i faran att aktiva författningsdomare, oberoende av vilken organisatorisk form som de arbetar inom, kan forma konstitutionen efter sina egna tankar och ideal. Om oberoende domstolar utrustas med makt att överpröva lagstiftarens uppfattning om vilka gränser som följer av konstitutionen så måste de med nödvändighet tolka den för att kunna besvara de frågor som de får sig förelagda. Det kan inte undvikas att utfallet av tolkningen emellanåt blir omstritt. Mer intressant i vårt perspektiv är det om domstolen med rätta kan anklagas för att ha tagit sig makten att omtolka konstitutionen efter sitt eget huvud, dvs. utanför området för legitim tolkning och anpassning till nya förhållanden. Om så skulle vara fallet är det inte längre rimligt att karaktärisera konstitutionen som ett redskap för den politiskt ansvariga, konstituerande makten. I stället blir domarna, tillspetsat uttryckt, väktare av en konstitution som de själva har skapat (Smith 2003).

Oavsett varför tolkningsresultatet är omstritt kan konstitutionens text emellertid alltid ändras i föreskriven ordning. Därmed kan utgångsläget återställas. För framtiden är det den regel som följer av texten efter det att den ändras, inte den som domstolen har tolkat sig fram till på grundval av den tidigare ordalydelsen, som gäller såsom ram för lagstiftningen på denna punkt. Författningsdomaren har alltså *inte* sista ordet om vad som skall gälla i framtiden (Smith 1993 del VIII, Smith 1995). Ytterst vilar makten över konstitutionens innehåll alltså hos de organ som har makten att ändra texten.

Bedömningen av det demokratiskt försvarliga i att binda den politiska majoriteten genom en oberoende kontroll kommer till viss del an på hur stark eller svag den konstitutionella bindningen är. Ju enklare ändringar kan ske, desto mindre betänkligheter ger den i detta avseende upphov till. Omvänt innebär en aktiv domstolskontroll av lagstiftningen ett speciellt problem i länder vars konstitution är mycket svår att ändra och politiska korrektiv i motsvarande grad svåra att få till stånd.

Danmark och USA är exempel på länder där den skrivna konstitutionen är mycket svår att ändra. Detta innebär att man bör vara försiktig med att dra slutsatser på grundval av dessa länder när det gäller förhållandena i Sverige, där ju ändringar är relativt enkla att genomföra. Det betyder att även en relativt aktiv domstolskontroll av att konstitutionen respekteras medför relativt små problem i ett demokratiskt perspektiv. Detta förhållande förtjänar att uppmärksammas i debatten om lagprövning och uppenbarhetsrekvisit (RF 11:14).

Elementära krav på en rättsstat innebär att domstolsutslag i enskilda fall är slutligt. En politisk överprövning, som fanns i äldre tiders envälden, kan inte godtas i en demokrati. Men om den rättsuppfattning som domen bygger på framstår som oacceptabel från politiska utgångspunkter så blir situationen en annan. Här kan den skrivna konstitutionen själv ändras på ett sådant sätt att det konstitutionella rättstillståndet kommer i överensstämmelse med lagstiftarens vilja. Detta samspel mellan lagstiftare och domstolar är ett viktigt moment i debatten om hur folksuveränitet och rättsstat kan förenas.

## **”Demokrati”**

### **Likhet som grundläggande värde**

Även om det finns många olika uppfattningar om vad som menas med demokrati, så finns det vissa grundläggande värden som ständigt återkommer. Ett sådant värde är likhet. Demokrati innebär att alla som påverkas av ett beslut har rätt att delta i beslutsprocessen. Människor kan vara olika i en rad olika hänseende, exempelvis i fråga om kön, ras, inkomst och intresseinriktning. Men vid kollektivets avgöranden skall alla ha lika rätt att medverka. Folksuveränitetsidéen är nära förbunden med denna likhetsprincip, som också är nära besläktad med rättsstatens krav på likhet inför lagen.

Om alla invånare hade exakt samma uppfattningar vore demokratin en

enkel sak, strängt taget obehövlig. Det vore då bara att registrera vad som är den allennarådande meningen. Frågan om hur folkstyrelsen skall organiseras blir intressant först då det inom kollektivet finns olika åsikter. Demokratin blir då en metod att lösa konflikter.

Olika beslutsmetoder står till buds, och det är inte självklart vilken som skall väljas. Ett krav på enhällighet ger visserligen stor makt åt varje enskild medlem; det räcker med att en enda säger nej så faller förslaget. Krav på enhällighet leder därför snart till handlingsförklamation. Ett historiskt viktigt exempel är beslutsregeln i den ”polska riksdagen” mellan 1652 och 1791. Den enhällighetsprincip, *liberum veto*, som då var i kraft bidrog väsentligt till Polens undergång som stat. Från vår egen tid, men i ett helt annat sammanhang, kan man nämna kravet på enhälliga beslut som fortfarande gäller för många beslut inom EU.

En annan extrem beslutsform är envælde. Om en enda person får bestämma på allas vägnar så maximeras visserligen kollektivets handlingskraft, åtminstone så länge besluten också efterlevs. Men de enskilda medlemmarnas makt reduceras till intet.

Majoritetsregeln kan ses som en kompromiss mellan enhällighetens och envældets beslutsmetoder. Majoritetsbeslut tillgodoser samtidigt två krav. Dels skall de enskilda medlemmarna kunna påverka kollektivets beslut, i princip med lika inflytande för alla. Dels skall kollektivet ha förmåga att handla.

### **Majoritetsregeln**

Därför finns ett nära samband mellan folksuveränitetens allmänna idé och majoritetsregelns praktiska beslutsmetod. Men det vore ofullständigt att sätta likhetstecken mellan demokrati och majoritetsstyrelse.

En första reservation är av praktisk karaktär (Smith 1993, särskilt kap. 22.4). Det är förvisso så att beslut i representativa församlingar, t.ex. den svenska riksdagen, ofta måste tas av en majoritet av de röstande i de fall som enighet inte kan uppnås. Men det är inte alls säkert att en majoritet i exempelvis riksdagen representerar en majoritet bland väljarna, än mindre i befolkningen som helhet. Graden av överensstämmelse beror bl.a. på valdeltagande och majoritetens andel av det totala röstetalet. Det är heller inte säkert att beslut som får stöd av en majoritet i parlamentet är identiskt med de lösningar som hade blivit resultatet om alla hade fått rösta fritt, oberoende av exempelvis partidisciplin, behov av kompromisser och brister i informationsunderlaget.

Dessutom är det inte säkert att regeringen baseras på någon majoritet i riksdagen. I Sverige är det snarast minoritetsregeringar som är regeln. Och givetvis finns det inget i det representativa systemet som garanterar att varje enskilt beslut i det offentliga styrningssystemet, eller ens summan av dessa beslut, exakt motsvarar befolkningens preferenser.

Praktiska invändningar av detta slag ger ingen anledning att hävda att de majoritetsbeslut som trots allt träffas är illegitima inom den konstitutionella ordning som de utgår från. Tvärtom är själva utgångspunkten att exempelvis riksdagsbeslut bör respekteras just därför att de har beslutats av riksdagen; oenigheter om innehållet bör i första hand lösas med politiska medel. Men de observationer som här har nämnts manar till en viss försiktighet om man vill kalla majoritetsregeln det enda och det absoluta värdet i definitionen av det demokratiska styrelseskicket.

Av större betydelse i denna boks perspektiv är att majoritetsregeln inte kan sägas vara en *tillräcklig* ingrediens i ett demokratiskt styrelseskick. Varje praktiskt fungerande demokrati innehåller fler element än den rena majoritetsregeln. Det gäller särskilt i de sammanhang där demokratins idé förverkligats i stor skala, såsom inom ramen för stater med miljontals medborgare.

Även om det finns exempel på stater som relativt ofta låter medborgarna direkt medverka i beslutsprocessen genom folkomröstningar, Schweiz är det främsta exemplet på nationalstatsnivå, så bygger alla moderna demokratier på representativ demokrati. Folket företräds av valda representanter. Grundläggande för denna styrelseform är allmän rösträtt samt fria och regelbundna val. De allmänna valen låter folket under fredliga former avsätta sina ledare och byta ut dem mot nya.

Tillämpningen av majoritetsregeln inom den representativa demokratin kommer i mycket att bero på det folkvalda parlamentets makt. Vilka möjligheter bör parlamentets majoritet ha att utan hinder bestämma? Frågan är central och delvis kontroversiell. En del debattörer vill minimera hindren för parlamentsmajoritetens maktutövning, andra pläderar för olika slags begränsningar. Olika länder har också valt olika modeller. Storbritanniens statsskick bygger traditionellt på idén om parlamentssoveränitet: majoriteten i underhuset kan i princip bestämma vad som helst, när som helst. I länder med olika slags maktdelningssystem, exempelvis Tyskland och Förenta staterna, har den enskilda kammaren i parlamentet mindre möjligheter att fatta slutgiltiga beslut på egen hand.

Som redan nämnts kan man här dra en parallell med statsskicken under

en tidigare epok, då man skilde mellan en absolut och en konstitutionell form av monarki. På samma sätt kan man tänka sig en skala med absolut demokrati vid ena ytterkanten. Det skulle vara ett system där den folkvalda majoriteten kunde bestämma utan några som helst inskränkningar av juridisk karaktär; många andra slags begränsningar av social, ekonomisk och annan art kan förvisso tänkas. Men inget demokratiskt land, inte ens Storbritannien, tillämpar i praktiken ett sådant styrelseskick. Det vanliga är alltså att den vardagliga styrelsen måste äga rum inom de rättsliga gränser som dras upp i exempelvis konstitutionen och internationella fördrag. Majoritetsstyrelsen är aldrig total.

### **Begränsningar i majoritetens rätt att styra**

Det finns *tre huvudskäl* till att majoritetsstyrelsen är kringgärdad med ett antal regler, som ger demokratin karaktär av en ordnad styrelseform. Det *första skälet* är önskan att vidmakthålla den demokratiska beslutsprocessen som sådan. Utan några inskränkningar skulle en knapp majoritet kunna avskaffa folkstyrelsen över en natt. I så gott som alla länder finns därför de grundläggande reglerna för styrelseskicket samlade i en skriven konstitution som är svårare att ändra än vanlig lag. Hit hör inte minst reglerna om att de politiska ledarna kan ställas till ansvar vid allmänna val samt om yttrandefrihet, organisationsfrihet och andra rättsliga förutsättningar för medborgarna att delta i opinionsbildning och politisk påverkan.

Det *andra skälet* till att folkstyrelsen förverkligas genom en regelstyrd organisation är att förbättra majoritetens styrelseförmåga. En helt oreglerad styrelseform löper stor risk att bli instabil och oförutsebar. Majoriteter kan skifta fram och tillbaka, de kollektiva besluten blir inkonsekventa och svårgenomförbara. Konstitutionella regler kan ge incitament till samtal, diskussion och saklig prövning av politiska argument (Holmes 1995). En regelstyrd demokrati ger majoriteten bättre förutsättningar att föra en mer långsiktig och konsekvent politik. Detta är en viktig sida av konstitutionens funktion som politiskt redskap (se ovan).

Det *tredje argumentet* för att reglera majoritetens handlingsmöjligheter är värnet för individers och minoriteters rättigheter. ”Mänskliga rättigheter och grundläggande friheter tillkommer alla människor från födseln, de är oförytterliga och garanterade i lag”, fastslår Parisstadgan 1990. Oavsett om man vill betrakta rättigheter som eviga eller som skapade av människor så omfattar de flesta uppfattningen att vissa rättigheter som betraktas som särskilt grundläggande bör vara undandragna majoritetens oin-

skränkta makt. Exakt vilka rättigheter som närmare bestämt bör ges ett sådant värn kan det råda oenighet om. Men poängen här är att den parlamentariska majoriteten måste ta hänsyn till de rättigheter som vid en given tidpunkt finns reglerade i landets konstitution och i internationella fördrag.

Trots att demokratiska stater uppvisar betydande inbördes skillnader när det gäller styrelseskick, exempelvis när det gäller valsysteem, parlamentets organisering, regional självstyrelse och statschefsämbete, så finns det ett antal grundläggande likheter. I alla moderna demokratier finns åtminstone följande komponenter:

- Majoritetsstyrelse: allmän rösträtt, fria val, det folkvalda parlamentet utövar i princip den lagstiftande makten.
- Begränsningar av majoritetsstyrelsen:
  - Tid: mandatperioder som ger majoriteten rum att handla, men som också ger väljarna möjlighet att byta ut de styrande.
  - Olika majoriteter: med lokal och regional självstyrelse fördelas den offentliga makten mellan majoriteter på olika territoriella nivåer.
  - Kontroll: den offentliga makten delas upp på olika organ med avgränsade ansvarsområden, vissa organ har särskild uppgift att granska maktutövningen, oavhängiga domstolar.
  - Rättigheter: som skydd för individer och minoriteter.

Frågan är inte *om* sådana regler skall finnas, utan *hur* de närmare bestämt bör utformas. Det är en öppen fråga exakt vilka rättigheter som skall regleras i den skrivna konstitutionen, hur svårt det skall vara att ändra den och vilken styrka man önskar att ge den konstitutionella ordningen, exempelvis vem som skall ha makten att tolka de konstitutionella reglernas innebörd vid en given tidpunkt.

## **"Konstitutionell demokrati" som syntes**

Eftersom de båda grundläggande begreppen "konstitution" och "demokrati" har begagnats i så varierande betydelser är det föga förvånande att man ofta kommit fram till olika slutsatser om hur de förhåller sig inbördes. Det är viktigt att skilja mellan den strikt terminologiska frågan och frågan om hur de två tänkesätt som ofta förknippas med de två nyckelbegreppen förhåller sig till varann.

Om terminologin är här bara att säga att man kan föredra att reservera ordet "demokrati" som namn på något slags renodlat majoritetsstyre och ändå hålla med om att åtminstone några element av "konstitutionell" karaktär måste läggas till för att ett gott samhälle skall kunna förverkligas. Den som föredrar detta terminologiska val menar alltså att *både* "demokrati" och "vissa gränser för majoritetsstyrelsen" måste till. I motsats till denna terminologi föredrar vi alltså i denna bok att tala om "konstitutionell demokrati" som en syntes; begreppet hänför sig alltså till styrelseformer som inrymmer såväl majoritetsstyrelse som exempelvis vissa rättigheter. Men båda terminologiska positioner kan mycket väl leda till samma resultat i sak.

Den sakfråga som emellanåt väcker strid är om det är önskvärt, och över huvud taget möjligt, att förena de ideal som är förknippade med orden "konstitution" och "demokrati". De två centrala positionerna kan mycket enkelt beskrivas som "antitesskolan" och "syntesskolan".

Den första gör gällande att orden "konstitution" och "demokrati" står för två olika, till och med motsatta, tanketraditioner som möts först mycket sent i det politiska tänkandets historia. Demokrati står här för renodlad majoritetsstyrelse. Konstitution står för rättigheter och institutionella spärar mot majoritetens godtycke; som redan påpekats används ordet "konstitutionalism" inte sällan i nedsättande betydelse, som motsatsen till "demokrati".

Från motsatt sida vill man i stället betona det gemensamma tankegodset. Upplysningstiden stred för både rättigheter och självstyrelse. Föreställningen om ett samhällskontrakt låg till grund för uppfattningen att fria medborgare kan bilda en politisk samfällighet som hålls samman av permanenta och förutsebara institutioner och rättsregler, också omfattande *vissa* rättigheter. I den tidens tankevärld var samfällighetens yttersta mål att skydda vissa grundläggande fri- och rättigheter.

I denna bok avvisar vi antitesskolan som intellektuellt ofruktbar och praktiskt vilseledande. Om man vill betrakta förhållandet mellan "konstitution" och "demokrati" som ett nollsummespel tvingas man till hårdragna, för att inte säga absurda, definitioner av de båda begreppen. "Demokrati" skulle exempelvis behöva likställas med en ohämmad majoritetsstyrelse, snarast ett slags pöbelvälde. Det skulle t.ex. innebära att man godtar en obegränsad rätt för majoriteten att förbjuda politisk kritik i syfte att åstadkomma ett majoritetsskifte.

## **Konstitution och demokrati kan förstärka varandra**

Det finns starka skäl för att ansluta sig till syntesskolan, inte bara i en svag version (konstitution och demokrati kan till nöds samexistera), utan till och med i en stark (konstitution och demokrati kan förstärka varandra).

En enhetlig, stabil och förutsebar rättsordning är grundläggande värden för konstitutionell styrelse. Dessa värden har bättre förutsättningar att förverkligas om styrelsen är demokratiskt legitim, dvs. om medborgarna accepterar och ger sitt samtycke till det regelsystem och de institutioner som de lever under. Demokratins värde (folksuveränitet) kan bättre förverkligas om folket kan utkräva ansvar av de styrande, om majoriteten främst styr genom generella rättsregler och om den offentliga makten utövas opartiskt, med det gemensamma intresset som avgörande måttstock. Tyngden av politiska beslut i form av konstitution och lag ökar om det finns oberoende institutioner som ser till att reglerna respekteras i varje enskilt fall. Därmed ökar också demokratins handlingsförmåga.

Det finns inga logiska eller begreppsmässiga hinder för att förverkliga ett styrelseskick på grundval av den konstitutionella demokratins principer. Tvärtom sammanfaller de i stort med det demokratibegrepp som Europas politiska ledare kom överens om genom Parisstadgan.

Men ändå fordrar uppgiften att sammansmälta folksuveränitet och konstitutionell styrelse inte bara en öppenhet för praktiska reformer utan också ett djupgående tankearbete av begreppsmässig art. En sådan diskussion kan ge viktiga bidrag till den praktiska författningpolitiken.

## **Medborgarstyrelse och rättsstat**

Begreppet konstitutionell demokrati, som det definieras i denna bok, bygger på en förening av medborgarstyrelse och rättsstat. Konstitutionen fastställs i demokratisk ordning. Den kan ändras, men svårare än vanlig lagstiftning. I kraft av sin position överst i hierarkin av rättsliga regler binder och begränsar den på detta sätt den offentliga maktutövningen.

Främst bestämmer konstitutionen hur annan lag kan stiftas och vad som kan bestämmas på denna väg. Genom sina valda representanter styr folket främst genom generella regler. Den offentliga makten skall utövas under lagarna (RF 1:1), men i första hand under reglerna i den konstitution som lagarna själva utgår från. De som respekterar de rättsregler som fastlagts i konstitutionell ordning, och de institutioner som medverkar till att de följs, bidrar alltså till att förverkliga en viktig sida av demokratin. Demokratins handlingskraft kommer därmed att förstärkas.

Förslag om lagstiftning som strider mot konstitutionen måste antingen läggas åt sidan eller avvakta tills konstitutionen själv har ändrats. Detta är priset som man måste betala för den stabilitet som den konstitutionella demokratin kan bidra till. Slutligen är det ändå folket, självt eller genom sina representanter, som bestämmer vilka regler som skall gälla i framtiden.

Likt Odysseus, som lät binda sig vid masten, kan den politiska makten på detta sätt uppnå mer än vad som annars skulle varit möjligt. Den konstitutionellt ordnade statsmakten kan paradoxalt nog vara starkare än den statsmakt som är rättsligt helt oreglerad. Förutsättningen är att konstitutionen själv tas på tillräckligt allvar, av lagstiftaren själv och av de domstolar och andra oavhängiga organ som skall tjäna som dess väktare.

Förhållandet mellan medborgarstyrelse och rättsstat har då och då uppmärksammats även i svensk debatt, men det närmare samspelet och det ömsesidiga beroendet dem emellan kommer sällan fram. Det är hög tid för en mer djupgående diskussion av vad dessa begrepp innebär för svensk politik, rättskipning och förvaltning. Staten kan inte skiljas från rätten. En diskussion om staten är knappast möjlig utan att hänvisa till begreppsparret "stat" och "rätt".

Staten kan, i motsats till vad många statsvetare lär tro, inte klara sig utan rätten. Omvänt kan rätten, i motsats till vad många jurister tror, inte klara sig utan staten (Smith 1997). Bidrag från rättsvetenskaplig forskning, med dess kunskap om rättsreglernas systematik och innehåll samt deras funktion och konsekvenser i rättstillämpningen, är på detta område en nödvändig förutsättning för en djupare förståelse inte bara av rättssystemet i snäv mening, utan också av staten och dess institutioner.

### **Komplementariteten mellan juridik och politik**

Mycket av dagens debatt tycks utgå från att förhållandet mellan juridik och politik utgör ett nollsummespel. Vad "juristerna" vinner antas "politikerna" förlora, och vice versa. Inte sällan används oklara, men uppenbarligen lockande, tankefigurer som "förrättsligande" eller "juridifiering".

Bilden av en sådan dragkamp är djupt missvisande. Den förutsätter att den enes styrka motsvaras av den andres svaghet. Men den demokratiska rättsstaten förutsätter *både* en stark politik och en stark juridik. Det verkliga förhållandet i dagens Sverige torde snarare vara att såväl politiska som juridiska institutioner är svaga. I stället för ett stelnat ställningskrig borde uppgiften vara att söka efter en fruktbar uppgiftsfördelning och samverkan mellan juridik och politik.

Ett fungerande rättsväsende kan bidra till att stärka den demokratiska processen. Möjligheten att få lagstiftningens förhållande till konstitutionen prövad av någon annan än den lagstiftande makten själv förstärker konstitutionens slagkraft som politiskt instrument. Självständiga domstolar öppnar en kompletterande väg för att vinna inflytande. Möjligheten att pröva om andra politiska beslut strider mot konstitutionen kan också vara ett nyttigt korrektiv för såväl folkvalda organ som myndigheter.

Men rättskipning kan aldrig bli ett alternativ till den representativa demokratin. Domstolarnas beslut måste grundas på rättsregler som fastställts i demokratisk ordning. Rättsreglerna kan ändras genom nya politiska beslut i den ordning som gäller för vederbörande kategori – ändringar i konstitutionens text, riksdagsordning, lagstiftning osv. I det stora, men däremot inte alltid i det lilla, kan alltså politiken få sista ordet.

## Svensk konstitutionell debatt

Som framgått av detta inledande kapitel är det Sveriges konstitution i juridisk, formell betydelse som utgör bokens kärna. Det innebär nu inte att vi helt bortser från aspekter som inryms i ett mer omfattande och diffust konstitutionsbegrepp. Förhållanden som kan vara väsentliga för landets styrelseskick, vad som kan benämnas den materiella konstitutionen, behöver inte vara reglerade på konstitutionell nivå (se även Caroline Taubes kapitel om regeringsformen som positiv rätt).

Med utgångspunkt från externa kriterier är det fullt möjligt att hävda att vissa frågor är så viktiga eller av sådan vikt för statens styrelse att de borde vara reglerade i konstitutionen. På sådana grunder kan man uppställa mer eller mindre preciserade krav på dess närmare innehåll. Underlaget kan bestå av normativa kriterier hämtade exempelvis från filosofi, ideologi eller litteratur om den konstitutionella demokratins ideal. Externa kriterier kan också hämtas från historiskt eller komparativt material eller internationella konventioner, likaväl som från krav på systematik och konsekvens i regelsystemet.

Ett sådant tillvägagångssätt förutsätter att man hela tiden klargör varifrån kriterierna hämtas och vad den sakliga grunden är för att vissa synpunkter bör tilldelas ”konstitutionell” dignitet. Möjligheten till en öppen och rationell debatt ökar om premisser inte döljs bakom allmänna, ofta oklara formuleringar om normer och ”principer”. En jämförelse mellan olika länder visar exempelvis att den s.k. maktodelningsprincipen kan för-

verkligas på många skilda sätt. När vissa av debattens nyckelord, såsom en del betydelser av ordet ”konstitutionalism”, är starkt värdeladdade ställs ännu högre krav på öppenhet och klarhet.

Under dessa förutsättningar är det inte bara acceptabelt att använda externa kriterier som en grund för att utvärdera konstitutionella arrangemang eller för att föreslå förändringar. Det är också nödvändigt när syftet är att kritiskt analysera några centrala drag i den svenska konstitutionen. Alternativet vore att endast begränsa sig till systeminterna synpunkter, avseende exempelvis begriplighet och konsistens. Men för att kunna diskutera författningspolitiska alternativ och tänkbara reformer måste konstitutionen också kunna analyseras i komparativt och teoretiskt ljus.

Sammanfattningsvis väljer vi alltså att utgå från idealet om konstitutionell demokrati. Med denna utgångspunkt diskuterar vi i denna bok några starka och svaga sidor hos den formella konstitutionen i Sverige. Därmed kan analysen läggas till grund för debatten om författningspolitiska reformer.

### **Ett komparativt perspektiv**

Ett komparativt perspektiv kan ge viktiga impulser till debatten om den svenska konstitutionen. Redan en snabb översikt över några etablerade demokratier visar hur olika samhällen har uppfattat konstitutionens förhållande till folkstyrelsens idé. Man kan tala om ett omväxlande landskap av skilda demokratitraditioner och konstitutionella kulturer (Smith 2003). Det vore märkligt om det inte fanns ett och annat att skörda från denna trädgård av olika system och erfarenheter.

Samtidigt är det viktigt att ha i minnet att de svar som är förhärskande i ett land vid en viss tidpunkt är en produkt av landets egen historia. Svensk demokratisk och konstitutionell kultur har präglats av traditioner såsom lagstaten med rötter långt tillbaka i medeltiden (land skall med lag byggas), regeringsformens ursprung i stormaktstidens förvaltningsordning, det författningslösa halvsekel (Sterzel 2002) då styrelseskicket utvecklades vid sidan av ordalydelsen i 1809 års regeringsform, kombinationen av stark centralmakt och lokal självstyrelse, den långsamma och sena demokratiseringen, få motmakter i form av federalism, feodalism eller påvekyrka och slutligen den harmoniska nationsbyggnaden som kännetecknats av konstitutionell kontinuitet snarare än av brott i form av krig, okkupation eller befrielse. Andra länder, också de i vår omedelbara närhet, präglas av delvis helt andra traditioner. Om samhället vore annorlunda

och hade en annan självbild, skulle sannolikt även konstitutionen ha en annan karaktär.

Ändå ger komparativa utblickar rika möjligheter att kontrastera det egna landet mot andras erfarenheter. Den som uteslutande betraktar ett samhälle från insidan har svårt att se det relativa i de konstitutionella arrangemang som har växt fram. Detta gäller i särskild grad för de personer som har gjort karriär i de nationellt avgränsade eliterna inom politik och juridik.

Den författningpolitiska debatten blir mer perspektivrik om den beaktar att många olika lösningar står till buds och faktiskt används i olika länder. Men den som är intresserad av andra länders konstitutioner behöver ingalunda tro att gräset alltid är grönnare hos grannen. Komparativa studier behöver inte alltid leda till slutsatsen att den egna lösningen är den sämsta. Dessutom innebär historiska, sociala, kulturella och andra omständigheter att det finns gränser för vilka reformer som är möjliga och önskvärda i ett visst samhälle vid en given tidpunkt.

Rationella val i konstitutionella frågor förutsätter en medvetenhet om att det finns många valmöjligheter och att alternativens antal ofta är stort. Därmed öppnas möjligheten till författningspolitik. Inom vissa ramar kan varje land välja sin egen uppsättning politiska institutioner.

### **Konstitutionell demokrati på svenska**

Om det på ett teoretiskt plan går att förena konstitution och demokrati är därmed inte alls sagt att de praktiska problemen är lösta. Tvärtom måste varje samhälle vid varje tidpunkt reflektera över vilka konkreta institutioner som bäst förverkligar den konstitutionella demokratins ideal. Hur skall konstitutionen utformas? Vem skall tolka dess *ord*? Hur skall den konstitutionella demokratins värderingar tillämpas före och efter ett politiskt beslut? Hur skall medborgarna kunna utkräva ansvar av de styrande?

Det är därför ingalunda självklart att fusionen mellan konstitution och demokrati ser likadan ut i olika länder vid olika historiska tidpunkter. Erfarenheten visar att små, homogena och stabila samfälligheter kan fungera utan mer elaborerade regelverk och institutioner; ömsesidigt förtroende, personlig bekantskap och informella nätverk kan här bilda grund för samfällda beslut och kollektiv handling. Men stora, heterogena kollektiv som befinner sig under förändring kan inte upprätthållas på sådana implicita ordningar. Det krävs i stället explicit formulerade och öppet erkända regler och institutioner för beslutsfattande och konfliktlösning. En komparativ

utblick visar att utrymmet för olika lösningar, på vad som i grund och botten är likartade problem, är närmast oändlig.

Under det senaste kvartssekle har konstitutionella frågor alltmer kommit i förgrunden för den allmänna debatten i Sverige (Sterzel 1998). Diskussionen kretsar kring begrepp som demokrati, legitimitet, ansvarsutkrävande, rättsstat, rättigheter, maktindelning och rättskipning. Vid regeringsombildningen efter valet 2002 fick ett statsråd särskilt ansvar för författnings- och valfrågor, regeringen tillsatte en parlamentarisk utredning (Ansvarskommittén) med uppgift att föreslå reformer av hela den svenska samhällsorganisationen, och socialdemokratiska partiet initierade ett internt rådslag om författningsspolitiken.

Det ökande intresset för konstitutionella frågor kom till tydligt uttryck i regeringsförklaringen hösten 2003, där statsminister Göran Persson bl.a. sade: ”Reglerna för den svenska demokratin – vår författning – fyller snart trettio år. Under den perioden har samhället kraftigt förändrats och demokratin ställts inför nya utmaningar. Det är tid för översyn av demokratins spelregler” (riksdagen den 16 september 2003).

Flera, delvis sammanhängande, faktorer förklarar det ökade intresset. Internationaliseringen, i synnerhet europeiseringen, är av stor betydelse. Medlemskapet i Europeiska unionen har fått starkt genomslag inom det konstitutionella området. Beslutanderätt som tidigare tillkom nationellt avgränsade institutioner har nu överförs till mellanstatliga eller överstatliga organ. Svenska domstolar och förvaltningsmyndigheter har i uppgift att tolka och tillämpa gemenskapsrätten. Som EU-medlem har Sverige också ansvar för att bidra till unionens konstitutionella utveckling.

Europeiseringen innefattar även andra aspekter än EU-medlemskapet. Rättsutvecklingen i Sverige har starkt påverkats av Europarådet, inte minst Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Det närmare samarbetet i Europa har också bidragit till att åter öppna porten för influenser från kontinentaleuropeisk rättskultur. Även den konstitutionella omvälvningen i central- och östeuropa under 1990-talet har bidragit till att höja medvetenheten om politikens konstitutionella fundament och om betydelsen av konstitutionen såsom instrument för politisk handling (Smith 2003).

EU-medlemskapet aktualiserar en rad frågor kring suveränitetsbegreppet och nationalstatens handlingsfrihet, formerna för styrning och kontroll, samt regional och kommunal självstyrelse. Även folkrätten i traditionell bemärkelse berör inte endast förhållandet mellan stater utan har i

ökad utsträckning kommit att betona rättigheter för den enskilda människan inom respektive stat. Internationell och nationell rättskipning sammanvinnas därmed och den konstitutionella demokratin utveckling bestäms i allt större utsträckning av förhållanden som ligger utanför landets gränser. Sambandet mellan den europeiska utvecklingen och inhemska konstitutionella problem, såsom den offentliga maktens organisation och lagprövningsrätten, är mycket tydligt.

Denna utveckling innebär inte att man kan bortse från Sverige som en konstitutionell enhet. Under överskådlig framtid kommer nationalstaterna i Europa att förbli den viktigaste ramen för folksuveränitetens förverkligande och därmed för politisk och rättslig verksamhet. Vissa delar av dessa aktiviteter handlar om att påverka beslut på europeisk, eller till och med global, nivå eller om att genomföra sådana beslut inom nationalstatens ram. Men stora delar av det politiska och juridiska livet kommer också att handla om hur Sverige bäst skall styras *inom de ramar* som följer av de internationella bindningarna.

I denna bok har vi valt att koncentrera oss på några frågor som gäller den *nationella* konstitutionen. Men valet av detta perspektiv innebär alltså inte att vi undervärderar betydelsen av de europeiska och internationella ramar som avgränsar den svenska politiska samfälligheten.

### **Bokens innehåll**

Erfarenheten från många andra demokratier visar hur statsrättslig forskning genom att klarlägga och diskutera de konstitutionella reglernas innehåll kunnat bidra till den författningpolitiska debatten. Under senare år har svensk litteratur berikats av undersökningar om bl.a. konstitutionellt rättighetsskydd (Nergelius 1996), mötes- och demonstrationsfriheten (Bull 1997) samt de konstitutionella principernas genomslag i nya författningar (Taube 2001). Men allmänt taget finns det i dag anmärkningsvärt få statsrättsliga forskningsprojekt i Sverige, få jurister vid svenska universitet är aktiva inom detta område och stora områden ligger mer eller mindre orörda.

Denna bok innehåller bidrag från aktuell rättsvetenskaplig forskning som på olika sätt belyser tillståndet för den konstitutionella demokratin i Sverige. Caroline Taube undersöker i kapitel 2 i vilken mån som svenska domstolar i praktiken använder regeringsformen i sin rättstillämpning. Det visar sig att stora delar av grundlagstexten aldrig återopas, men att man ändå kan skönja en tendens till att parternas konstitutionella argument tas på större allvar än tidigare.

Det faktum att grundlagen börjar användas av domstolarna innebär att grundlagstexten behöver uttolkas. Men 1974 års regeringsform utformades egentligen på ett sådant sätt att man hoppades undvika behovet av tolkning; grundlagen skulle vara deskriptiv och ständigt hållas aktuell. I kapitel 3 ger Thomas Bull några exempel på att denna ambition inte alltid är realistisk. Grundlagstexten kan aldrig hållas helt identisk med den levande praktiken. I en konstitutionell demokrati slipper man inte ifrån att grundlagen måste ha en normativ karaktär.

I kapitel 4 och 5 behandlar Fredrik Sterzel två tunga statsfunktioner: dels finansmakten, dels lagstiftningsmakten och förordningsmakten. Skillnaderna när det gäller konstitutionell reglering är betydande. Bestämmelserna om finansmakten är mycket allmänt hållna; området präglas av en önskan om politisk handlingsfrihet och konstitutionell obundenhet. I jämförelse härmed framstår regleringen av lagstiftningsmakten och förordningsmakten som mycket detaljerad. Men undersökningen visar att detaljrikedomen knappast har stärkt medborgarnas rättssäkerhet. Tvärtom är regeringsformen inom detta område behäftad med allvarliga brister.

I det konstitutionella systemet står de förtroendevalda under både ett politiskt och juridiskt ansvar. Olle Lundin behandlar i kapitel 6 riksdagsledamöternas och statsrådets ansvar. Genomgången visar att ansvarsreglerna är relativt begränsade och föga genomtänkta. Den svenska grundlagen lämnar ett tomrum och behovet av konstitutionella reformer inom detta område framstår som stort.

De svenska medborgarnas fri- och rättigheter skyddas i dag av två regelsystem, dels regeringsformens rättighetskatalog, dels Europakonventionen. Karin Åhman analyserar i kapitel 7 hur rättighetsskyddet fungerar i praktiken. För de svenska domstolarna har regeringsformens bestämmelser endast spelat en underordnad roll; den svenska grundlagen har inte haft den betydelse som den skulle kunna haft. Däremot har Europakonventionen tillämpats vid fler tillfällen. Dessutom har Europadomstolen i flera domar fällt Sverige och därmed bidragit till att förstärka rättighetsskyddet i Sverige.

Spänningsfältet mellan juridik och politik får sin särskilda laddning genom systemet för att kontrollera om lagstiftningen är förenlig med grundlagen. Mot bakgrund av komparativ analys av några huvudformer för sådan kontroll diskuterar Caroline Taube i kapitel 8 hur dagens svenska system för lagstiftningskontroll skulle kunna förstärkas. Konstitutionsut-

skottet skulle kunna ge rättsliga aspekter en mer framskjuten plats och Lagrådets granskningar av lagförslag kunde åter göras obligatorisk. Uppgiften att pröva lagstiftningens grundlagsenlighet kan också påkalla en omorganisering av det svenska domstolsväsendet. Men inrättande av en ”författningsdomstol” är *inte* det enda möjliga svaret.

## Referenser

- Bull, Thomas (1997). *Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*. Uppsala: Iustus.
- Bull, Thomas (2002). ”Riksdagen som grundlagstolkare”. I Eivind Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.
- Christensen, Jens Peter (2002). ”Norm og praksis under grundloven som aldrig ændres”. I Eivind Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.
- Elster, Jon (1993). ”Limiting Majority Rule. Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch”. I Eivind Smith (red.): *Constitutional Justice under Old Constitutions*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Europas grundlag* (2003). Framtidskonventets förslag till konstitution för EU. Stockholm: SNS Förlag.
- Fiskesjö, Bertil (1991). ”Författningsdomstol – för och emot”. I *Författningsdomstol och lagprövning i nordisk och europeisk belysning*. Stockholm: Rättsfonden.
- Holmes, Stephen (1995). *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: Chicago University Press.
- Holmström, Barry (1998). *Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*. Uppsala: Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala.
- Karvonen, Lauri (2003). *Statsskick. Att bygga demokrati*. Stockholm: SNS Förlag.
- Maddex, Robert L. (1996). *Constitutions of the World*. London: Routledge.
- Nergelius, Joakim (1996). *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Stockholm: Fritzes.
- Petersson, Olof, Klaus von Beyme, Lauri Karvonen, Birgitta Nedelmann & Eivind Smith (1999). *Demokrati på svenskt vis. Demokratirådets rapport 1999*. Stockholm: SNS Förlag.
- Petersson, Olof (2003). ”Grundlagsändringar”. I Ingvar Mattson & Olof Petersson (red.): *Svensk författningspolitik*. Stockholm: SNS Förlag.
- Rasch, Bjørn Erik (2003). ”Rigidity in Constitutional Amendment Procedures”. I Eivind Smith (red.): *The Constitution as an Instrument of Change*. Stockholm: SNS Förlag.
- Ross, Alf (1966). *Dansk statsforfatningsret*, 2. utg. bind 1. København: Nyt Nordisk Forlag.
- Smith, Eivind (1993). *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsretten overfor lover*. Oslo: Universitetsforlaget.

- Smith, Eivind (1995). "The Legitimacy of Judicial Review – a Comparative Approach". I Eivind Smith (red.): *Constitutional Justice under Old Constitutions*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Smith, Eivind (1997). "Loven som det høyeste uttrykk for almenviljen – eller konstitusjonelt demokrati?" I Lars-Göran Malmberg (red.): *Statsbegreppet i omvandling*. Stockholm: Norstedts juridik. – Även i E. Smith (2002): *Stat og rett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (2000). *Sverige som konstitutionell demokrati*. I Svensk Juristtidning, I.
- Smith, Eivind (2002a). "Er domstolskontroll med lover 'logisk nødvendig'?" I Eivind Smith: *Stat og rett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (2002b). "Grunnlovstolkning – opportunistisk eller lojal?" I Eivind Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.
- Smith, Eivind (2002c). "Grunnlovens makt (eller avmakt)". I Eivind Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.
- Smith, Eivind (2003). "Constitutional cultures: The Constitution between Politics and Law". I Eivind Smith (red.): *The Constitution as an Instrument of Change*. Stockholm: SNS Förlag.
- Sterzel, Fredrik (1998). *Författning i utveckling*. Stockholm: Rättsfonden.
- Sterzel, Fredrik (2002). "Ett kvartsekel efter 'det författningslösa halvsekel': Har Sverige nu en författning?" I Eivind Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag.
- Taube, Caroline (2001). *Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania. A Study in Comparative Constitutional Law*. Uppsala: Iustus förlag.

## 2. Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister?

Caroline Taube

### Inledning

I den praktiska rättstillämpningen hade 1809 års regeringsform inte någon egentlig betydelse under ”det författningslösa halvseklet” (Sterzel 1998, s. 14). Statsrätten var inte en del av den positiva rätten och konstitutionella argument ansågs inte som seriösa. Synen på 1809 års regeringsform och dess icke-betydelse kan illustreras med följande citat: ”Det hände en gång att en advokat åberopade grundlagen i sin plädering i ett tvistemål. Rättsens ordförande vände sig då till protokollföraren med en resignerad min och suckade: ’En rättshaverist!’” (Sterzel 2002, s. 77).

Hur förhåller det sig nuförtiden med synen på 1974 års regeringsform (RF) och konstitutionell argumentation i svenska domstolar? Används RF som positiv rätt idag eller är det gamla synsättet förhärskande? Syftet med denna uppsats är att undersöka om och hur RF åberopas i Högsta domstolen (HD) och Regeringsrätten (RegR). Finns det ett utvecklingsmönster ifråga om parternas sätt att åberopa RF? Eller finns det tecken på att RF inte åberopas av en viss typ av rättslig aktör? Finns det stora skillnader vad gäller tillämpningen av RF mellan HD och RegR, eller mellan högre och lägre instanser i respektive domstolshierarki? Vad kan de i så fall bero på? Och har den konstitutionella argumentationen påverkats av Europakonventionens inkorporering i svensk rätt 1995 och EG-rättens inträde?

Den teoretiska utgångspunkten är att RF är direkt tillämplig som positiv rätt i sin egenskap av landets högsta rättsliga norm, *lex superior*. I studien skall därför undersökas om och hur den tillämpas som positiv rätt i Sveriges två högsta instanser. Detta görs i uppsatsens empiriska del utifrån frågeställningar angående hänvisningarnas frekvens, omfång, skillnader mellan HD och RegR och utvecklingen över längre tid samt i ljuset av påverkan från Europa. Arbetet har genomförts i flera steg och omfattat olika typer av material som inbjuder till analys – den ena kvalitativ och den andra kvantitativ (material och metod diskuteras ingående nedan). Tillsam-

mans ger detta material en fingervisning om utvecklingen av RF:s tillämpning i tiden.

## **"Konstitutionell": vad omfattar konstitutionen?**

RF kan åberopas och tillämpas på olika sätt, explicit genom hänvisning till en enskild paragraf i RF eller implicit genom ett vidare konstitutionellt resonemang. Detta medför vissa svårigheter både vad gäller innebörden av begreppet "konstitution", av vad som är "konstitutionell" och vad gäller möjligheten att uppskatta de konstitutionella argumentens frekvens. Det är därför nödvändigt att som ett första steg presentera olika synsätt vad gäller "konstitution", "konstitutionell" och omfattningen av dessa begrepp, för att därefter bestämma hur de skall användas i den fortsatta undersökningen.

Innan den diskussionen tar vid bör dock orden konstitution, grundlag och författning kort kommenteras. Dessa termer används ofta synonymt och utifrån ett lands tradition inom området. Annars är det egentligen en smaksak vilket av orden man använder. I Sverige används ordet grundlag, och i svenska sammanhang förknippas detta ord gärna med en konkret skriven grundlag (eventuellt en bland flera). För att undvika denna förförståelse av ordet och för att ha en term som inbjuder till en mer öppen diskussion om flera synsätt föredrar jag att använda ordet konstitution. Jag menar att det passar bättre i en generell diskussion där man inte från början tar sikte på ett specifikt lands system och dess konstitutionella traditioner.

Nedan följer några reflektioner grupperade i enlighet med en *formell* respektive *materiell* syn på vad en konstitution är och av vad den kan anses omfatta. De skall ses som ett förslag på hur man kan utveckla det traditionella sättet att gruppera konstitutioner i skrivna respektive oskrivna dito.

### **Formell konstitution**

Begreppet formell konstitution kan förstås på flera sätt varav tre skall diskuteras här. Det är naturligt att först peka på grundlagsbegreppet som ett per definition formellt begrepp: det är ett politiskt val att bestämma vilka ämnen som skall regleras på konstitutionell nivå. Ett sådant val medför också att de särskilda beslutsformer som de allra flesta konstitutioner anger för konstitutionella ändringar hädanefter kommer att krävas för dessa

ämnen. Att vissa ämnen naturligen kan sägas höra hemma i en konstitution (regler angående ett lands politiska och rättsliga organ, valförfaranden, folkomröstning m.m.) är inte detsamma som att de måste regleras där. Det finns många exempel på att dessa områden regleras på annan nivå i normhierarkin, i vanlig lagstiftning eller i s.k. konstitutionella lagar (jfr Riksdagordningen, RO, se mer nedan). Samma sak gäller valet att reglera andra ämnen på konstitutionell nivå. Detta val är betingat av ett lands preferenser och politiska tradition (Strömberg 1999, s. 65–66).

Sveriges fyra skrivna grundlagar är ett exempel på att relativt många frågor är reglerade i den formella konstitutionen; i internationell jämförelse är den mycket omfattande. Regeringsformen (tillsammans med successionsordningen, SO) är den mest centrala grundlagen eftersom den reglerar statsskicket som sådant ("government" i strikt mening, Zoller 1999, s. 12ff). Det är regleringen av tryck- och yttrandefrihet i två särskilda grundlagar (Tryckfrihetsordningen, TF, och Yttrandefrihetsgrundlagen, YGL) som medför en så stor konstitutionell regelmassa.<sup>1</sup> Förutom ett mer detaljerat konstitutionellt regelverk som sådant innebär det också att skiljelinjen mellan konstitutionell reglering och vanlig lagstiftning blir mer tillfällig. Här kan nämnas TF:s regler om rätten att ta del av allmänna handlingar där begränsningar anges inte bara i själva TF utan också i sekretesslagen.

Det andra betraktelsesättet är helt enkelt att en formell konstitution är samma sak som en skriven i motsats till en oskriven (icke-formell) konstitution. Den formella, skrivna konstitutionen kan rymmas inom ett eller flera dokument såsom i Tyskland (1949 års konstitution), Frankrike (1958 års konstitution, 1946 års preambel, 1789 års deklARATION) Sverige (RF, SO, TF och YGL) eller Finland (2000 års grundlag som ersatte de tidigare fyra separata grundlagarna).

Det tredje sättet att förstå begreppet formell konstitution är att betrakta sedvanerätt som uppnått konstitutionell status som en del av den formella konstitutionen. Förutsättningen för att ändra i sådan konstitutionell sedvanerätt är att formellt beslut fattas på samma sätt som för ändringar av den formella skrivna konstitutionen. Detta synsätt har hävdats i Norge angående möjligheten att avskaffa domstolarnas lagprövningsrätt eller genomföra ändringar i parlamentarismen (Andenæs 2004, s. 23–24).

## Materiell konstitution

Syftet här är att diskutera idén om en materiell konstitution utifrån ett vidare synsätt, och att uppmärksamma regelmassor som inte har formaliserats på konstitutionell nivå men som likväl har en särskild relevans. Det finns rättskällor utanför den formella konstitutionen som är grundläggande för den svenska rättsordningen, och de skulle därför kunna sägas utgöra en del av konstitutionen i materiell mening.

Avsikten är inte att uppmärksamma den statspraxis som ofta utvecklas i ett givet system, eller frågan om vilken statspraxis som kan ha uppnått status som konstitutionell sedvanerätt. Med statspraxis avses här statsorganens faktiska agerande vad gäller sättet att utöva sina befogenheter, och oavsett om det finns en skriven konstitution eller ej. I Storbritannien sker det utifrån en politisk tradition med s.k. *constitutional conventions* (Munro 1999, s. 55ff) som tillsammans med enstaka skrivna dokument (bl.a. Magna Charta) bildar ett slags konstitution i materiell mening. I Norge har en statspraxis utvecklats vid sidan av landets skrivna, formella konstitution från 1814, och enstaka delar av denna statspraxis har också uppnått status som sedvanerätt. Vad som utgör konstitutionell sedvanerätt är dock omdiskuterat; att parlamentarismen och domstolarnas lagprövningsrätt har sedvanerättslig status är klart men i övrigt råder delade meningar (Andenæs 2004, s. 21ff). Tillsammans supplerar statspraxis och konstitutionell sedvanerätt den skrivna konstitutionen och bildar på så sätt en materiell konstitution som är vidare än den skrivna.

I den första typen av regelmassa utanför den formella konstitutionen finner vi i flera länder lagar som har en särställning i förhållande till vanlig lag. Sådan lagstiftning betecknas ibland semi-konstitutionell, och kan också inbegripas i en helt egen kategori i ett givet system. Således kallas de ”konstitutionella lagar” i Estland, och ”lagar angående särskilda organ” [*lois organique*] i Frankrike för att markera skillnaden i förhållande till vanlig lag. Dessa lagar kan vara svårare att anta och ändra än vanliga lagar men inte lika svåra att ändra som konstitutionen; Estlands konstitution artikel 104 föreskriver absolut majoritet för antagande. En annan variant är att särskilda krav ställs ifråga om förhandskontroll av deras förenlighet med konstitutionen. Detta är fallet i Frankrike där konstitutionen föreskriver obligatorisk förhandskontroll av *lois organiques* i *Conseil constitutionnel* (CC).

Konstitutionella lagar kan röra förutsättningar för det politiska systemets förverkligande (t.ex. angående medborgarskap, val och folkomröstning) eller centrala statliga organ/institutioner. I Estlands konstitution

finns en lista som också inkluderar regler om bl.a. landets centralbank, riksrevisionen, riksrettsförfarande, domstolar, statsbudget, försvar samt regler om undantagstillstånd (art. 104). Frankrikes konstitution anger i anslutning till vissa organ och ämnen att de regleras närmare i en *loi organique* (t.ex. art. 67 angående riksrettens sammansättning och funktions-sätt, art. 73 angående vissa begränsningar i lokal lagstiftning i Frankrikes departement och regioner som ligger utanför Europa, art. 88–3 angående EU-medborgares rösträtt i lokala val).

Vad gäller svenska förhållanden är Riksdagsordningen (RO) relevant i detta sammanhang. RO hade förut status som grundlag men befinner sig nu i normhierarkin någonstans mellan grundlag och vanlig lag med tanke på ändringsmekanismerna (RF 8:16), och samma ändringsmekanismer gäller också för Lag (1998:1591) om Svenska kyrkan (RF 8:6). Med tanke på RO:s funktion idag – ett reglemente för riksdagen – är det inte aktuellt att i denna undersökning fundera vidare över dess betydelse som källa för argument i de högsta instanserna.

Nästa grupp regler utanför konstitutionen utgörs av ratificerade internationella konventioner. I många länder har de ett företräde framför nationell lag och utgör därför ett slags komplement till den formella konstitutionen. Det är särskilt Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) som är relevant att uppmärksamma på grund av dess stora inflytande på den nationella regleringen av fri- och rättigheter. Flera länder i Europa har inkluderat Europakonventionen i sitt konstitutionella regelverk på olika sätt, andra har inkorporerat den i den vanliga lagstiftningen.

I Sverige har Europakonventionen status som lag efter inkorporeringen i svensk rätt 1995. I propositionen sades att ett införlivande på konstitutionell nivå inte var önskvärt eftersom det skulle leda till en konstitutionell dubbelreglering och därmed risker för oklarheter angående grunderna för inskränkningar i fri- och rättigheter. Det fanns dock en önskan att markera och förstärka Europakonventionens särskilda betydelse genom ett stadgande i RF. RF 2:23 är främst riktad till lagstiftaren och syftar till att begränsa dess handlingsfrihet i förhållande till framtida lagstiftning (prop. 1993/1994:117 s. 36):

Lag eller annan föreskrift får ej meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (RF 2:23).

Europakonventionen har därigenom en konstitutionell funktion trots att den i sig själv inte har konstitutionell rang. Med tanke på Europakonventionens supplerande roll till rättighetskapitlet i RF sträcker sig det rättsliga rättighetskyddet längre än den formella nationella konstitutionen. Detta speglas i synen på risken för eventuell diskrepans mellan Europakonventionen och föreskrifterna i 2 kap. RF, en konflikt som enligt regeringen inte gärna kunde uppstå: ”I den mån de två regelsystemen inte ger samma skydd kommer den regel som går längst att bli den som avgör hur långt skyddet för fri- och rättigheterna sträcker sig.” (prop. 1993/94:117 s. 37).<sup>2</sup> I praktiken kan man hävda att Europakonventionen utgör en del av den materiella konstitutionen, inte minst på grund av att den svenska lagstiftaren i och med klagomöjligheten har accepterat att svensk lagstiftning kan underställas en sorts överprövning av Europadomstolen i Strasbourg (Petersson m.fl. 1999, s. 69). I sammanhanget kan noteras att Europakonventionen i NJA:s författningsregister anges i direkt anslutning till RF.

Till den sista gruppen av regler med konstitutionell betydelse utanför den formella konstitutionen skulle man kunna räkna även vissa grundläggande förutsättningar och hänsyn som brukar inkluderas i *kriterier för rättsstatlighet* (Frändberg 1984). Som exempel kan nämnas straff- och processrättsliga principer (t.ex. ”inget straff utan lag”, ”ne bis in idem”), kravet på proportionalitet vid olika former av maktutövning samt generella krav på lagstiftningens utformning och tillgänglighet (klarhet, förutsebarhet etc.). Sådana krav ligger utanför den formella konstitutionen men kan i sak betraktas som konstitutionella i materiell mening. Argumentation i domstolar som bygger på sådana principer etc. skulle därför kunna betecknas som ”hypotetiskt konstitutionell”. Kanske framstår detta synsätt som konstruerat, men meningen är att belysa att uttrycket ”konstitutionellt” kan förstås på ett vidare, innehållsligt sätt.

Vad gäller straff- och processrättsliga principer återfinns flera av dem i Europakonventionen och i svensk rätt delvis i RF men annars framför allt i Rättegångsbalken (RB) och Brottsbalken (BrB). Den teoretiska möjligheten att införa en mer utförlig reglering på konstitutionell nivå framgår av den diskussion som fördes i förarbetena till RF:s rättighetskatalog angående garantier för rättegångsförfarandet: ”Sådana bestämmelser har sitt främsta värde som beståndsdelar av ett större regelkomplex. Att i grundlag föra in en processuell reglering av den omfattning som erfordras för att den skulle innebära någon verklig förstärkning av rättighetskyddet (...)

skulle (...) helt spränga ramarna för RF:s fri- och rättighetskapitel.” (prop. 1975/76:209 s. 127).

Proportionalitetsprincipen – som ett exempel bland flera principer – har fått förnyad uppmärksamhet genom inflytandet från EG-rätten och Europakonventionen under 1990-talet. Det balanseringskrav som proportionalitetsprincipen innebär inom både straff- och förvaltningsrätt är dock ett känt fenomen i Sverige sedan lång tid (Helmius 2000, s. 72ff). Även om den formellt inte befinner sig på konstitutionell nivå är det möjligt att argumentera för att proportionalitetsprincipen materiellt sett har konstitutionell status genom dess speciella betydelse vid rättstillämpningen.

Som det sista exemplet ovan nämndes också kravet på förutsebarhet genom bl.a. tydlig och sammanhängande lagstiftning. Möjligheten att förutse konsekvenserna av sitt handlande är grundläggande och gäller inte bara straffrätt utan också andra rättsområden som skatterätt och hur denna hänger samman med civilrättsliga dispositioner. Diskrepans dem emellan kan bidra till att förutsebarheten brister (jfr Gustaf Petréns avvikande meningar i RÅ 80 1:24 och RÅ 80 1:26).

### ”Konstitutionell argumentation”: möjliga kategorier

Den föregående diskussionen om ett formellt respektive materiellt synsätt på vad en konstitution kan omfatta ger flera kategorier av vad som också kan klassificeras som ”konstitutionell argumentation”. Här kommer fem kategorier relaterade till svenska förhållanden att presenteras även om bara den första kommer att användas i den vidare undersökningen. De tre första kategorierna relaterar till *formell* konstitution, de två sista till *materiell* konstitution.

Den första kategorien är den som innehåller *explicita hänvisningar* till ett specifikt stadgande i någon av de svenska grundlagarna (”enligt RF 2:10...”) (se Smith 1993, s. 112ff). I den andra kategorien ryms *implicita resonemang* kring regler i RF men där dessa omnämns utan specifik hänvisning (”den grundlagsskyddade yttrandefriheten”, ”regeringsformens krav på yttrandefrihet...”, ”enligt regeringsformens regler för normgivning...”). I en tredje kategori hamnar *allmänna resonemang* av mer svepande typ där fenomen reglerade i RF nämns (”demokratins förutsätter att yttrandefrihet garanteras...”, ”djupt kränkande för sin åsikts- och religionsfrihet”).

Avgränsningen mellan den andra och den tredje kategorien kan avgöras på grundval av om orden ”regeringsform” eller ”grundlag” används eller ej.

Kategori c är svårare att bestämma eftersom den inkluderar allmänna uttryck angående demokrati m.m. och därför riskerar att flyta ut (se Eggen 2002, s. 749ff). Ytterligare en komplikation är fall som allmänt handlar om ”yttrandefrihet” men där all eller åtminstone merparten av den konstitutionella argumentationen bygger på YGL eller TF (se NJA 2000 s. 355). Men också yttrandefriheten i RF (eller artikel 10 i Europakonventionen) kan avses.

Den fjärde kategorien innehåller explicita hänvisningar till *Europakonventionen*. Den femte kategorien bygger på resonemang kring fenomen som inte är reglerat i svensk grundlag, däremot i Europakonventionen eller som framkommer av EG-rätten eller som är att hänföra till *rättsstatliga principer* (se diskussionen ovan). Denna kategori skulle kunna benämnas ”hypotetiskt konstitutionell argumentation” eftersom den rör förhållanden som är av konstitutionell (konstituerande) betydelse för ett rättssystem i en stat där konstitutionell demokrati utgör ett ideal.

Av kategorierna hänförliga till formell konstitution är det bara den första som låter sig kvantifieras på ett entydigt och säkert sätt som också kan ge grund för statistik. Explicita hänvisningar till RF förutsätter inte långa resonemang, och därför är det inte heller aktuellt att för detta sammanhang ange vilka krav som skulle behöva ställas på de konstitutionella resonemangen angående kvalitet och omfattning. Det som blir intressant att uppmärksamma är i stället vem som åberopar RF och hur enskilda individers eventuella hänvisningar till RF eventuellt följs upp av domstolen. Därtill om det finns skillnader mellan domstolstyper (allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar) och mellan lägre och högre instanser.

Undersökningen utgår från den första kategorien, explicita hänvisningar till RF, även om hänvisningar enligt den andra kategorien uppmärksammas i viss mån. Detta är en logisk följd av teorin om RF som positiv rätt; övriga kategorier faller per definition utanför eftersom de är alltför diffusa (tredje kategorien) eller bygger på regler utanför den formaliserade konstitutionen (kategori fyra och fem).

Ett flertal frågor infinner sig genast vid ett närmare betraktande av den första kategorien. Ett problem kan bestå i att eventuellt skilja mellan explicit konstitutionell argumentation (genom hänvisning till lagrum i RF) och tillämpning av en konstitutionell regel men utan att denna uttryckligen nämns. Som ett exempel kan nämnas fall som rör resning och återställande av försutten tid. Stadgandet i RF 11:11 innebär att ett rättsmedel tillhandahålls (närmare reglerat i RB), men det ger däremot endast sällan utslag i form av ett resonemang angående själva RF 11:11.

Den konstitutionella argumentationen som sådan är det mest intressanta. Men i denna undersökning där grundteorin är att RF är positiv rätt måste slutsatsen bli att de fall som anges under RF inkluderas, även om de inte innehåller något egentligt konstitutionellt resonemang utöver hänvisningen till RF. Att en regel endast tillämpas – utan att närmare diskuteras – visar ju på konstitutionens normativa funktion i och med att regeln realiserar rättsligt.

## Högsta domstolens och Regeringsrättens praxis 1980–2002

### Material, metod och avgränsningar

Material för undersökningen utgörs dels av årsböckerna från Högsta domstolen (Nytt juridiskt arkiv del 1, NJA) och Regeringsrätten (Regeringsrättens årsbok, RÅ), dels av uppgifter angående rättspraxis från databasen Rättsbanken. RF trädde i kraft 1975 och rättsfall där RF skulle kunna aktualiseras kan förväntas först några år senare; därför har jag valt att börja undersökningen från och med året 1980.

Materialinsamlingen och -genomgången har skett i tre faser. Först har alla rättsfall i var femte årsbok gått igenom (från år 1980, 1985, 1990, 1995 och 2000). Detta material har inspirerat till teoretiska reflektioner kring konstitutionens omfattning och en klassificering av olika typer av konstitutionell argumentation. Från båda instanserna utgör *referaten* den centrala källan. Annat material som är hänförligt till respektive referat i årsböckerna används inte eftersom syftet är att uppnå en översiktlig bild snarare än en djuplodande studie av varje enskilt fall. Därför kan inga anspråk i och för sig göras vad gäller fullständighet annat än på grund av vad som kommer fram i referaten som sådana. Trots denna begränsning menar jag att referaten tjänar som ett tillräckligt bra underlag för ett ge en bild av *tendenser* vad gäller RF:s tillämpning i de två högsta instanserna, för en jämförelse dem emellan och i viss mån hur en parts argument följs upp av domstolen.

Utöver referaten har *notiser* av relevans i RÅ inkluderats i råmaterialet på basis av registeruppgifter, däremot inte notiser i NJA. Att utesluta detta material från HD kan motiveras genom att ett urval av de ledande rättsfallen redan har gjorts och att det därvid är rimligt att anta att fall som gäller RF inkluderas i denna kategori. Dessutom kan detta motiveras av hänsyn till de två instansernas olika jurisdiktion; eftersom RegR handhar förvalt-

ningsrätt ligger det i sakens natur att konstitutionella frågor kommer upp oftare än i HD.

Den andra fasen i undersökningen har bestått av en genomgång av författningsregistren i alla årsböcker (NJA och RÅ) från 1980 till 2002, alltså inte på basis av en genomläsning av alla referat. Det innebär att jag inte har haft möjlighet att upptäcka s.k. ”konstitutionella u-båtar”, dvs. fall som innehåller argumentation av konstitutionell relevans men där ingen explicit hänvisning ges till RF. Detta är å ena sidan synd eftersom det skulle göra undersökningen mer heltäckande. Å andra sidan är sådan argumentation svår att klassificera (se ovan angående möjliga kategorier) och därigenom också vansklig att kvantifiera. Därtill är den typen av argumentation också mindre relevant i detta sammanhang eftersom syftet här är att undersöka tillämpningen av RF som positiv rätt.

Vid en jämförelse mellan den noggranna genomgången av årsböckerna från vart femte år och genomgången av de fall som anges i författningsregistren kan konstateras att det förekommer vissa fel i registren, både utelämnanden av paragrafhänvisningar och av hela rättsfall. Ett exempel på en sådan lapsus är NJA 1995 s. 11 (angående jäv i Advokatsamfundets disciplinnämnd) som inte förts in under RF i författningsregistret men där RF 1:9 är centralt i HD:s argumentation. Ett senare likartat fall i sak (i vilket hänvisning görs till 1995 års avgörande) finns däremot upptaget i författningsregistret, dock inte under RF 1:9 utan under RF 11:11 eftersom det var ett resningsärende (NJA 2001 s. 239).

En annan observation är att när ett rättsfall anges under ett lagrum i RF så innebär det inte nödvändigtvis att just denna paragraf är föremål för diskussion och analys i själva fallet. Det rättsliga problemet kan exempelvis gälla en definition som är avgörande för den fortsatta proceduren (se t.ex. RÅ 1990 ref. 68, där problemet rörde frågan om talmannens minnesanteckningar angående regeringsbildning kunde utgöra allmän handling och därför vara tillgängliga enligt TF; det var inte regeringsbildningen enligt RF 6:2 som sådan som diskuterades i RegR). Särskilt i resningsavgöranden kan resonemanget ofta röra en helt annan konstitutionell fråga än tillämpningen av själva lagrummet om resning (såsom i de nyss angivna fallen ovan angående RF 1:9, ett annat exempel är RÅ 2000 ref. 19 om kommunal skatteutjämning, RF 1:7 och 8:5). Också av andra skäl inbjuder tillämpningen av RF 11:11 om de extraordinära rättsmedlen resning och återställande av försutten tid till en egen diskussion, se avsnittet *De vanligaste hänvisningarna till RF*.

Utöver de referat (och även notiser i RÅ) som anges i författningsregistren under RF har även de rättsfall som anges under RF men med hänvisning till annan lagstiftning gått igenom (t.ex. NJA 1989 C s. 81, ”Se XV *Utlänningslagen* nr 2”). Här aktualiseras RF på ett mer eller mindre direkt sätt i samband med tillämpningen av den andra lagstiftningen. Det kan i många fall finnas ett betydande konstitutionellt inslag i resonemanget (såsom i det nämnda exemplet under Utlänningslagen, NJA 1989 s. 131 angående kommunarrest där RF 2:8, 2:9 och 2:20 var relevanta). De rättsfall som innehåller en tillämpning av RF eller en explicit hänvisning till RF har därför inkluderats.

Den tredje fasen i materialinsamlingen har bestått av en sökning i databasen Rättsbanken. Här har först inhämtats det totala antalet avgöranden per år från HD respektive RegR. Därefter har avgöranden från HD och RegR angående RF gått igenom och sammanställts per paragraf och per år. En kontroll har så gjorts gentemot uppgifterna i författningsregistren för att den totala sammanställningen skall bli korrekt. För att få ytterligare perspektiv har jag gjort en sökning beträffande antalet avgöranden baserade enbart på Europakonventionen (totalt och per år). Sammantaget har denna tredje fas varit viktig för att få en helhetsbild av proportionerna.

Det är uppenbart att dessa genomgångar och materialet inte täcker alla HD:s och RegR:s avgöranden utan bara ett urval. Men det kan antas att detta urval är förhållandevis representativt: det bygger på de avgöranden med prejudikatvärde som uppmärksammats i årsböckerna samt alla de avgöranden som framkommit i Rättsbanken genom sökningar på ett konsekvent sätt.

Materialinsamlingen har inneburit att steg för steg använda och tränga in i materialet för att se vad det kan berätta. Det är vanskligt och kanske inte heller intressant att ge denna arbetsmetod en specifik benämning; tillvägagångssättet beskrivs bäst som experimentellt och analytiskt-induktivt.

Det har varit nödvändigt att göra flera avgränsningar i denna undersökning. Den första är att de rättsliga instanser som undersöks är HD och RegR; inga specialinstanser såsom Arbetsdomstolen eller Marknadsdomstolen har inkluderats. Nästa avgränsning är att endast åberopanden av stadganden i RF undersöks, inte i de övriga grundlagarna (TF, YGL, SO). För tydlighetens skull understryks till slut att undersökningen inte handlar specifikt om lagprövning eller annan normprövning som sådan, och att den inte heller omfattar Lagrådets förhandsprövning av lagförslag.

## De konstitutionella rättsfallens frekvens och andel i förhållande till andra mål

I syfte att få en bild av proportionerna mellan vanliga rättsfall och rättsfall som rör konstitutionella aspekter (här definierat genom uttryckliga hänvisningar till RF) har en sökning gjorts i Rättsbanken kompletterad med en manuell genomgång av författningsregister beträffande det totala antalet rättsfall 1980–2002 och det totala antalet rättsfall per år. Dessa faktauppgifter är tänkvärda inför vidare funderingar kring både synen på RF bland jurister verksamma i eller kring domstolar och synen på domstolarnas och juristernas eventuellt tilltagande politiska roll.

Under åren 1980–2002 uppgick det totala antalet avgöranden i HD till 6 710. Endast 43 avgöranden innehöll explicit hänvisning till RF (och antalet avgöranden i vilka hänvisning gavs till endast RF 11:11 uppgick till 9). I genomsnitt per år ger detta cirka 292 avgöranden varav 1,87 med hänvisning till RF (i 0,39 avgöranden fanns hänvisning endast till RF 11:11); 1,48 avgöranden/år (0,5% av alla avgöranden/år) rörde alltså alla övriga stadganden i RF. Motsvarande siffror för RegR är totalt 17428 avgöranden under perioden 1980–2002 varav 122 med hänvisning till RF (och av dessa avgöranden avsåg 49 endast RF 11:11). Genomsnittet blir totalt cirka 758 avgöranden per år varav 5,3 angående RF (och i 2,13 avgöranden fanns hänvisning endast till RF 11:11); 3,17 avgöranden/år (0,42% av alla avgöranden/år) rörde alltså övriga stadganden i RF. En uträkning av genomsnittet per år för varje femårsperiod presenteras i nedanstående tabell:

**Tabell 2.1.** Totalt antal avgöranden samt antal avgöranden angående RF: genomsnitt per år i femårsperioder.

	1980–1984	1985–1989	1990–1994	1995–1999	2000–2002
Totalt antal avgöranden:					
HD	381,8	321,6	310,8	221,6	175
RegR	1171,2	978,6	759,6	398	296,66
Avgöranden angående RF:					
HD	2,2 (0,4)	2,4 (0,8)	2* (0,2)	1 (0,4)	1,33 (0)
RegR	5,2 (2,8)	5,4 (2,2)	7 (2,8)	4,2 (0,8)	4,66 (2)
Andel avgöranden angående RF i förhållande till det totala antalet avgöranden (%):					
HD	0,58 (0,1)	0,74 (0,25)	0,64 (0,06)	0,45 (0,18)	0,76 (0)
RegR	0,44 (0,23)	0,55 (0,25)	0,92 (0,37)	1,05 (0,2)	1,57** (0,67)

Siffrorna inom parentes anger avgöranden i vilka hänvisas till endast RF 11:11.

Alla uppgifter enligt sökning i Rättsbanken kompletterad med manuell genomgång av författningsregister.

\* Här har inräknats kommunarrestfall nr 2 (NJA 1990, s. 636). Bland 1993 års avgöranden består ett egentligen av tre olika avgöranden som alla avser frihetsberövande (NJA 1993, s. 360); dessa räknas här som ett fall.

\*\* Här kan observeras att i anslutning till ett av RegR:s avgöranden 2000 avgjordes ytterligare tre mål av liknande slag men dessa räknas inte in i tabellen eftersom de inte framgår av Rättsbanken eller författningsregister (se RÅ 2000, ref. 19).

För både HD och RegR kan konstateras att det totala antalet avgöranden var betydligt högre under 1980-talet jämfört med 1990-talet och senare. Detta kan enkelt förklaras utifrån ändrade processrättsliga regler och alltså hur mål kommer upp i de högsta instanserna. Exempelvis ändrades förvaltningsprocesslagen från och med 1996 så att resning och rättsprövning i vissa fall kan prövas av kammarrätt i stället för som förut bara av Regeringsrätten. Detta medförde en ordentlig minskning av antalet mål i RegR som i stället profilerades ytterligare som prejudikatinstans. Beträffande HD ändrades reglerna för prövningstillstånd redan 1989. De innebar att hovrätterna i viss utsträckning skulle pröva ansökningar om resning och återställande av försutten tid, och på så sätt försvann ett stort antal mål från HD:s bord. Därför har också antalet avgöranden minskat totalt sett. Även här har det varit fråga om att understryka HD:s funktion som prejudikatinstans.

Vad gäller antalet avgöranden angående RF kan konstateras att dess proportion i förhållande till avgöranden i övriga måltyper är mycket liten, men samtidigt har den ökat konstant i RegR; i HD är tendensen inte lika tydlig. Denna förändring i RegR borde kunna förklaras främst utifrån det faktum att dess tydligare roll som prejudikatinstans medför att koncentrationen ökar kring mer komplicerade mål och mål av principiell betydelse. Och mål som rymmer konstitutionella aspekter kan i stor utsträckning antas vara både komplicerade och ha principiell betydelse. Att vissa typer av konstitutionella avgöranden samtidigt har minskat kommer att diskuteras nedan.

### **De vanligaste hänvisningarna till RF**

Andelen avgöranden som på något sätt berör RF är alltså mycket liten, även om den relativa ökningen som kan skönjas särskilt i RegR beaktas. Men den fråga som inställer sig är vilka specifika paragrafer i RF som det är vanligt att hänvisa till, och vilka som hänvisas till endast i enstaka fall.

Uppgifterna i författningsregister och Rättsbanken ger följande *kvantitativa* bild av paragrafhänvisningar i HD och RegR sammanlagt:

**Tabell 2.2.** Antal hänvisningar till paragrafer i RF (totalt 156) i HD och RegR sammanlagt.

Totalt antal §§ till vilka hänvisning gjorts:	39 (25 %)
1. Hänvisning <i>en gång</i> :	16 §§ (10,2 %)
2. Hänvisning <i>två till fem gånger</i> :	14 §§ (9 %)
3. Hänvisning <i>sex till nio gånger</i> :	2 §§ (1,3 %)
4. Hänvisning <i>tio gånger eller mer</i> :	7 §§ (4,5 %)

Återigen: dessa siffror bygger på en sökning paragrafvis i Rättsbanken kompletterad med manuell genomgång av författningsregister. Inga anspråk på fullständighet görs och jag understryker därför att ambitionen i resonemanget nedan är att peka på de *tendenser* som detta material ger underlag till.

De aktuella paragraferna i den första gruppen (hänvisning *en gång*) är: RF 1:4, 1:7, 2:2, 2:3, 2:6, 2:7, 2:15, 2:16, 2:19, 2:23, 6:2, 7:3, 8:17, 11:4, 11:8, 12:8. Som synes ligger koncentrationen kring kapitel 1 (statsskicketts grunder), kapitel 2 (grundläggande fri- och rättigheter), kapitel 6–8 (regeringen, regeringsarbetet, lagar och andra föreskrifter) och kapitel 11 och 12 (rättskipning och förvaltning, kontrollmakten).

Det ligger i sakens natur att denna grupp inte kan uppvisa något egentligt mönster, men några observationer kan ändå göras. Här ryms principiellt intressanta och viktiga avgöranden såsom Skattefjällsmålet angående RF 2:15 (NJA 1981, s. 1) och avgörandet om kommunal skatteutjämning enligt bl.a. RF 1:7 (RÅ 2000, ref. 19). Men här finns också avgöranden där en hänvisning till lagrummet i RF närmast är underförstådd. Ett exempel är NJA 2000 s. 57 (ang. Göta Kanal Bolags skyldighet att underhålla vindbrygga över kanalen i enlighet med två kungliga brev från år 1810 och 1812) där ingen explicit hänvisning ges till RF i den del av domskälen som rör normgivningsreglerna under 1809 respektive 1974 års RF. Däremot kommer de relevanta lagrummen fram vid sökningen i Rättsbanken, bl.a. RF 1:4 ("Riksdagen är folkets främsta företrädare. Riksdagen stiftar lag (...)."), och denna plötsliga noggrannhet förvånar lite i jämförelse med tidigare års ibland slumpartade hänvisningsrutiner (se diskussion i avsnittet *Material, metod och avgränsningar*).

Den sista observationen angående denna första grupp rör de lagrum i RF till vilka man kunde tänka sig att hänvisning skulle ske oftare. Här avses särskilt RF 2:16 angående missgynnande på grund av kön. Att denna paragraf hänvisas till så sällan skulle kunna bero på att arbetsrelaterade

konflikter (där könsaspekter kan aktualiseras vid t.ex. anställningsförfaranden eller lönesättning) avgörs av Arbetsdomstolen och inte av HD eller RegR. Men vid en sökning på Arbetsdomstolens praxis i Rättsbanken visar det sig inte finnas något enda avgörande med hänvisning till RF 2:16. Förklaringen till detta ligger i att det är den vanliga lagstiftningen på området som tillämpas i praktiken, samt rättsregler på lägre nivå. Eventuella normkonflikter kan i första hand antas finnas mellan dessa nivåer.

Vad gäller den andra gruppen (hänvisning till RF mellan *två och fem gånger*) är de aktuella paragraferna följande: RF 1:9, 2:8, 2:9, 2:12, 2:13, 2:20, 8:5, 8:7, 8:9, 8:14, 10:5, 11:3, 11:6, 11:13. Inte heller här är det lätt att uttyda något speciellt mönster angående just dessa paragrafer, men i likhet med den första gruppen är det särskilt rättighetsbestämmelserna (kap. 2 RF) som här står i fokus. Detta är heller inte förvånande eftersom det rör sig om regler som på ett konkret sätt berör enskilda och som också enskilda individer kan åberopa i domstol. Det är däremot lite förvånande att ett lagrum som RF 1:9 (allas likhet inför lagen, krav på saklighet och opartiskhet inom rättskipning och förvaltning) inte hänvisats till ännu oftare. Här skall dock påpekas att ett fall från HD avseende RF 1:9 som borde ha funnits med i författningsregistret och Rättsbanken verkar ha exkluderats av misstag (NJA 1995, s. 11). Om detta fall räknas med skulle det totala antalet hänvisningar uppgå till sex stycken och flytta RF 1:9 till nästa grupp.

I den tredje gruppen (hänvisningar till en paragraf i RF mellan *sex och nio gånger*) finns de två lagrummen RF 2:1 och 7:2. Opinionsfriheterna i RF 2:1 (yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet) hör till demokratins grundläggande förutsättningar. Inskränkningar i t.ex. yttrandefriheten kan aktualiseras inom en rad områden och föranleda mycken diskussion; därför är det inte så förvånande att så många explicita hänvisningar har gjorts till RF 2:1 (se NJA 1985 s. 893, RÅ81 2:15, RÅ83 2:5, RÅ 1991 ref. 21). Här kan förstås tilläggas att det finns ytterligare exempel på avgöranden där opinionsfriheterna diskuteras implicit eller i mer allmänna termer och alltså utan explicita hänvisningar till RF 2:1 (t.ex. RÅ80 2:30 och 2:60). Omfattningen av hänvisningarna till kap. 2 RF diskuteras nedan i avsnittet *Utvecklingen betraktad i femårsperioder*. Även frekvensen och utvecklingen av antalet hänvisningar till RF 7:2 angående de krav som kan ställas på beredningen av regeringsärenden berörs närmare i samma avsnitt nedan.

Den fjärde gruppen rymmer de paragrafer till vilka hänvisning har

gjorts *tio gånger eller mer*. Dessa de allra mest frekvent refererade lagrummen är RF 2:10, 2:18, 8:2, 8:3, 8:13, 11:11, 11:14. Beträffande lagrummen i kap. 2 RF – RF 2:10 (förbud mot retroaktivt straff och retroaktiv skatt) och RF 2:18 (egendomsskyddet) – är den svenska situationen påfallande lik den i Norge där motsvarande paragrafer i 1814 års Grunnlov är bland de oftast åberopade i grundlagssammanhang (även om grundlagsregleringen av fri- och rättigheter i Norge i övrigt inte är jämförbar med den mer omfattande katalogen i RF 2 kap.).

I ett internationellt perspektiv är det likaså vanligt att reglerna för normgivningens formella gränser blir föremål för rättsliga prövningar; detta är för övrigt grundidén med författningsdomstolar. I det svenska sammanhanget aktualiseras RF 8:2 (krav på lagform för reglering av privaträttsliga förhållanden) och 8:3 (krav på lagform för offentligrättsliga regler som är betungande för den enskilde) dessutom i samband med institutet rättsprövning i RegR. En summering av antalet hänvisningar till dessa lagrum i samband med rättsprövning uppgår till åtta (av totalt nio hänvisningar) angående RF 8:2, och 10 (av totalt 19) angående RF 8:3 (uppgifter enligt Rättsbanken). I HD har hänvisning till dessa två lagrum skett betydligt mer sällan – tre gånger sammanlagt. Den kompetens- och gränsdragningsproblematik som följer av en långtgående förordningsmakt ger naturligen upphov till ett stort antal rättsliga avgöranden angående RF 8:13 (verkställighetsföreskrifter och regeringens restkompetens), se t.ex. RÅ 84 2:15 och 2:19, RÅ 85 1:5, RÅ 1986 ref. 158, RÅ 1987 ref. 21, RÅ 1988 ref. 146 och RÅ 1989 ref. 78; se också Fredrik Sterzel, *Lagstiftningsmakten och förordningsmakten* i denna bok.

Inget annat lagrum ger lika stort utslag i Rättsbanken som RF 11:11 (resning och återställande av försutten tid). För HD:s del handlar det om 10 avgöranden och för RegR om hela 52. Men resning och återställande aktualiseras ännu oftare än så vilket tydligt framgår av respektive årsboks övriga register, dels i NJA:s författningsregister under rättegångsbalken (RB), dels i NJA:s alfabetiska register och vad gäller RÅ av dess sakregister. I HD har det rört sig om uppemot 10 avgöranden per år under 1980-talet och därefter enstaka fall per år (kanske upp till fem–sex) under 1990-talet och framåt. I RegR har det däremot handlat om bortåt 200 avgöranden per år (och betydligt fler under toppåren 1993 och 1994) fram till reformen av förvaltningsprocessen från och med 1996; därefter har antalet minskat betydligt.

Denna bild av antalet fall rörande resning och återställande av försut-

ten tid som ges av registren kan enkelt förklaras rent tekniskt. Men den inbjuder likväl till några reflektioner om den konstitutionella regleringen av extraordinära rättsmedel.

Vad gäller den tekniska förklaringen är det så att HD tillämpar RF 11:11 undantagsvis – när ett fall inte täcks av RB:s regler (kap. 58 och 59) eller av viss annan lagstiftning, närmare bestämt lagen om domstolsärenden eller Utsökningsbalken (Regner 1997, s. 50f). Men i de avgöranden som förts in under RF har det inte alltid inneburit att RF 11:11 varit uttryckligen föremål för diskussion i själva målet (t.ex. NJA 1982 s. 674). Fallet NJA 1986 s. 666 (med en skiljaktig mening) är av särskilt intresse eftersom HD där resonerar principiellt kring resning i tidigare resningsärenden; hänvisningen till RF 11:11 (två inledande meningar) är utgångspunkt för den vidare diskussionen kring RB:s regler. I andra avgöranden har RF 11:11 aktualiserats i ett kort resonemang kring forumfrågan, alltså om det är HD eller RegR som är den rätta prövningsinstansen (t.ex. NJA 1993 s. 681, jfr med NJA 1993 s. 405 med explicit hänvisning till RF 11:6).

Flera av HD:s resningsfall rymmer resonemang om helt andra stadganden i RF. Exempelvis har principerna i RF 1:9 om allas likhet inför lagen samt om myndigheternas iakttagande av saklighet och opartiskhet vid deras myndighetsutövning återopats i resningsärenden (NJA 1987 s. 459 och NJA 2001 s. 239, det senare fallet diskuteras nedan) liksom principen i RF 2:11 om att förhandling i domstol skall vara offentlig (NJA 1990 s. 576).

Ifråga om RegR är den tekniska förklaringen till det stora antalet avgöranden angående RF 11:11 att resning och återställande av försutten tid var oreglerade i förvaltningsprocessrätten fram till den ändring som kom i förvaltningsprocesslagen 1995. Med RF 11:11 som grund har dessa extraordinära rättsmedel därför utvecklats av domstolarna som visserligen haft bestämmelserna i RB som utgångspunkt för bedömningen av olika frågor; en anpassning till förvaltningsprocessen har dock medfört en viss frigörelse från RB:s regler (Ragnemalm 1992, s. 129ff).

Detta innebär inte en större grad av konsekvens vad gäller sättet att hänvisa till RF 11:11 i de 52 avgöranden som framkom vid sökningen i Rättsbanken. De stickkontroller som gjorts visar inte på någon systematisk hänvisning till RF 11:11 eller relevanta lagrum i förvaltningsprocesslagen. RF 11:11 nämns i enstaka fall i anslutning till diskussioner om RegR:s jurisdiktion (t.ex. RÅ 1990 not 26) eller huruvida RegR ingår i ”Kungl. Maj:t” enligt RF:s övergångsbestämmelser (RÅ 2002 not 17). Det kanske

enda egentliga resonemanget kring RF 11:11 står att finna i en avvikande mening av Gustaf Petré i RÅ81 2:83. Petré gör här en historisk genomgång av institutet återställande av försutten tid från 1809 års RF och framåt, för att sedan landa i ett resonemang om hurvida förändringar av detta institut avsågs i och med stadgandet i 1974 års RF.

Liksom i HD finns också från RegR flera exempel på resningsärenden som rör andra konstitutionella frågor än resningen som sådan. Ett famöst exempel från senare tid är RÅ 2000 ref. 19 där grunden för resningsansökan var att den aktuella lagen ansågs grundlagsstridig och att detta utgjorde skäl för resning, något som RegR besvarade nekande (se kommentar nedan).

Valet att reglera de extraordinära rättsmedlen på konstitutionell nivå måste betraktas som en garanti för att dessa rättsmedel inte skall kunna upphävas på ett lättvindigt sätt. Dessutom utgör de en säkerhetsventil för de sammanhang då rättsmedlen kan bli aktuella men inte är fullständigt reglerade i vanlig lagstiftning. Möjligheten till resning eller återställande av försutten tid skulle mot denna bakgrund kunna betraktas som ett slags konstitutionell rättighet som den enskilde ytterst alltid skall kunna åberopa, även om utformningen av RF 11:11 snarare innebär en särskild kompetens för RegR och HD eller lägre instans ("Resning i avgjort ärende (...) beviljas av Regeringsrätten (...). I annat fall beviljas resning av Högsta domstolen (...).") än en rättighet som tillkommer en enskild.

Den sista paragraf till vilken hänvisning sker ofta är RF 11:14 (s.k. lagprövning). Eftersom lagprövning är principiellt viktigt och därtill mycket omdebatterat (se uppsatsen *System för lagstiftningskontroll* i denna bok) ges en redovisning av antal åberopanden samt utfallet i de tillfällen då HD eller RegR har valt att inte tillämpa den omtvistade rättsregeln (i lag, förordning eller annan föreskrift).

Antalet avgöranden som har inneburit att en rättsregel inte har tillämpats därför att den strider mot en annan rättsregel av högre valör är mycket litet. Detta gäller särskilt lag stiftad av Riksdagen (ett enda avgörande i HD) men även förordningars oförenlighet med lag (två avgöranden i RegR). Detta kan bl.a. förklaras utifrån den restriktiva hållning som sedan länge intagits i svenska domstolar och som sedermera har kodifierats i det s.k. "uppenbarhetsrekvisitet", dvs. att en rättsregel i en lag eller förordning inte skall tillämpas endast om felet (stridigheten med en rättsregel av högre rang) är uppenbart. Det finns förstås andra förklaringar, t.ex. domstolarnas tolkningsmetoder kombinerat med hur en rättsregel skall förstås i ett visst sammanhang.

**Tabell 2.3.** Antal åberopanden av RF 11:14 samt utfall av lagprövningen.

	1980–1984	1985–1989	1990–1994	1995–1999	2000–2002
Totalt antal åberopanden av RF 11:14					
HD	3	3	3	1	2
RegR	4	8	4	4	2
Antal avgöranden om icke tillämpning av lag					
HD	0	0	0	0	1
RegR	0	0	0	0	0
Antal avgöranden om icke tillämpning av förordning					
HD	0	0	0	0	0
RegR	0	0	1	1	0
Antal avgöranden om icke tillämpning av föreskrifter av lägre rang					
HD	0	0	1	1	1
RegR	0	6	0	1	1

Begränsningen om uppenbarhet gäller dock inte för föreskrifter av lägre valör (såsom myndighetsföreskrifter). Tabellen visar också att de flesta tillidosättanden av rättsregler avser just rättsregler av lägre valör (särskilda verkställighetsföreskrifter men också vissa kommunala föreskrifter) därför att de inte har ansetts förenliga med den högre rättsregeln (med RF i ett fall, i övrigt med rättsregler i lag, förordning respektive kommunal renhållningsordning). Det faktum att det är ”vanligare” att inte tillämpa föreskrifter på denna nivå kan därtill bero på att antalet myndighetsföreskrifter m.m. är betydligt högre än det totala antalet lagar och förordningar (angående regelmängder, regelpyramiden och myndighetsregler, se Sterzel 1998; angående normprövning i rättspraxis, se Strömberg 1988 och Nergelius 1996a och 1996b).

Kanske kan dessa uppgifter bidra till att tona ned de överdrivna farhågorna för en alltmer ökande politisk makt hos domstolarna.

### **Delar av RF som oftast är föremål för rättslig prövning**

Frågan om vilka delar av RF som oftast är föremål för rättslig prövning har delvis besvarats i avsnittet ovan om de oftast åberopade paragraferna. Det är i Sverige vanligast att i domstol åberopa de delar av konstitutionen som konkret berör enskilda individer: RF:s kapitel 2 om grundläggande fri- och rättigheter samt kapitel 8 om normgivning. Detta följer ett inter-

nationellt mönster där de konstitutionella klagomålen rör sig om normgivningens formella gränser och materiella innehåll. Bilden kunde förstås bli en annan om olika statsorgan (såsom i författningsdomstolar) hade tale rätt och kunde driva fram frågor relaterade till andra delar av statsorganens respektive kompetensområden.

Utöver dessa områden är det annars kapitel 11 om rättskipning och förvaltning, plus RF 1:9, som hör till de delar av RF som prövats rättsligt. Detta är inte så uppseendeväckande eftersom det är i särskilt förvaltnings sammanhang som individer möter statsapparaten och där en mängd beslut fattas som direkt och omedelbart påverkar människors vardagsliv (bidrag av olika slag, körkortsärenden, byggnadslov, taxeringsfrågor, olika typer av tillstånd och påbud för restaurangverksamhet osv.). Det är naturligt att handläggningen vid olika former av makt- och myndighetsutövning mot enskilda då och då ifrågasätts i rättsliga sammanhang. Enligt undersökningens material är mängden hänvisningar dock inte jämförbar med dem som rör kapitel 2 och kapitel 8; det stora antalet hänvisningar som avser RF 11:11 får här betraktas som en egen kategori.

#### Utvecklingen betraktad i femårsperioder

Vid en betraktelse av hänvisningar till RF under femårsperioder kan flera tendenser skönjas: antalet rättsliga prövningar i vissa typer av frågor förefaller öka medan de däremot minskar i andra.

**Tabell 3.4.** Hänvisningar till §§ i RF kapitelvis (HD och RegR).

	1980–1984	1985–1989	1990–1994	1995–1999	2000–2002
1 kap.	0	1	0	3	3
2 kap.	14	13	16	12	3
7 kap.	1	0	4	4	0
8 kap.	10	18	15	7	7

De kapitel som uppmärksammas här är de som framstår som mest relevanta för diskussion. Antalet hänvisningar per femårsperiod till övriga kapitel i vilka enskilda paragrafer åberopats en eller flera gånger är så enstaka (kap. 6, 10, 12) att det inte finns mycket att säga; kapitel 11 har kommenterats i avsnittet ovan.

En tendens är den som tyder på ett ökat antal explicita hänvisningar till RFs första kapitel från 1995 och framåt. Tidigare har det varit sällsynt

med prövningar av dessa stadganden i mål som avgörs i HD och RegR. RF:s kapitel 1 innehåller grundläggande stadganden om det svenska statskicket. De flesta är så grundläggande att det nästan kan framstå som banalt att påminna om deras viktiga funktion för Sveriges politiska och rättsliga system (jfr ovan nämnda NJA 2000, s. 57 där RF 1:4 om riksdagen nämns i Rättsbanken bland avgörandets relevanta lagrum). Det brukar också framhåvas att de inte har samma normativa kraft som övriga delar av RF utan att de endast utgör s.k. portalstadganden vilka i stor utsträckning preciseras genom andra normer i RF. I så måtto skulle RF kapitel 1 delvis kunna jämföras med den normativa funktion som preambular kan ha i vissa utländska konstitutioner.<sup>3</sup>

Mot denna bakgrund hör det till de verkliga undantagen att stadganden i RF:s första kapitel åberopas i det praktiska rättslivet, och de få fall som förekommit framstår därför som både viktiga och intressanta. Särskilt i resningsmålet om skatteutjämning mellan kommuner (RÅ 2000, ref. 19) blev den normativa innebörden hos RF 1:7 (om indelning i primärkommuner och landstingskommuner, kommuners beslutanderätt och beskattningsrätt) föremål för diskussion. RegR poängterade stadgandets avsiktligt allmänt hållna utformning liksom dess funktion som principstadgande, faktorer som gjorde att uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 inte kunde uppfyllas i det aktuella fallet. Detta innebar att den normativa funktionen hos RF 1:7 var mycket svag.<sup>4</sup>

Medan ovanstående rättsfall rörde en fråga av utpräglat politisk natur och gav uppmärksamhet åt RF i breda kretsar finns två avgöranden från HD som på olika sätt ger en skarp kontrast ifråga om den normativa betydelsen hos första kapitlet RF (NJA 1995 s. 11, NJA 2001 s. 239). De likartade fallen rörde handläggning av jäv hos Advokatsamfundets disciplinnämnd och berörde alltså en liten men viktig juristgrupp, nämligen advokaterna. Referaten ger intryck av att båda parterna (advokaten via ombud, disciplinnämnden) endast åberopade jävsregler i RB och inte anförde argument grundade på RF 1:9 (allas likhet inför lagen, krav på saklighet och opartiskhet inom rättskipning och förvaltning). Den konstitutionella argumentationen med hänvisning till RF 1:9 framfördes därför endast av HD. I brist på direkt tillämpliga bestämmelser hos disciplinnämnden anförde HD de krav på osaklighet och opartiskhet i RF 1:9 som ställs på de organ som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen; den närmare innebörden av opartiskheten definierades genom ledning av förvaltningslagens jävsbestämmelser.

Det vore inte korrekt att dra en slutsats på basis av bara två rättsfall. Men det går inte att låta bli att undra varför advokater inte kommer på tanken att åberopa RF utan bara resonerar utifrån RB? Beror det på en traditionell hållning – att RF inte är en del av den positiva rätten och att det inte anses seriöst att åberopa RF i domstol? Oavsett svaret på denna fråga kan konstateras att medvetenheten om RF 1:9:s existens och normativa kraft var obefintlig bland advokaterna i just dessa fall, att döma av referaten i NJA.

Även avgöranden under kapitel 7 (särskilt RF 7:2 som anger att regeringen skall inhämta behövliga upplysningar och yttranden från berörda myndigheter vid beredningen av regeringsärenden) har ökat under 1990-talet jämfört med tidigare (ett enda avgörande åren 1980–89). Tillsammans med ökningen av avgöranden enligt RF:s första kapitel hör detta till det kanske mest uppseendeväckande. Under perioden 1992 till 1999 förekommer inte mindre än sju tillfällen då regeringens beredning av ärenden enligt RF 7:2 blev föremål för rättslig prövning. Intrycket är att tröskeln för att ifrågasätta regeringens beslut har blivit lägre än tidigare eftersom fler klagomål framförs på rättslig väg.

Till de områden som verkar minska något på senare år hör både kapitel 2 och kapitel 8. Vad gäller särskilt kapitel 2 förefaller hänvisningarna dit ha varit som högst under första halvan av 1990-talet för att i stället sjunka drastiskt de sista åren. Här finns flera möjliga förklaringar. Bland externa faktorer skall först nämnas det faktum att Sverige förlorade i ett mycket uppmärksammat mål angående egendomsskyddet i Europadomstolen i Strasbourg tidigt 1980-tal (Sporrong & Lönnroth v. Sweden, Judgment of 23 September 1982, Ser. A, vol. 52). Detta kan ha inspirerat individer att argumentera starkare för sina rättigheter på hemmaplan. Därefter kan den rättighetsera i Europa som växte fram sent 1980-tal och tidigt 1990-tal ha inspirerat vidare. Inkorporeringen av Europakonventionen utgör ett slags kulmen 1995. Sedan har hänvisningarna till RF kapitel 2 minskat. Men den stora vurmen för fri- och rättigheter har kanske också börjat avta lite mer generellt. Kombinerat med att Europakonventionen numera ges en framskjutet plats vid lagstiftningsarbetet jämfört med före inkorporeringen (under lång tid var hållningen att konformitet ansågs föreligga mellan svensk lag och Europakonventionen), kan lagstiftningen dessutom förutsättas ha en högre kvalitet i detta avseende. Ytterligare en förklaring vad gäller interna svenska förhållanden är att YGL trädde i kraft 1992, och efter det har RF 2:1 åberopats mer sällan.

Även hänvisningarna till kapitel 8 i RF har minskat i antal 1995–2002 jämfört med tidigare. Här kan tänkas flera möjliga faktorer, men det finns inte här belägg för några slutsatser. Först skall nämnas de oklarheter som alltid verkar följa när en ny skriven konstitution införs och börjar tillämpas. Reglerna för hur normgivningen skall fungera inbjuder till lägen där uttryck måste tolkas och deras omfattning definieras (t.ex. angående skatter och avgifter), men därefter minskar detta behov. En annan förklaring till att antalet avgöranden har minskat skulle kunna ha att göra med en förbättrad kvalitet på lagstiftningen och lagstiftningstekniken, t.ex. genom ett minskat användande av ramlagar som utfylles med en stor mängd myndighetsföreskrifter. De problem som regleringen av normgivningsmakten i RF kapitel 8 inbjuder till, liksom dess tillämpning i praktiken, diskuteras av Fredrik Sterzel i *Lagstiftningsmakten och förordningsmakten*.

### **Skillnader mellan HD och RegR och mellan instanser i de två domstolshierarkierna**

Flera skillnader visar sig vid jämförelser mellan den konstitutionella argumentationen i HD och RegR. Som en liten bakgrund erinras om att konstitutionella frågor aktualiseras något oftare i RegR än i HD, vilket beror på instansernas respektive jurisdiktion: HD:s jurisdiktion (mål angående civil- och straffrätt) involverar enskilda individer och juridiska personer medan staten inträder som motpart i straffrättsliga mål. RegR:s jurisdiktion omfattar alla typer av förvaltningsrättsliga mål där den enskilda individen har en del av statens förvaltningsapparat som motpart (i vissa fall regeringen).

Det faktum att domstolarnas respektive rättsområde i större eller mindre utsträckning är reglerat med lite olika tekniker och därför också på olika nivåer i regelhierarkin bidrar till att en viss typ av konstitutionellt relaterade problem uppkommer oftare i RegR än i HD. Som exempel kan nämnas att RegR vid tillämpningen av ramlagar måste pröva förenligheten av regler i myndighetsföreskrifter med rättsregler av högre valör i betydligt större utsträckning än HD.

Frågan är dock om detta har medfört skillnader också i förhållningsättet till konstitutionella problem, om kvaliteten i domstolarnas argumentation skiljer sig åt och om detta har förändrats under årens gång. Det allmänna intrycket är att öppenheten för konstitutionella resonemang är större i RegR än HD. Detta är inte förvånande mot bakgrund av olikheterna vad gäller jurisdiktion. Därmed inte sagt att det alltid har varit så

hela den undersökta perioden. RÅ 80 innehåller några exempel på formalism som med lite illvilja också kunde anses uttrycka ett slags konformism gentemot lagstiftaren (se RÅ 80 1:24, 1:26, 1:92). Samtidigt har det i norm-/lagprövningssammanhang pekats på RegR:s självständiga hållning jämfört med HD. Dess återhållsamhet under det första dryga decenniet sedan lagprövningens kodifiering (1980) har ifrågasatts, och dess roll har beskrivits såsom en ”maktens förlängda arm” snarare än som en försvarare av de enskildas rättssäkerhet (Strömberg 1988, s. 121ff, och Nergelius 1996a, s. 686ff).

Genomgången av de *enstaka* rättsfallsreferaten från vart femte år i NJA ger ett intryck av att parternas konstitutionella argument tas på större allvar i de allmänna domstolarna år 2000 jämfört med tidigare. Invändningar angående konstitutionella aspekter bemöttes tidigare främst i högre och/eller högsta instans (se t.ex. NJA 1985 s. 893, NJA 1990 s. 296, NJA 1990 s. 636) medan det i referaten från senare år framgår att första instans nu bemöter dem med adekvata konstitutionella argument (se NJA 2000 s. 132, NJA 2000 s. 165). Denna tendens är tydlig också i RÅ, även om utförligheten i de konstitutionella resonemangen i förvaltningsdomstolarnas lägre instanser förefaller ha ökat något tidigare än i de allmänna domstolarna (se t.ex. RÅ 80 2:30, RÅ 80 2:60, RÅ 1990 ref. 19, RÅ 1995 not 178). En ökad utförlighet av konstitutionella resonemang bör också förklaras utifrån enskilda individers återopanden av *specifika* stadganden i RF; detta synes ha ökat under 1990-talet jämfört med 1980-talet då hänvisningar till RF formulerades i mer allmänna ordalag. I båda domstolshierarkierna innebär den högre kvaliteten på de lägre instansernas konstitutionella argumentation att HD:s och RegR:s konstitutionella resonemang i viss mån minskar eftersom de kan hänvisa till de lägre instanserna.

I denna undersökning har det inte varit möjligt att också uppmärksamma justitie- och regeringsråden tidigare professionella erfarenheter (t.ex. inom regeringskansliet) och dess eventuella betydelse för domarvärvet (Taube 2003, s. 132ff). Samma sak gäller analys av förekomsten av konstitutionell argumentation i skiljaktiga meningar, och den möjliga relation som detta kan ha till justitie- och regeringsrådets professionella bakgrund. En observation har dock inte kunnat undvikas. Genomgången av årsböckerna från vart femte år har visat att regeringsrådet Gustaf Petrén under året 1980 anförde många och utförliga resonemang kring RF och angående rättsstatsaspekter mer allmänt (den femte kategorien av konstitutionell argumentation), också i anslutning till avgöranden som i övrigt inte var av

konstitutionell art. De bör givetvis ses i ljuset av hans särskilda kompetens inom stats- och förvaltningsrätt. Inga motsvarande noteringar av särskilt intresse har kunnat göras i anslutning till genomgången av de utvalda årgångarna av NJA eller i RÅ efter Petréns död.

### Svensk konstitutionell argumentation under europeisk inverkan

Europakonventionens införlivande i svensk rätt genom en särskild lag 1995, och tillkomsten av stadgandet i RF 2:23 samma år, har naturligen haft inflytande på rättstillämpningen i svenska domstolar. Samma sak gäller EU-inträdet och dess regelmassa. Tillsammans har dessa förändringar inneburit en utökning av de rättskällor som svenska domstolar har att beakta i rättstillämpningen. På ett mer generellt plan har detta modifierat rättskälleanvändningen i så måtto att förarbeten nu tillmäts en något mindre betydelse än tidigare vid lagtolkningen.

De frågor som inställer sig vid denna undersökning är huruvida antalet åberopanden samt tillämpningen av RF kapitel 2 har påverkats av Europakonventionen. Det är även relevant att fundera över om dessa förändringar kan tänkas ha inneburit en utveckling av den konstitutionella argumentationens skärpa också mer generellt. Innan diskussionen tar vid skall de kvantitativa uppgifterna presenteras:

**Tabell 2.5.** Fri- och rättigheter. Avgöranden med hänvisning till RF respektive Europakonventionen.

	1980–1984	1985–1989	1990–1994	1995–1999	2000–2002
Avgöranden med hänvisning till 2 kap. RF					
HD	3	7	3	2	1
RegR	5	2	9	7	2
Avgöranden med hänvisning till Europakonventionen					
HD	–	–	–	13	9
RegR	–	–	–	11	1

I avsnittet om utvecklingen i femårsperioder diskuteras olika trender och förklaringar till först det ökade antalet avgöranden angående RF kapitel 2 och därefter den motsatta tendensen under det sena 1990-talet och framåt i och med Europakonventionens nya status i svensk rätt. Utöver de allmänna påpekanden som gjordes där finns också den olikheten mellan vil-

ka fri- och rättigheter som regleras på vilket ställe, i RF kapitel 2 och/eller i Europakonventionen (se också Karin Åhman, *Rättighetskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag?*). Särskilt regleringen av straff- och processrättsliga garantier skiljer sig åt. Jämfört med relevanta stadganden i RF (2:8, 2:9, 2:11) är Europakonventionens artikel 5 (rätten till personlig frihet) och artikel 6 (rätt till domstolsprövning) såsom de använts i Europadomstolen i Strasbourg betydligt mer utförliga. Under sådana förutsättningar framstår det som helt naturligt att hellre åberopa Europakonventionen än RF.

Merparten av HD:s avgöranden angående Europakonventionen rör mycket riktigt aspekter av artikel 6 (i hela 19 av 22 avgöranden) som inte har en motsvarande reglering i RF, särskilt rätten till muntlig förhandling som har prövats flera gånger (i sju avgöranden) men också bl.a. rätten till offentlig försvarare och frågan om jäv för intresseledamöter i Arbetsdomstolen. Även från RegR angår flera av dess avgöranden processuella rättigheter enligt artikel 6 (i sex av 12 avgöranden).

I det fall en fri- eller rättighet är reglerad på båda ställena skulle en möjlig betraktelse kunna bestå i att det fanns en föreställning bland enskilda individer och advokater att Europakonventionen är taktiskt viktigare att åberopa än kapitel 2 RF för att nå framgång i svensk domstol, särskilt med tanke på den ytterligare möjlighet till upprättelse som erbjuds genom Europadomstolen i Strasbourg (plus skadestånd och medial uppmärksamhet). En del av denna föreställning skulle bygga på den delvis irrationella uppfattningen att det internationella systemet är bättre än det nationella ("gräset är grönnare på andra sidan"). En annan förklaring skulle vara att advokater av gammal vana "glömmer" att man faktiskt kan åberopa RF och åberopar Europakonventionen i stället.

I anslutning till denna betraktelse skall kort bara erinras om de problem som Europadomstolen i Strasbourg nu står inför genom den explosion av ansökningar från enskilda individer i östra Europa; detta kan inte medföra annat än att chanserna för att få ett fall prövat minskar. Mot denna bakgrund är det viktigt att de svenska instanserna fullgör sin uppgift med att pröva frågor gentemot Europakonventionen.

Den kvalitativa genomgången av årgångarna från vart femte år ger en fingervisning om att en utveckling av argumentationen angående fri- och rättighetskyddet har skett vad gäller dess skärpa (se avsnittet om skillnader mellan HD och RegR). Det verkar rimligt att förklara denna tendens också utifrån tillkomsten av de nya rättskällorna, och i övrigt av en tidens

anda där konstitutionella frågor och särskilt fri- och rättigheter nu bejakas och diskuteras på ett annat sätt än tidigare i Sverige och inte minst i Europa och globalt. Detta har naturligen bidragit till att skapa en större medvetenhet och bättre kunskap hos enskilda individer. Och detta kan kanske också utgöra en del av förklaringen till att antalet avgöranden i främst RegR angående både RF kapitel 2 och Europakonventionen nu verkar börja avta eftersom de konstitutionella argumenten bemöts i ett tidigare skede i rättsapparaten än förut.

## Slutord

Med de reservationer vad gäller bristen på fullständighet som är nämnda tidigare kan ändå några slutsatser dras angående det eventuellt förändrade synsättet på 1974 års RF jämfört med 1809 års RF. Dagens RF är en del av den positiva rätten och används i den praktiska rättstillämpningen. Att antalet avgöranden som rör RF är litet verkar ganska naturligt med tanke på hur väl etablerat det svenska regelsystemet är. Men detta är också ett praktiskt uttryck för Sverige som "lagstat" snarare än som konstitutionell demokrati. Därtill bör denna slutsats förstås i ljuset av den ganska så välutvecklade förhandskontrollen av lagstiftning. Det faktum att det är få fall som avser RF behöver heller inte betyda att det är något som är fel med det svenska systemet. Om antalet hade varit stort skulle det däremot ha kunnat utgöra ett allvarligt symptom på att något inte stod rätt till i Sverige.

Det kan numera knappast anses oseriöst att åberopa stadganden i RF. Men precis som i den allmänna tillvaron gäller däremot också i den rättsliga verkligheten att "som man frågar får man svar": en domstols bemötande av argumentation baserad på RF verkar bero på hur ett konstitutionellt problem presenteras. Med en ökad generell kunskap om konstitutionellt rättsliga aspekter har intresset och nivån stigit, särskilt vad gäller fri- och rättigheter under inflytande av Europakonventionen. Men här handlar det också om nya juristgenerationer med djupare insikt och ett annat fokus på dessa frågor jämfört med tidigare.

## Noter

- 1 Som en kuriositet kan nämnas att Fri- och rättighetsutredningen i sitt betänkande 1975 nämnde den teoretiskt tänkbara möjligheten att reglera de rättigheter som tagits in i 2 kap. RF lika utförligt som TF och att ta in dem i en särskild grundlag. Bland annat praktiska skäl talade emot att genomföra en sådan operation: "Ett förslag till en sådan lösning måste emellertid föregås av en synnerligen noggrann genomgång av stora delar av den svenska rättsordningen, något som redan på grund av den snäva tidsram inom vilken utredningen har arbetat har varit en omöjlig uppgift. Härtill kommer att det med hänsyn till den mängd rättsregler som på olika sätt berör de i 2 kap. RF angivna fri- och rättigheterna kan ifrågasättas om en lösning av angivet slag ens under gynnsammare utredningsbetingelser skulle visa sig vara ett realistiskt alternativ. Utredningen har därför stannat för att arbeta in sitt förslag till förstärkning av rättighetsskyddet i RF inom ramen för ett särskilt kapitel där." (SOU 1975:75, s. 99–100).
- 2 I ett motsvarande resonemang i Litauens författningsdomstol angående Europakonventionens supplerande roll till landets konstitution myntades uttrycket att de tillsammans utgjorde ett "significant whole" (Conclusion, 24 January 1995, i *Rulings and Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania* 4, Vilnius 1995, s. 89).
- 3 En preambel till konstitutionen finns i flera europeiska länder; bland EU-medlemmerna i Frankrike, Irland, Portugal, Spanien och Tyskland, och bland EU:s nya medlemmar i Bulgarien, Estland, Litauen, Polen, Slovakien, Slovenien, Tjeckien och Ungern. En preambels rättsliga betydelse och praktiska användning varierar visserligen från land till land, men den kan rymma en potential för att utöka eller förtydliga den normativa kraften i en konstitution på ett mer övergripande och principiellt plan. Det finns flera exempel på att en preambel kan vara till hjälp vid tolkningen av konstitutionella stadganden såsom i Estland (se t.ex. Högsta domstolens konstitutionskammars dom III-4/A-5/94, 30 september 1994, tillgänglig på [www.nc.ee/english/](http://www.nc.ee/english/)) och i Frankrike där preambeln är en del av det s.k. *bloc de constitutionnalité* (se Favoreu m.fl. 2000, s. 166ff).
- 4 Detta avgörande har bidragit till den vidare debatten om innebörden av kommunalt självstyre (RF 1:1 st 2) relaterat till kommunernas beskattningsrätt (RF 1:7), och i så måtto har synen på RF 1:7 som *norm* och inte bara portalstadgande kommit i fokus.

## Referenser

- Andenæs, Johs., ved Arne Fliflet (2004). *Statsforfatningen i Norge* 9. utg. Oslo: Universitetsforlaget.
- EGgen, Kyrre (2002). *Ytringsfrihet*. Oslo: Cappelen akademisk forlag.
- Favoreu, Louis m.fl. (2000). *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Frändberg, Åke (1986). "Rättsstatens organisation" i Needham och Odelstad (red.) *Changing Positions*. Uppsala s. 21–43.
- Helmus, Ingrid (2000). *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*. Uppsala: Iustus förlag.
- Munro, Colin R. (1999). *Studies in constitutional law*. Butterworths. Dublin, London, Edinburgh.
- Nergelius, Joakim (1996 (1996a)). *Konstitutionellt rättighetsskydd*. Stockholm: Fritzes.
- Nergelius, Joakim (1996). "Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig tolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag" i *Svensk juristtidning*, s. 835–870 (1996b).
- Petersson m.fl. (1999). *Demokrati på svenskt vis*. Stockholm: SNS Förlag.

- Ragnemalm, Hans (1992). *Förvaltningsprocessrättens grunder*. Stockholm: Juristförlaget.
- Regner, Göran (1997). "Högsta domstolen och statsrätten" i *Hedersdoktorer i juridiska fakulteten 1996 och 1997 Erland Aspelin, Asbjørn Kjønstad, Aulis Aarnio och Göran Regner*. Lund: Juristförlaget i Lund, s. 45–60.
- Smith, Eivind (1993). *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Sterzel, Fredrik (2002). "Ett kvartssekel efter 'det författningslösa halvseket': Har Sverige nu en författning?" I E. Smith (red.) *Grundlagens makt*. Stockholm: SNS Förlag, s. 77–98.
- Sterzel, Fredrik (1998). *Författning i utveckling* Rättsfondens skriftserie nr 33. Uppsala: Iustus förlag.
- Strömberg, Håkan (1999). *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform tredje upplagan*. Lund: Juristförlaget.
- Strömberg, Håkan (1988). "Normprövning i nyare rättspraxis" *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, s. 121–143.
- Taube, Caroline (2003). "Court Models and Procedures". I E. Smith (red.) *The Constitution as an Instrument of Change*. Stockholm: SNS Förlag, s. 129–149.
- Zoller, Elisabeth (1999). *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France.

### 3. Konstitutionella snedsteg – en studie av svensk trohet mot grundlag

Thomas Bull

#### Inledning

##### Ämnet

Regleringen av ett statsskick i grundlag kan liknas vid ett äktenskap mellan politik och juridik, en formalisering av en redan djup och varaktig relation. Frågan för denna uppsats är om det finns exempel på fall där den svenska grundlagen inte följts, där ett konstitutionellt snedsteg har skett?

Om det finns sådana exempel kan det vara intressant för vår förståelse av vilken funktion grundlagen har och kan ha i vårt samhälle. Särskilt gäller detta om det går att säga något om den typ av situationer som det är fråga om, dvs. har grundlagen starkare normativ verkan i vissa sammanhang än i andra och vad skiljer i så fall dessa åt?

En sådan studie kan ge oss en inblick i grundlagens roll i dagens svenska samhälle. Den kan också ge en indikation på om de ambitioner som vägledde författarna av 1974 års regeringsform har kunnat realiseras. För att förstå dessa ambitioner måste man ha den historiska bakgrunden till 1974 års reform klar för sig. Under den långa tid som 1809 års regeringsform var ikraft förändrades det svenska samhället kanske mer än under någon motsvarande period i landets historia. Även grundlagen kom att ändras, men vissa centrala bestämmelser förblev orörda. Det viktigaste exemplet på detta är att genomförandet av parlamentarismen i den svenska författningen inte kom till uttryck i grundlagen.

Införandet av en ny grundlag tog uttryckligen sikte på att ändra detta förhållande.<sup>1</sup> Grundlagen skulle göras till ett dokument som gav korrekt information om hur landet styrdes. Den grundläggande attityden fångas väl i den konstitutionellt erfarne politikern Bertil Fiskesjöes ord:

... grundlagen skall hållas fräsch. Vi ska inte låta grundlagen sjunka ner till att bli ett ålderdomligt, alltmer tidsfrämmande dokument som det växer upp en stor tolkningslitteratur omkring, utan när vi stöter på olika uppfattningar om vad som är den egentliga innebörden i en grundlagsbestämmelse ska vi

sätta oss ned och ändra. [...] ... vi ska ha en levande, tillämpad grundlag som accepteras och kan begripas utav alla.<sup>2</sup>

Med dessa utgångspunkter kom 1974 års regeringsform att bli en grundlag som internationellt sett är förhållandevis enkel att ändra, och inget annat land ändrar i sina konstitutionella dokument så ofta som Sverige.<sup>3</sup> Ändå kan man få intrycket av att grundlagen i många andra länder tas på större allvar och inte främst betraktas som tekniskt hinder att undanröja om den hindrar lagstiftning som för tillfället anses lämplig.

Den uttalade ambitionen är alltså att inte låta den konstitutionella utvecklingen ske vid sidan av den skrivna grundlagen. Frågan om i vilken mån det ändå finns fall då man kan tala om förfaranden i strid med grundlag är nu inte så svart-vit som man kanske kan tro. De flesta fall kan nog karaktäriseras som fall där det är mer eller mindre tydligt att de konstitutionella normerna inte haft avgörande betydelse för hur ett fall behandlats i praktiken och där tolkningen av grundlag varit så långsökt att det är berättigat att tala om ett agerande i strid med konstitutionen.

### **Om grundlagstolkning och grundlagsändring**

Konstitutionen måste ges ett sätt att förändra sig på och det finns i realiteten två sätt på vilket detta sker. Det ena är genom grundlagsändringar och det andra är genom grundlagstolkningar. Det formella ändringsförfarandet har en väsentlig fördel i det att det är öppet och har demokratisk legitimitet. Det är i någon mening "folket" som ändrar sitt eget samhälles spelregler. Att ändra de fundamentala rättsreglerna i ett samhälle utan inblandning av folket väcker demokratiska betänkligheter. I detta sammanhang är det viktigt att komma ihåg att det politiska livet behöver en viss grad av stabilitet och möjlighet till långsiktighet. Konstitutionen bör därför inte ändras alltför ofta och folket kan då endast utnyttja sin grundlagsstiftande makt i begränsad omfattning.

Ändringar genom tolkning har de fördelarna att de kan ske betydligt mer flexibelt än de formella ändringarna och att de inte är helt beroende av att uppnå vissa kvalificerade majoriteter etc., utan kan ske inom ramen för tillämpning av det konstitutionella regelverket oavsett om det är i lagstiftningsärenden eller i domstolsärenden. Nackdelen med detta förfarande torde vara uppenbar – det har inte samma demokratiska legitimitet som politiska beslut om ändringar i grundlagens text.

Skillnaden mellan ändring och tolkning av rättsregler kan anses vara

naturlig och grundläggande för en rättsordning. Inte minst mot bakgrund av att en grundlag innehåller särskilda regler för ändringar så kan det synas självklart att en tolkning inte bör föra så långt att den i praktiken innebär en ändring. Då skulle de formella mekanismerna för författningsändring kringgås. En följd av detta är att det blir viktigt att kunna skilja mellan de handlingar som resulterar i ändringar av ett rättsläge och de som endast är legitima tolkningar av bestående regler. Utan en sådan distinktion kan inte den klara arbetsfördelningen mellan politiker (som beslutar om ändringar) och jurister (som tolkar lagarna) upprätthållas.

Frågan om vad som är ändring och vad som är tolkning är dock ganska komplicerad och det är allmänt erkänt att det alltid finns ett rättsskapande moment i tolkning och tillämpning av rättsregler.<sup>4</sup> Som det har påpekats redan i det inledande kapitlet, är tolkning inte så entydigt förankrat i ett rådande rättsläge. Även om det är viktigt att diskutera var gränsen går mellan (legitim) tolkning och ändring av grundlagens mening genom ”tolkning” utan ändring i grundlagens text, måste vi komma ihåg att gränsdragningen däremellan aldrig kan bli exakt eller obestridd.<sup>5</sup>

Bland de många exempel från andra rättssystem som ger goda exempel på svårigheten att dra en sådan gräns kan nämnas EG-domstolens dom i fallet *Francovich*.<sup>6</sup> Där fann domstolen att staterna kunde ådra sig ett skadeståndsansvar visavi enskilda för underlåtenhet att efterleva Romfördragets förpliktelser. Detta var något som var helt oreglerat i fördraget, men som domstolen menade kunde uttolkas av de krav på effektivitet och lojalitet som fördraget ställer på medlemsstaterna.<sup>7</sup> Även om domstolens argumentation om att ett stöd för skadeståndsansvar kunde tolkas fram ur dess praxis och fördragens allmänna principer kan man inte gärna förneka att denna tolkning innebar något väsentligt *nytt* för EG-rättens del.

Exemplet kan räcka för att göra den allmänna poängen att det är alltför svårt att ange en i förväg given gräns för vad som är en *rimlig* grundlagstolkning. I detta ligger alltid hänsyn till faktorer som är unika för just det fallet och en del subjektiva ställningstaganden varom man knappast kan nå total enighet.

### **Olika tolkningsprinciper?**

För synen på grundlagstolkning kan det även ha betydelse *vilka* grundlagsregler som ignoreras och *varför*. Denna fråga har nyligen kommit upp i svensk konstitutionell debatt på ett mycket illustrerande sätt.

Regeringsformens 8 kapitel reglerar den s.k. normgivningsmakten,

dvs. vilken institution som får utfärda vilken typ av bindande rättsregler. För den konstitutionella demokratin är dessa regler centrala, eftersom makten att förändra rätten är ett mäktigt redskap för den som vill ändra samhället.

Den grundläggande idén bakom reglerna i regeringsformens 8 kapitel är att riksdagen, såsom folkets främsta företrädare, skall ha det främsta ansvaret för produktionen av nya rättsregler. Reglerna i grundlagen ger av detta skäl endast ett visst utrymme för normgivning utan att direkt blanda in riksdagen, s.k. *delegation*. På vissa sakområden är delegation inte möjlig, främst av det skälet att man ansett att dessa är så viktiga frågor att bindande rättsregler måste beslutas av riksdagen och ingen annan. Ett sådant område är civilrätten, dvs. rättsregler om enskildas mellanhavanden såsom köp, anställning, äktenskap, arv m.m. Reglering av detta område skall ske genom lag enligt regeringsformens 8 kap. 2 §.

Uppdelningen av regler på olika rättsområden är inte knivskarp. Många regler kan sägas vara av blandat slag.<sup>8</sup> För att ytterligare komplicera bilden är det så att hänsyn till en viss regels samband med andra regler kan påverka bedömningen av dess hemvist i ett visst rättsområde. Som exempel på denna problematik kan tas förslaget till ny bokföringslag från 1999. Regeringen ville införa ett antal bemyndiganden vars hemvist i regeringsformen var oviss.<sup>9</sup> De gällde nämligen frågor som rörde såväl civilrättsliga som offentligrättsliga ämnen. I den föregående utredningen hade framförts att dylika bemyndiganden var grundlagsstridiga och frågans avgörande var central för lagstiftningsärendet. Man föreslog att grundlagen ändrades så att delegation blev möjligt.<sup>10</sup>

Regeringen godtog inte detta, utan lade förslag om bemyndiganden inför lagrådet för granskning. Lagrådet konstaterade att den avgörande frågan var om den blandade formen i sig kunde utgöra hinder för delegation med hänvisning till regeringsformen 8 kap. 2 §. För att avgöra denna fråga tog Lagrådet i beaktande hur riksdagen tidigare behandlat samma typ av frågeställning. Riksdagen kunde konstateras ha godtagit delegation vid blandade föreskrifter och detta, menade Lagrådet, talade klart mot att dylik delegation skulle vara grundlagsstridig.<sup>11</sup>

Därefter hänvisade Lagrådet till ett äldre uttalande, där frågan hade gällt förslag till en ny ransoneringslag med vissa bemyndiganden, vars giltighet var beroende av att de föll inom ramen för de i regeringsformen angivna grunderna för delegation.<sup>12</sup> Lagrådet hade då framhållit att en tillämpning av grundlagen med strikt iakttagelse av dess ordalydelse inte var

nödvändig på varje område som grundlagen reglerade. Således gjordes skillnad mellan regleringen av de absoluta fri- och rättigheterna och utövandet av regeringens restkompetens, där sådan strikt trohet mot ordalydelsen befanns vara nödvändig och riksdagens möjligheter att delegera normgivningsmakt, där sådan strikthet inte anbefalldes.<sup>13</sup> I detta uttalande tycks det senare Lagrådet ha instämt i, och under riksdagsbehandlingen kom saken inte att diskuteras alls, varför man får anta att Lagrådets synsätt accepterades även där.<sup>14</sup>

Vad som framstår som särskilt intressant för det här behandlade temat är att Lagrådet så uttryckligt ger besked om att grundlagstolkningen påverkas av regleringsområdet (fri- och rättigheter, uppgiftsfördelningen mellan riksdag och regering etc.). Motsvarande distinktioner känns igen från debatten i många andra länder. Men i detta fall leder de till den tämligen dramatiska slutsatsen att man på vissa områden kan ignorera ordalydelsen – något som onekligen antyder hur långt en ”grundlagstolkning” kan föra.<sup>15</sup>

### **Vägen vidare**

Nedan behandlas inte allt som sker i det politisk-konstitutionella livet. Med ett begränsat utrymme är det rimligt att koncentrera sig på några få fall som enligt min mening ger relativt klara exempel på att de konstitutionella normerna inte haft avgörande betydelse för hur ett fall behandlats i praktiken eller där tolkningen av grundlag har varit så pass långsökt att det är berättigat att tala om ett agerande i strid med konstitutionen.

Det är fråga om några nedslag i sakfrågor som av olika skäl kommit att uppmärksammas i offentligt tryck eller juridisk litteratur. Försiktighet bör självklart iakttas när det gäller att dra generella slutsatser från ett så begränsat material.

## **Grundlagsstridiga förfaranden?**

### **En olaglig regering?**

Det första fallet rör det tämligen uppseendeväckande, men helt ignorerade, fallet att Sverige saknade en grundlagsenlig regering under 1974 års regeringsforms första år i kraft. Den ende som tycks ha intresserat sig för detta fall är Gustav Petrén, som i ett rättsfall från 1976 kom att kommentera saken utförligt.<sup>16</sup> Den nya regeringsformen innehöll övergångsbestämmelser för centrala statsorgan, såsom riksdagen själv, för att de skulle kunna fortsätta att fungera trots att de inte utsetts eller annars

tillkommit på det sätt som grundlagen föreskrev. Sådana bestämmelser saknades dock för regeringen. Till saken hörde att regeringen enligt 1974 års regeringsform var ett helt nytt statsrättsligt organ där statsministern utsågs av riksdagen och denne i sin tur utsåg resten av regeringen, i juridisk mening väsensskilt från den av Konungen utsedda regeringen av 1809 års regeringsform. Den av Konungen tillsatta regeringen fortsatte dock att regera trots den nya grundlagens ikraftträdande och det med riksdagens goda minne.

Förhållandet mellan författningen som skriven norm och den politiska makten som praktik kommer här i klar belysning. Petrén konstaterade att regeringen inte ansett sig behöva bilda regering i enlighet med grundlagens regler. Riksdagens talman hade inte ansett sig behöva vidta några av de åtgärder som regeringsformen stadgar om regeringsbildning och de politiska partierna i riksdagen hade inte invänt mot att regeringsmakten utövas av personer utan formell rätt därtill. Petrén uttalar:

”Vi står alltså inför det icke helt ovanliga läget att domstolar, myndigheter och enskilda medborgare får finna sig i att grundlagen icke behöver tillämpas när de som har den reella politiska makten är ense om att sätta sig över dens regler.”<sup>17</sup>

### **Riksdagens roll vid folkrättsliga avtal**

I regeringsformens 10 kap. regleras hur internationella överenskommelser får verkan i Sverige m.m. År 2002 genomfördes en grundlagsändring som innebar att riksdagen kunde godkänna en internationell överenskommelse som ingås inom ramen för samarbetet i EU, även om överenskommelsen inte förelåg i slutligt skick.

Bakgrunden var den att regeringsformen 10 kap. 2 § i sin tidigare lydelse inte medgav att regeringen i förväg band Sverige, men att detta förutsattes vara möjligt i beslutsfattandet inom EU när det gällde s.k. rambeslut. Frågan uppmärksammades av Lagrådet redan under arbetet med Amsterdamfördraget.<sup>18</sup> Sådana rambeslut skulle enligt Lagrådet komma att medföra en folkrättslig förpliktelse för Sverige att vid behov genomföra den lagstiftning som krävdes för att införliva beslutens innehåll i svensk rätt. Ett konstitutionellt problem var att dessa till skillnad från exempelvis en konvention inte krävde någon efterföljande ratificering. Detta innebar enligt Lagrådet att regeringen inte kunde delta i ett sådant rambeslut om det behandlade frågor som rörde riksdagens kompetens, om det inte redan fanns en svensk lag som täckte beslutet.

Trots denna rättsliga analys kom sådana rambeslut att behandlas av regering och riksdag. Den första gången var med anledning av regeringens proposition 1999/2000:85 *Sveriges tillträde till vissa internationella överenskommelser för bekämpande av penningförfalskning m.m.*<sup>19</sup> Justitieutskottet konstaterade att regeringens förslag innebar att riksdagen skulle godkänna ett utkast till rambeslut inom EU, som sedan skulle antas av det s.k. RIF-rådet.<sup>20</sup> Det blev då fråga om det var möjligt för riksdagen att godkänna ett utkast till rambeslut och först därefter fatta beslut om den lagstiftning som nödvändiggörs av beslutet. Utskottet kunde för sin del inte se några avgörande skäl häremot. Överensstämmer det av riksdagen godkända utkastet till rambeslut med det beslut som sedan fattas av rådet, måste det enligt utskottet anses att regeringen ingår denna för riket bindande internationella överenskommelse med riksdagens godkännande. Därefter kom riksdagen att godkänna ytterligare sex utkast till rambeslut.<sup>21</sup>

Bland regeringens argument för grundlagsändringen var att den var en kodifiering av en praxis som redan förekom och som riksdagen godtagit.<sup>22</sup> Man anförde att det tidigare funnits en tolkning av regeringsformen som angav att riksdagen inte i förväg kunde godkänna en överenskommelse, men att detta ändrats genom att riksdagen upprepade gånger godtagit sådana godkännanden i förväg.<sup>23</sup> Ett tungt vägande argument för denna ändrade tolkning angavs vara att samarbetet inom EU i väsentlig mån skilde sig från sedvanligt internationellt samarbete. Grundlagsändringen genomfördes och trädde i kraft den 1 januari 2003.

Detta är ett fall där riksdagen ett flertal gånger kan sägas ha brutit mot en relativt klar grundlagsregel för att sedan i efterhand reparera denna (oförutsedda) brist i det konstitutionella regelverket. Ett alternativt synsätt är att det handlar om en så långtgående omtolkning av grundlag att den egentligen inneburit en ändring, något som också bekräftas av ändringen i efterhand. I vilket fall så har regering och riksdag under en tid förfarit grundlagsstridigt.<sup>24</sup>

### **Tolkningens yttersta gräns?**

Våren 2002 behandlade riksdagen ovan nämnda ärende om grundlagsändringar i regeringsformens 10 kapitel. Kammaren kom att behandla ärendet mycket sent under våren, eftersom politisk oenighet utbröt. Det slutgiltiga beslutet i frågan om grundlagsändringarna skulle fattas med bara två eller tre dagar kvar av riksdagens sammanträdestid inför sommaruppehållet. I

det läget kom en riksdagsledamot att vilja yrka om folkomröstning enligt regeringsformen 8 kap. 15 § tredje stycket.

För att yrkande skall tas upp kräver bestämmelsen att en tiondel, dvs. 35 ledamöter, ställer sig bakom det och för att få igenom det krävs att minst en tredjedel, dvs. 117, röstar för. Vidare anges att sådant yrkande skall framställas inom 15 dagar från det att riksdagen tog sitt beslut. Eftersom det endast var någon dag kvar till sommaruppehållet fann talmanen att yrkandet måste framställas inom denna korta tid. Det visade sig inte möjligt att få fram de erforderliga 35 ledamöterna. Riksdagen tog sommaruppehåll på utsatt tid och något yrkande om folkomröstning blev inte av. Situationen förde inte till någon större konstitutionell debatt.

Frågan om något brott mot grundlagen skett kan bara besvaras utifrån hur man tolkar omfattningen av femtondagarsfristen. Regeringsformen 8 kap. 15 § garanterar att ett yrkande om folkomröstning skall få framställas inom 15 dagar från det att riksdagen tog sitt beslut. Ordalydelsen tyder på att bara en *längre* tid än 15 dagar är utesluten på grund av grundlagsbestämmelsen. Det finns stöd för denna tolkning även i förarbetena, där vikten av att få ett yrkande om folkomröstning avgjort snabbt framhölls, så att frågan om grundlagsändring inte kunde fördröjas i onödan. Detta är den tolkning som idag tycks allmänt accepterad.<sup>25</sup>

Men frågan är om det är en rimlig tolkning att mena att bestämmelsen inte ställer *något* krav på minsta tillgängliga tid för att få fram ett sådant yrkande. Jag menar för egen del att detta är en alltför långt driven tolkning. Det underliggande syftet med bestämmelsen – att ge tid åt en riksdagsminoritet att formera sig och uppåbåda de behövliga 35 rösterna – skulle därmed helt kunna kringgå.<sup>26</sup> Vid införandet av folkomröstningsinstitutet var grundtanken tydlig: att balansera faran för fördröjningar genom chikanöst beteende mot behovet av rimlig tid för att samla den behövliga minoriteten. I den tolkning som riksdagen nu accepterat har denna balansering ersatts av ett ensidigt hänsynstagande till endast en av dessa faktorer.

Av det skälet vill inte jag acceptera att frågan är så enkel som att grundlagsregeln bara anger en maximal tidsgräns inom vilket yrkandet måste vara väckt. En grundlagstolkning som leder till närmast absurda resultat kan inte accepteras om det finns rimliga tolkningsalternativ. I detta fall finns det ett mycket rimligt alternativ, nämligen att de femton dagarna skall iakttas, även om riksdagens möte närmar sig sitt slut. Talmannens beslut att avsluta riksmötet dessförinnan (eller förrän det behövliga antalet röster manifesterat sig) måste då ses som grundlagsstridigt.

## En lag är en lag är en lag ...

Räcker det att ett beslut från riksdagen kallas för lag, för att det i juridisk mening skall anses vara en sådan? Svaret är vanligen nekande: En lag måste även uppfylla ett krav på att vara generellt giltig. Men detta krav på generalitet går inte att utläsa direkt ur regeringsformen. De måste främst härledas till förarbetena till regeringsformen, där det framgår att grundlagsstiftaren med termen ”lag” avser en generell föreskrift.<sup>27</sup> Av förarbetena framgår också att remissinstanserna inte var odelat positiva till att föra in ett krav på generell giltighet, men att regeringen detta till trots valde att stå fast vid vad som sagts i förarbetena och att riksdagen inte uttalade någon annan mening i frågan.

I rättspraxis har frågan om en lag eller annan bestämmelse lever upp till kravet på generalitet behandlats ett flertal gånger och under lång tid på ett sätt som tyder på att domstolarna behandlar kravet som en del av gällande konstitutionell rätt, även om man ännu inte funnit att riksdagen uppenbart (jfr RF 11 kap. 14 §) brutit mot detta.<sup>28</sup> Även i den juridiska doktrinen har kravet på generalitet behandlats som en rättsregel som sätter gränser för hur lagstiftning får utformas.<sup>29</sup>

En annan sak är att det visat sig mycket svårt att precisera innehållet i detta krav. Vid bedömningen av en rättsregels generalitet fås stor vikt vid utformningen av lagtexten. Om denna är generell så måste det till mycket klara indikationer på att regleringen inte avses vara generell för att domstolarna skall slå ned på regleringen såsom grundlagsstridig.<sup>30</sup> I det s.k. Barsebäckmålet från 1999 var domstolen helt fixerad vid själva ordalydelser i lagen och gav inte det förhållandet att just Barsebäck utpekats i förarbetena någon särskild vikt.<sup>31</sup> Det har mot denna bakgrund framhållits att generalitetskravet främst skall ses som ett formellt krav på lagtextens utformning.<sup>32</sup>

Mot bakgrund av denna formella inställning är ett ärende om TV 4:s koncessionsavgifter av särskilt intresse. Saken var den att en brist i lagstiftningen rörande koncessionsavgift medfört att sådan inte kunnat tas ut från TV 4 för 2001. I det här läget lade regeringen fram en proposition med en bestämmelse om att det företag som under 2001 innehade koncessionen skulle betala en fördubblad avgift för det andra halvåret 2001. Avsikten var naturligtvis att kompensera det bortfall som drabbat statskassan genom att ingen avgift kunnat tas ut första halvåret.<sup>33</sup>

Lagrådet fann, efter det att riksdagen remitterat ärendet dit, att bestämmelsen om fördubblad avgift inte gärna kunde avse någon annan än

just TV 4 AB och därför stred mot regeringsformens krav på generellt utformad lagstiftning.<sup>34</sup> Riksdagens konstitutionsutskott godtog Lagrådets kritik och riksdagen strök bestämmelsen om fördubblad avgift, varigenom de konstitutionella problemen undanröjdes.

Å andra sidan finns många exempel där kravet på generalitet inte iakttagits. Särskilt tydligt är detta inom skattelagstiftningen. Inkomstskattelagens (1999:1229) 7 kap. 17 § är ett övertydligt exempel. Bestämmelsen namnger ett antal skattesubjekt som är befriade från inkomstskatt på annan grund än innehav av fastighet.<sup>35</sup>

En statlig utredning fann att denna uppräknning måste anses som alltför specifik för att klara av det konstitutionella kravet på generalitet. Däremot ville man inte bara därför konstatera att reglering var grundlagsstridig. Det framhölls att det upprepade gånger efter regeringsformens tillkomst förekommit att riksdagen gett namngivna subjekt förmåner vid inkomstbeskattningen. Utredningen gjorde den bedömningen att detta skett i sådan utsträckning att det finns fog för att se lagstiftningen som ett genom konstitutionell praxis etablerat undantag från kravet på generalitet.<sup>36</sup> Detta krav var alltså inte aktuellt på skatteområdet. Regeringen godtog utredningens bedömning och riksdagen uttalade sig inte i någon annan riktning.<sup>37</sup>

Ett i tiden näraliggande exempel som går i motsatt riktning var ett förslag till ändrade skatteregler för ett mindre antal (7) forskningsstiftelser år 1995. Lagrådet kom att skarpt avvisa förslaget med hänvisning till det i förarbetena till regeringsformen uttryckta kravet på generellt utformad lagstiftning.<sup>38</sup> Regeringen drog tillbaka förslaget och ingen lagstiftning kom till stånd. Lagrådet ger i sitt yttrande en ledtråd till varför man gör en annan bedömning än den där skattebefriade subjekt räknas upp och det är att det i ena fallet är gynnande och i det andra fallet betungande. Avsteg från kravet på generalitet kan godtas när det sker i gynnande riktning, men en striktare tillämpning måste till när det gäller betungande fall, tycks tanken vara.

Exemplen illustrerar den konflikt som kan uppstå mellan norm och verklighet i konstitutionella sammanhang. Om och när en konstitutionsformella innehåll ändrats genom praxis är en svår fråga och inte särskilt omdiskuterad i svensk litteratur.<sup>39</sup> Vi har under alla omständigheter en praktik som under en viss tid avvikit från generalitetskravet, antingen för att sedan bli ett sedvanerättsligt etablerat undantag eller som ett fortgående grundlagsbrott, allt beroende på vilken betydelse man vill ge praxis.<sup>40</sup>

## Den svenska förvaltningsmodellen

Den svenska förvaltningsmodellen innebär i korthet att de statliga myndigheterna har en i grundlag skyddad sfär av självständigt beslutsfattande. Myndigheterna lyder visserligen under regeringen enligt RF 11 kap. 6 §, men detta innebär inte att de i alla frågor kan instrueras av denna.<sup>41</sup> I 11 kap. 7 § anges att inte ens regeringen får bestämma hur förvaltningsmyndighet skall besluta i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller kommun eller tillämpning av lag.<sup>42</sup>

När regeringsformen skrevs på 1970-talet var denna fråga inte särskilt uppmärksammas. Saken tog en annan vändning under 1980-talet, då myndigheternas självständighet började ses som ett demokratiskt problem. Förvaltningsutredningen menade därför att grundlagen lämnade ett omfattande fält öppet för regeringens styrning.<sup>43</sup> Verksledningskommittén delade denna uppfattning och utredningarnas syn på den av grundlagen garanterade självständigheten sammanfattades som så:

”RF:s regler, främst i 11:6–7, utgör en fullt tillräcklig grund för regeringen att styra sina myndigheter precis så bestämt och i den omfattning som regeringen finner önskvärt och lämpligt i varje särskild situation.”<sup>44</sup>

Uttalandet godtogs av riksdag och regering.<sup>45</sup> Men utredningarnas synsätt var kontroversiellt i flera avseenden.<sup>46</sup> Här är det främst synen på innehållet i s.k. informella kontakter, vilka som kunde ägna sig åt sådana och i vilka typer av ärenden de var godtagbara, som är av intresse. Man pekade på att grundlagen inte hindrade ”informella kontakter” mellan departement och myndigheter och att sådana kontakter var vanligt förekommande och välkomnades från båda håll.

Enligt utredningarna gavs inte enbart regeringen, utan också enskilda statsråd och tjänstemän möjlighet att genom dessa informella kontakter styra förvaltningen.<sup>47</sup> Enligt regeringsformen 1 kap. 6 §, 7 kap. 3 § och 11 kap. 6 § så är det *regeringen* som styr riket, regeringen agerar som ett kollektiv och förvaltningen lyder under detta kollektiv.

Regeringen agerar kollektivt när det är frågan om klassisk ledning av förvaltningen vad gäller att ge rättsliga regler för verksamheten (t.ex. myndighetsinstruktioner), sätta ekonomiska ramar (t.ex. regleringsbrev), utse personer i ledande ställning (utnämningssmakt), ange mål och medel (återigen instruktioner och regleringsbrev) samt korrigerera fel (regeringen som besvärinstans). Men när utredningarna talar om att styra myndigheter genom informella samtal i stället för genom dessa formella kanaler så är det

en rejäl förskjutning av perspektivet. Enskilda ministrar har enligt grundlag inte befogenhet att avgöra regeringsärenden.<sup>48</sup> ”Styrning” av myndigheterna av enskilda statsråd, såsom utredningarna ansåg vara möjlig, kommer helt på tvärs med detta.

Frågan är då vad som menas med informell ”styrning”. Möjligheterna att föra samtal mellan departement och myndigheter för utbyte av information etc. regleras inte alls av regeringsformen. Inte heller berörs statsrådets möjligheter till att uttala sig i media.<sup>49</sup> Här är inte direkt fråga om ”styrning”. Svårare att undvika ”styrning” blir det när det i praktiken handlar om att ange mål, medel och prioriteringar, något som regeringen alltså skall göra enligt regeringsformen.

Utredningarna menade också att det inom området för den grundlagsskyddade självständigheten fanns möjligheter att med hjälp av informella kontakter styra myndigheternas agerande, till och med i konkreta fall som rör myndighetsutövning.<sup>50</sup> Det pekades på att det i alla fall var myndigheten som slutgiltigt fattade besluten. Regeringsformen förbjuder regeringen att *bestämma* hur den underordnade myndigheten skall besluta. Informella kontakter skulle, enligt utredningarna, inte vara jämställt med sådant bestämmande eftersom de saknade rättslig giltighet i det att ansvaret låg kvar på myndigheten.

Även här är frågan vad som menas med att ”styra” genom ”informella kontakter”. Samtal, uttalanden i media etc. är svårt att reglera även i denna relation. Men om det stod regeringskansliet fritt att genom olika informella påtryckningar påverka innehållet i myndigheternas beslut skulle det i realiteten inte bli mycket kvar av myndigheternas grundlagsskyddade självständighet. De önskemål och synpunkter på en myndighets agerande som en minister eller annan högt uppsatt regeringsföreträdare framför, kan vara mycket svåra att ignorera och ha avgörande betydelse för vilket beslut en myndighet fattar. Särskilt är det fallet när myndigheten har ett visst skön att hålla sig inom. Detta visas också av att riksdagen uttryckt att myndigheternas självständighet kräver återhållsamhet av statsråden vid offentliga kommentarer av myndigheters agerande.<sup>51</sup>

Det synes nu vara en utbredd uppfattning att regeringen inte längre är det organ som styr myndigheterna, utan att även statsråd och högre tjänstemän på departementen får ägna sig åt sådant, till och med på områden som traditionellt ansetts falla under myndigheterna självständighet.<sup>52</sup> Även om gränsdragningen kan vara svår kan detta ses som att det som en gång i tiden ansågs som grundlagsstridigt med tiden blir en accepterad (om)tolk-

ning av grundlagen. Snedsteget har blivit en mer långlivad affär. I detta fall leder omtolkningen till att dualismen i den svenska förvaltningen försvagas, utan att grundlagen ändras eller en rejäl diskussion förs om konsekvenserna av det nya synsättet.<sup>53</sup>

På senare tid har ånyo kritiska röster höjts med önskan om att skydda myndigheternas ställning från att ytterligare undergrävas.<sup>54</sup> Även inom annan forskning än den rättsvetenskapliga har betydelsen av självständiga statliga ämbetsverk ånyo betonats.<sup>55</sup> I ljuset av detta kan konstateras att myndigheternas försvagade konstitutionella ställning är oroande.

## **Det var inget snedsteg ...**

### **Inledning**

Alla de fall som ovan presenterats kan bemötas med invändningar på ett eller annat plan. Inte sällan kan fler än ett argument användas för att försvara en och samma händelses konstitutionella heder. Här skall jag kort försöka pröva hållbarheten av några dylika invändningar mot de påståenden av möjliga grundlagsbrott som jag har gjort ovan.

### **Regeln som inte fanns**

Det kan för det första hävdas att grundlagsregeln i fråga inte gäller och att det ”brott” som konstaterats därmed inte alls är något sådant. Något annat än den skrivna regeln (eller en etablerad tolkning av den) har ”egentligen” gällt. I grund och botten handlar det om att ersätta form med realitet vid förståelsen av en konstitutions innehåll.

Detta argument kan t.ex. anföras för att försvara fallet med riksdagens ställning vid ingående av traktater. Man kan mena att en annan regel än den i grundlagstexten egentligen gällde genom den praktik som utkristalliserats. Argumentet antyds också av regeringen.<sup>56</sup>

Problemet med detta argument är att det vilar något tämligen godtyckligt över det. Realiteterna tar över formen och ett av juridikens särdrag – att den söker normera verkligheten – överges. I stället får ”verkligheten” avgöra vad som gäller juridiskt. Och vem avgör vilka konstitutionella regler man kan strunta i och när – riksdagen, regeringen, domstolarna? I viss utsträckning kan sådana här hänsynstaganden inte undvikas (och då ofta inom ramen för tolkningen), det normativa och det faktiska är mer intimt sammankopplade än vad juridiken ibland erkänner. I den konstitutionella rätten är detta argument dock särskilt problematiskt eftersom det rör själ-

va grunderna för en legitim maktutövning. Argumentet att man ibland kan bortse från konstitutionen (om det passar) i stället för att ändra den innebär en rejäl försvagning av konstitutionens ställning som rättlig norm.

### **Den föränderliga författningen**

Ett annat argument kan vara att grundlagsregeln visserligen ger intryck av att stå i strid med det som praktiseras, men att detta inte är fallet eftersom grundlagsregeln i realiteten ändrats genom omtolkningar över tid. Här menar man inte att praxis ändrat eller skapat en ny regel, utan att tiden gjort att denna måste förstås på ett annat sätt. Eftersom grundlagsregler inte sällan innefattar ett visst mått av oklarhet eller vaghet kan detta argument ofta bli aktuellt.

I grund och botten är det inte något underligt eller illegitimt med en sådan utveckling genom omtolkningar. Som noterats inledningsvis kan konstitutioner ändras på detta mer smygande sätt. Myndigheternas självständighet och frågan om riksdagens roll vid folkrättsliga avtal kan nämnas som exempel på fall där man kan argumentera på detta vis. Den oklara bestämmelsen måste förstås i förhållande till ett föränderligt samhälles krav och då är alla dessa fall naturliga fall av konstitutionell utveckling.

Det finns två huvudargument för att inte ge denna invändning avgörande betydelse i detta sammanhang. Den första har att göra med gränsen för vad som är en rimlig omtolkning av en konstitutionell regel. Det andra har att göra med den fasta attityd som den svenska grundlagsstiftaren iakttagit i fall av grundlagsändringar.

En omtolkning som leder så långt att en bestämmelses grundläggande syfte och funktion inte längre kan uppfyllas måste vara en sorts yttersta gräns för vad som kan anses vara en legitim tolkning. I fallen ovan undergrävs eller motverkas centrala bestämmelser i grundlagen om riksdagens roll och myndigheternas självständighet genom en sådan påstådd omtolkning. Det rör inga modifikationer i periferin av den konstitutionella rätten eller på för samhället mindre viktiga områden, utan handlar om lagstiftning, traktatmakt och rättssäkerhet i förvaltningen. Mot den bakgrunden menar jag att tolkningen går över gränsen för det som är legitimt och att konstitutionella förändringar på dessa områden skall ske i det öppna.

Vidare har den svenska inställningen sedan 1974 varit att grundlagen inte skall bli ett dokument som ändras smygande och gradvis, utan ändringar skall ske öppet och ge avtryck i grundlagstexten. Det kan då uppfattas som rätt främmande att försvara dylika incidenter med att det hand-

lat om smygande konstitutionell förändring och inte om brott mot grundlag. Hela grundlagsreformen på 1970-talet avsåg ju att säkra den svenska författningen mot att bli en föråldrad men vördnad text som ändrade mening under årens lopp och där bara några få ”överstepräster” kunde utläsa dess rätta innehåll. Också denna ”ursäkt” måste därför avvisas och snedstegen erkännas.

### **En godtagbar tolkning?**

För det tredje kan det hävdas att grundlagsregeln kan tolkas på olika sätt och den tolkning som ligger till grund för hanterandet av riksdagens ställning vid folkrättsliga avtal, vad gäller myndigheternas självständighet eller vid yrkanden om folkomröstning i riksdagen inte alls är så orimlig som jag framfört ovan. Här handlar det inte om att reglerna skulle ha tolkats om i ljuset av vissa samhällseliga förändringar, utan mer om en ”ren” tolkningstvist.

Möjligheten att vara oenig i tolkningsfrågor är närmast oändlig, varför detta är ett argument som absolut inte kan tillbakavisas generellt. På samma sätt som ovan måste dock poängteras att en tolkning som leder till att själva syftet med en grundlagsbestämmelse undergrävs eller till och med motverkas måste undvikas så länge det finns trovärdiga tolkningsalternativ. I fallen som nämns ovan har det väsentligen rört sig just om tolkningar som i realiteten inneburit ett kringgående av grundlagsreglerna till förmån för vad som är praktiskt eller effektivt. Grundlagar är nu inte enbart till för att underlätta det praktiska handhavandet av makt.

Att det just är fråga om alltför långtgående tolkningar i dessa fall kan möjligen illustreras genom att det i fråga om riksdagens ställning vid slutande av folkrättsliga avtal genomfördes en grundlagsändring för att ge legitimitet åt förfarandet. Ambitionen om en deskriptivt korrekt grundlag gav här incitament att inte låta en implausibel tolkning bli det sista ordet i frågan.

Även i fallet med yrkande om folkomröstningar pågår ett arbete med att ändra regelverket så att situationen inte uppstår igen och så att minoriteter ges praktisk möjlighet att använda sig av grundlagsbestämmelsen om folkomröstning.<sup>57</sup> Också detta implicerar att man inte är särskilt nöjd med den tolkning riksdagen i all hast fastnade för vid ärendets avgörande. När det gäller myndigheternas självständighet pågår inget liknande ”tillnyktande” vad gäller grundlagstolkningens rimlighet, men det är knappast att förvåna eftersom det i sin tur skulle begränsa möjligheterna till vissa former av politisk styrning, en åtgärd som innehavare av den styrande makten nog inte gärna tar till självmant.

## Eftertankar

Flera av fallen ovan visar på något intressant i det att så få aktörer haft konstitutionella invändningar mot det som skett. Ett nästan övertydligt exempel på detta ges i fallet med det aldrig framförda yrkandet om folkomröstning våren 2002. Ingen eller mycket få riksdagsledamöter var intresserade av att ens bemöta de protester som den ledamot som ville ha ett yrkande om folkomröstning anförde. I stället påpekades att denne hade svårigheter att få ihop de erforderliga 35 rösterna, att det närmast var oseriöst att så sent väcka frågan om folkomröstning och att det bara var ett illa förtäckt EU-motstånd som låg bakom försöket att få till ett sådant yrkande.<sup>58</sup> Dessa tre iakttagelser kan vara riktiga i sak, men besvarar inte den *konstitutionella* frågeställningen. Principfrågan om grundlagens mening i detta avseende ville ingen besvara.

När det på detta sätt är möjligt att utan politiska eller juridiska konsekvenser avvika från grundlagen (eller en rimlig tolkning därav) så säger det något om konstitutionens ställning i den svenska politiska kulturen. I sin tur är det något att fundera på inför den författningsrevision som regeringen aviserat.

En annan iakttagelse är att den svenska grundlagsstiftaren trots allt fortfarande är mån om att visa trohet mot de konstitutionella normerna. Även om exemplen som redan sagts inte bygger på systematisk genomgång av allt tillgänglig material, är det väl rimligt att tro att snedsteg inte är något karaktäristiskt drag i den svenska konstitutionella kulturen. Även om ingen direkt ånger uttrycks, så vidtas inte sällan åtgärder för att se till att konstitutionella snedsteg inte upprepas. Grundlagen skall följas – även om det tar lite tid.

Genom detta blir det tydligt att idealet med en fräsch och rättvisande konstitution fortfarande är levande och att snedstegen för det mesta är just det och inget annat.

En avslutande synpunkt är att grundlagsstridiga förfaranden tycks förekomma främst i samband med relativt komplicerade lagstiftningsfrågor och vissa formella regler av ”ordningskaraktär”. I andra konstitutionella sammanhang är det svårt att finna motsvarande brister. Riskerna för konstitutionella snedsteg tycks således vara begränsade och insikten om detta kan vara till nytta om ambitionen med en fräsch grundlag lever vidare i svenskt konstitutionellt tänkande.

## Noter

- 1 Holmberg, E./Stjernquist, N., *Grundlagarna* (1980) s. 1 ff.
- 2 Fiskestjerna, B. i *Författningsdomstol och lagprövning*, Rättsfonden (1991) s. 12 f.
- 3 Se Petersson O. i Mattson I./Petersson, O. (red.), *Svensk författningspolitik* (2003) s. 266 f. Se även Rasch, B. E., Rigidity in Constitutional Amendment Procedures, i Smith E. (red.), *The Constitution as an Instrument of Change* (2003) s. 120.
- 4 T.ex. Endicott, T., *Vagueness in Law* (2000) s. 179 ff visar övertygande på svårigheterna att skilja mellan ”interpretation of a rule” och ”invention of a rule”. Se även Lindblom, P.-H., *Progressiv process* (2000), s. 66 f., och Peczenik, A., *Vad är rätt?* (1995) s. 46.
- 5 Se även Smith, E. (red.), *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm* (2002), särskilt del III.
- 6 C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.
- 7 Francovich para. 33-36.
- 8 En allmän diskussion förs i Holmberg/Stjernquist s. 246 ff.
- 9 Prop. 1998/99:130.
- 10 SOU 1996:157 s. 44 ff och 89 f.
- 11 Prop. 1998/99:130, bilaga 11, s. 256.
- 12 Prop. 1977/78:75 s. 144 ff.
- 13 Se NJA 1989 s. 131, där HD gick utöver ordalydelsen vid tolkningen av RF:s rättighetskydd och analogiserade för att skydda rättighetsregleringens grundläggande idé.
- 14 Se 1999/2000:LU02.
- 15 För ett exempel från norsk rätt, se Smith, E., *Grunnloustolkning – opportunistisk eller lojal?*, i Smith, E., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiske redskap och som rättslig norm* s. 119-141. Han visar också att grundlagstolkningen i Sverige rörande just detta exempel (internationella strafftribunalen) var mer ”lojal” än i Norge.
- 16 Se RÅ 1976 Aa 23.
- 17 RÅ 1976 Aa 23 s. 15.
- 18 1997/98:UU13 s. 147 f.
- 19 JuU 1999/2000:20. Se redogörelsen i prop. 2001/02:72 s. 26 ff.
- 20 uU 1999/2000:20 s. 6.
- 21 Se prop. 2001/02:58, prop. 2001/02:37, prop. 2001/02:71, prop. 2001/02:99, prop. 2001/02:118, prop. 2001/02:135.
- 22 Prop. 2001/02:72 s. 28.
- 23 Prop. 2001/02:72 s. 25.
- 24 Samma sak kan anföras vad gäller förändringarna i 10 kap. 5 § i samma lagstiftningsärendet, varigenom vissa förarbetsuttalanden från riksdagen vid tiden för Sveriges anslutning till EU kom att arbetas in i grundlagstexten. Ur demokratisk synvinkel är centralt att internationella överenskommelser endast ingås när det finns garantier för att regeringen inte missbrukar sin ställning visavi riksdagen. Om det konstitutionella ansvar under vilket regeringen lyder är en tillräcklig garanti eller ej för att hålla regeringen ”i schack” kan inte analyseras närmare här, men det finns enligt min mening anledning att vara något skeptisk till det, se Sterzel, F., *Parlamentarismen i författningen* (1999) s. 79.
- 25 Detta är den ståndpunkt som en utredning inom konstitutionsutskottet landat i, se 20003/04:KU9 s. 103 f.
- 26 Se förarbetena till grundlagsbestämmelsen om folkomröstning, prop. 1978/79:195 s. 64, som uttryckligen tog ställning för att riksdagen måste förlänga sin sammanträdestid för att hinna behandla sådana yrkanden.
- 27 Prop. 1973:90 s. 203 f. Av 11 kap. 8 § framgår att riksdagen inte får fullgöra rättskipnings- eller förvaltningsuppgifter utan direkt stöd i grundlag eller riksdagsordning, något som anses ge uttryck åt tanken att riksdagen inte skall agera i enskilda fall, utan genom generella normer. Att man valde att endast nämna detta i förarbetena bör nog inte tolkas som att det var något av mindre vikt eller inget rättsligt – förarbeten har haft stor betydelse i Sverige och tidvis intagit en plats som närmast jämställd med lagtexten.

- 28 Se RÅ 1980 1:92, RÅ 1986 ref. 108, RÅ 1993 ref. 10 (där frågan var perifer) och RÅ 1999 ref. 76.
- 29 Se t.ex. Hultqvist, A., *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen* (1995), s. 115 och 328 ff, Lagerqvist Veloz Roca, A., *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform* (1999) s. 236 ff och von Essen, U., *Kommunal normgivning* (2000) s. 65 ff. med hänvisningar. Jfr även Sterzels bidrag i denna bok om lagstiftningsmakten.
- 30 Se RÅ 1980 1:92.
- 31 RÅ 1999 ref. 76. Domstolen uttalar: ”Det framgår visserligen av remissprotokollet att den tillränkta lagen i första hand skall användas för att stoppa driften vid två bestämda kärnkraftsreaktorer, nämligen reaktorerna i Barsebäck. Dessa reaktorer har också pekats ut i prop. 1996/97:84 och i utskottsbetänkandet 1996/97:NU12. Lagen har emellertid fått en sådan utformning att den kan användas även när det blir fråga om att fatta beslut om upphörande av driften vid övriga kärnkraftsreaktorer.”
- 32 Strömberg H., *Normgivningsmakten*, s. 38.
- 33 Se Prop. 2000/01:132.
- 34 2000/01:KU26 bilaga 5.
- 35 Där ingår AB Svenska Spel, Nobelstiftelsen och Stiftelsen Svenska Filminstitutet, för att bara nämna några.
- 36 SOU 1995:63 s. 225.
- 37 Prop. 1999/2000:2 bilaga 1 s. 87 och 1999/00:SkU2. Lagerqvist Veloz Roca s. 295 anser att denna typ av reglering inte är godtagbar.
- 38 Se lagrådsyttrande återgivet i FT 1995 s. 187 f.
- 39 Se Zahle, H., *Dansk forfatningsret I* (2001) s. 60 med hänvisningar till norsk och dansk litteratur i ämnet.
- 40 En domare i regeringsrätten med förflutet i regeringskansliet uttalade en gång något i stil med: ”Konstitutionell praxis: det är bara andra ord för grundlagsstridiga förfaranden.”
- 41 Se Wennergren, *Den svenska modellen*, FT 1998 s. 107–110 vad gäller tolkningen av ”lyda under”. Jfr Herlitz, *Den svenska statsrättens grunder* (1956), s. 200 (om domstolar) och 206 f (om förvaltning).
- 42 Om likheter och skillnader mellan det svenska systemet och typiskt ministerstyre i andra länder, se SOU 1997:54.
- 43 SOU 1983:39 s. 45 ff.
- 44 SOU 1985:40 s. 38.
- 45 Prop. 1986/87:99, KU 1986/87:29. Vissa av de borgerliga partierna var dock inte helt eniga med majoriteten, utan motsatte sig denna tolkning av grundlagen, se KU 1986/87:29 s. 12 f och 47 f.
- 46 Petréns kritiska uppfattning finns återgiven i SOU 1985:40 s. 37. Ragnemalm, *Regeringen och förvaltningsmyndigheterna – synpunkter på Verksledningskommitténs grundlagstolkning*, FT 1986 s. 1–13, var också skarpt kritisk till utredningarnas slutsatser.
- 47 SOU 1985:40 s. 94 f.
- 48 Se Holmberg/Stjernquist, s. 221 ff. För en utredning av frågan om regeringsärenden och gränsdragningen mot ärenden som statsråd kan avgöra självständigt, se 2000/01:KU10 s. 33 ff.
- 49 Som illustration av det sagda kan nämnas KU:s betänkande 1991/92:KU30 där utskottet anför: ”I förarbetena till regeringsformen är det förutsatt att regeringen som huvudregel skall uppträda som en enhet. Detta kommer till uttryck genom uttalandet i grundlagspropositionen (prop. 1973:90 s. 179) att ”regeringen är ett kollektiv, uppbyggt kring statsministerns person, vilket får förutsättas hållas samman av gemensamma politiska värderingar och målsättningar”. Några formella regler som föreskriver att regeringen skall vara enig om sina beslut eller sitt uppträdande finns däremot inte. Än mindre krävs enighet då de enskilda statsråden uttalar sig i frågor av politisk karaktär, även sådana som har varit eller kan komma att bli föremål för regeringens avgörande.”

- 50 SOU 1983:39 s. 100, SOU 1985:40, s. 94 ff.
- 51 Se 1991/92:KU30: "Självfallet har ett statsråd i likhet med alla andra medborgare rätt att göra uttalanden i olika sammanhang. Med hänsyn till ett statsråds speciella ställning i för-  
ening med det förhållandet att regeringsformen som nyss sagts uppställt vissa regler för  
myndigheternas självständighet i förhållande till regeringen måste viss återhållsamhet iakt-  
tas när det gäller uttalanden som rör myndighetsutövning mot enskild eller tillämpning av  
lag. [...] Ett statsråd torde således i allmänhet få räkna med att ett auktoritativt framfört  
ställningstagande i en fråga som rör myndighetsutövning mot enskild eller tillämpning av  
lag från vederbörande myndighets sida skulle kunna uppfattas som direktiv."
- 52 Se Ds 1998:56 s. 30 ff där man talar om "myten om förvaltningens självständighet".
- 53 En annan sak är om detta är en nödvändighet till följd av samhällsutvecklingen och att de  
svenska myndigheternas traditionella självständighet är förlegad, se diskussionen i Molan-  
der, P. m.fl. *Vem styr?* (2002), s. 102 f.
- 54 Wennergren, B. (1998) s. 119.
- 55 Se Rothstein, B., *Sociala fällor och tillitens problem* (2003) och Petersson m.fl., *Demokra-  
ti på svenskt vis* (1999) s. 71 f.
- 56 Se även rättsfallet RÅ 2000 ref. 19 där en omfattande lagstiftningspraxis ansågs kunna  
motivera en något ansträngd läsning av grundlagsbestämmelsen om kommuners rätt att ta  
ut skatt. Ett mindre empiriskt och kanske juridiskt mer lättsmält argument hade varit att  
avgöra frågan utifrån RF:s bestämmelser om vad riksdagen får bestämma om i kommuna-  
la frågor, se Sterzel, *Författning i utveckling* (1998) s. 198.
- 57 Se 20003/04:KU9.
- 58 Se riksdagsprotokoll 2001/02:124 (torsdag den 13 juni) punkterna 148 och 149, 153 och  
157.

## 4. Finansmakten – i konstitutionens centrum och periferi

Fredrik Sterzel

Finansmaktens praktiska betydelse behöver inte utvecklas. Det räcker med att notera att den svenska statsbudgeten för år 2004 omsluter mer än 750 miljarder kronor, att de statliga skatterna beräknats till inemot 650 miljarder kronor – vartill kommer omkring 350 miljarder kronor i kommunala skatter – och att en folkomröstning om EMU hölls 2003. Överhuvudtaget gäller att själva kärnan i det politiska arbetet ligger inom detta område. Vid en jämförelse är för politiker de flesta lagstiftningsfrågor etc. rätt ointressanta.

Finansmakten måste räknas till centrum i varje konstitution. Samtidigt ligger detta område formellt till stor del i periferin, genom att flertalet regler, även viktiga, har lägre valör än konstitutionell. På de flesta andra områden finns det regler som *fyller ut* de konstitutionella, men vad som utmärker finansmakten är att åtskilliga av de *grundläggande* reglerna – de som innehåller konstitutionell substans – är av lägre valör. En stor del av området präglas av önskan om politisk handlingsfrihet och konstitutionell obundenhet. Även på andra sätt skiljer sig finansmakten från mönstret på andra områden. I det följande skall den speciella problembilden tecknas helt kort, innan de särskilda frågorna tas upp.

### Bakgrund och utgångspunkter

#### Vad omfattar finansmakten?

Man brukar säga att finansmakten har två huvudområden, beskattningen och budgetregleringen. Skatteområdets konstitutionella behandling kompliceras av att en betydelsefull del av beskattningsmakten enligt grundlagen utövas av kommuner och landsting. Även den sidan måste i någon mån beröras i det följande.

Hit hör också penning- och valutapolitik samt statsskuldens förvaltning. Enligt svensk konstitutionell tradition har dessa områden länge legat hos Riksbanken och Riksgäldskontoret, två verk som, mot huvudprinci-

pen i svensk förvaltning, lytt under riksdagen och under mer än två sekler uppfattats som grundpelare för riksdagens konstitutionella ställning. Idag är Riksbanken självständig och Riksgäldskontoret en vanlig förvaltningsmyndighet under regeringen.

### Den konstitutionella problembilden

Finansmaktens särdrag i förhållande till huvudlinjen i diskussionen om konstitutionell demokrati är viktiga att notera. En grundläggande strävan är att *undvika bundenhet av grundlag*. Sedan mer än ett århundrade har politisk enighet rått i Sverige om att inte binda sig i grundlag annat än i fråga om mycket enkla saker utan i huvudsak bygga på mera flexibla regler av lägre valör. Stora förändringar har skett – i praktiken långt mera betydelsefulla än de flesta konstitutionella reformer – med bara marginella grundlagsändringar. Diskussionen om grundlagens normativa eller deskriptiva funktion måste beakta detta faktum. Ju färre grundlagsregler desto mindre grundlagsstyrning och utan en någorlunda klar bild av finansmaktens område ingen godtagbar beskrivning av det svenska statsskicket.

Viktig är den tyngd som ges *effektivitetssynpunkter* på finansmaktens område. Effektivitet är ett begrepp med större laddning än demokrati och rättsstat; dessa värden är mest självklarheter utan konkret betydelse. Statens ekonomi måste kunna skötas oavsett de parlamentariska förhållanden som utgår ur de allmänna valen. Om vägarna och medlen råder oenighet men inte om principen och målet. Den budgetreform som genomfördes häromåret tillför en speciell nyans. Den motiverades bl.a. med behovet att stärka en *minoritetsregerings* ställning. Finansmakten ger alltså speciella bidrag till diskussionen om folksuveränitet, majoritetsstyrelse och demokrati.

I en tid då författningsreformer åter förs upp på den politiska agendan saknar det inte heller intresse, att det är vanligt att *grundlagen anses ha ett medansvar för Sveriges ekonomiska problem* under 70-, 80- och 90-talen. Statsminister Göran Persson har t.ex. sagt sig tro<sup>1</sup> att ”en av de viktigaste förklaringarna till chockerna i den svenska ekonomin ligger i 70-talets författningsreform”. En liknande syn har uttryckts, dock något mera försiktigt, av företrädaren Ingvar Carlsson och andra enskilda debattörer<sup>2</sup>, liksom av 1992 års ekonomikommission<sup>3</sup>.

De reformer, som har anvisats som botemedel, har normalt gått ut på *en begränsning av demokratin*: Det måste gå längre tid mellan valen, riksdagen måste få färre ledamöter, proportionaliteten i valsystemet måste

minska, dvs. riksdagen bli mindre representativ för ”det suveräna folket”, riksdagens beslutsmakt måste minskas osv.

Dessa karaktärsdrag för finansmaktens område får bli något av en röd tråd i det följande. De skall närmare konkretiseras. Detta betyder inte att finansmakten uppfattas som en främmande fågel i sammanhanget. Det väsentliga är att bidra till och komplettera diskussionen.

### Historisk överblick

Finansmakten har inte varit något viktigt ämne för den konstitutionella debatten under de senaste 150 åren. De stora ställningstagandena gjordes 1809, och de har i huvudsak legat fast. Åtminstone efter representationsreformen 1866 har utvecklingen skett i bred politisk enighet. Den kan beskrivas som en vardagsgrå strävan mot ökad rationalitet, men den ger också en belysning av hur grundlagen kan förlora betydelse trots detaljerade bestämmelser.

Genom 1809 års regeringsform fastslogs att finansmakten tillhörde riksdagen, som skulle besluta om både statens inkomster och dess utgifter.<sup>4</sup> Riksbanken och Riksgäldskontoret förblev under riksdagen. Från dagens utgångspunkt är en ytlig iakttagelse värd att göras. I 1809 års grundlagstext svarar finansmakten för det i särklass längsta sammanhängande avsnittet<sup>5</sup>, tjugofyra paragrafer, 57–80 §§, med stor detaljriktighet. Iögonenfallande är kontrasten mot 1974 års RF med dess korta och föga innehållsrika kapitel. I 1809 års berömda grundlagsmemorial berördes däremot finansmakten bara i tre meningar.<sup>6</sup> Detta åskådliggör den ofta gjorda iakttagelsen att ekonomin lätt blir det tyngsta, oavsett vilka stora frågor som diskuteras. Detaljriktigheten säger i och för sig inte så mycket om den politiska betydelsen. Både finansmakten med tjugofyra paragrafer och lagstiftningsmakten<sup>7</sup> med två blev viktiga inkörsporthar för statsskickets omvandling till parlamentarism.

Hur detaljerade regler kunde tänjas ut är en principiellt intressant fråga. Regeringsformen slog fast att ständerna efter sin prövning av statens utgifter skulle fastställa hur särskilda summor skulle användas till särskilda ändamål och anslå dem ”under bestämda huvudtitlar uti riksstaten”<sup>8</sup> (62 §). Kring de citerade orden stod huvudstriden under de första decennierna efter 1809. Nils Stjernquist har visat<sup>9</sup> hur kungen försökte hävda handlingsfrihet inom huvudtitlarna, medan ständerna gjorde anspråk på att få bestämma om de särskilda anslagen. Ständerna segrade 1840. Införandet av årliga riksdagar från 1867 konsoliderade riksdagens maktställ-

ning. Utvecklingen gick vidare mot en allt längre driven detaljreglering. Stjernquist talar expressivt om den tid ”då varje skrivbitrådestjänst var en riksdagsfråga”.

Grundlagen kom tidigt i bakgrunden.<sup>10</sup> Redan vid förra sekelskiftet klagades över<sup>11</sup> ”brist på klarhet och konsekvens” i fråga om budgetens uppställning och brist på ”fasta principer för budgetfrågors behandling”. När längre fram en kommitté skulle tillsättas för att utarbeta nya grundlagsregler, fick man först låta en annan kommitté kartlägga vad som kunde anses gälla.<sup>12</sup>

Regeringsformen underkastades dock inga större ändringar. Författningsutredningen kunde t.ex. uttala att grundlagsbestämmelserna ”i huvudsak är oförändrade sedan år 1809”.<sup>13</sup> Den fortsatte: ”Praxis har delvis utvecklats i klar strid med grundlagen, och åtskilliga bestämmelser tillämpas icke eller kan rentav icke tillämpas. Därtill kommer, att statsmakterna ej sällan känt en betydande osäkerhet vid ställningstaganden till företeelser på finansmaktens område.” Men själva huvudprinciperna om maktens fördelning hade inte ändrats.<sup>14</sup>

Detta gällde före 1990-talets reformer. Om det ännu idag kan sägas, att principerna för maktfördelningen är oförändrade, är en fråga för det följande att belysa. I RF har reformerna främst avsatt två avtryck<sup>15</sup>, avseende Riksbanken och Riksgäldskontoret.

Sammanfattningsvis kan man säga att finansmakten ger en god illustration av hur även omfattande och detaljerade grundlagsregler kan kringgås och åsidosättas i stället för att ändras. Utvecklingen började långt före vad som har kallats ”det författningslösa halvseket” och är jämte parlamentarismen det främsta motivet för det uttrycket. Svenska politiker kom att lära sig, att grundlagen varken har eller bör ha någon betydelse i det verkligt tunga arbetet. Detta är en viktig del av bakgrunden till grundlagens svaga ställning i Sverige.

### **Finansmaktens nuvarande reglering**

Finansmakten ger ett bra exempel på hur konstitutionella frågor kan regleras på fem plan: grundlag, riksdagsordningen, vanlig lag, förordning samt EU-planen. En kort översikt underlättar den följande framställningen.

Redan 1910 års riksstatskommitté ansåg att grundlagsreglering skulle ”lätteligen komma att alltför mycket binda statsmakternas handlingsfrihet”. Detta har länge ansetts som ”common sense”. *Regeringsformen* ger följdriktigt bara enkla grundregler: beslut om skatter och avgifter fattas av

riksdagen enligt 8 kap., statens medel och tillgångar står till regeringens disposition men får bara användas som riksdagen bestämt, regeringen avger förslag till statsbudget och riksdagen företar budgetreglering för nästa budgetår eller, om särskilda skäl föranleder det, annan period, riksdagen kan anta tilläggsbudget och besluta om riktlinjer för viss statsverksamhet för längre tid än anslagen gäller, den fastställer grunder för förvaltningen av statens egendom, regeringen får inte utan bemyndigande ta upp lån eller ikläda staten ekonomisk förpliktelse<sup>16</sup>, regeringen har ansvaret för övergripande valutapolitiska frågor. Till sist behandlas riksbanken.

Allt detta är i och för sig viktigt men det mesta är sedan länge självklarheter. Kapitlet fyllde knappast ens 1974 måttet som beskrivning av gällande läge, och idag efter budgetreformen ger det inga upplysningar om de praktiskt mest centrala punkterna. Viktigare är *riksdagsordningen* (RO). Där föreskrivs om budgetår och om budgetproposition, som skall avlämnas före budgetårets början och ha visst innehåll, om utskotten samt, viktigast, om indelning i utgiftsområden och om riksdagsbeslut rörande utgiftsramar, beräkning av statsinkomsterna samt anslagen inom varje utgiftsområde.<sup>17</sup> Först här får man alltså en föreställning om vad som gäller efter 1990-talets nyheter. Orsaken är att RO medger större flexibilitet än RF genom att den kan ändras med *ett* beslut, om tre fjärdedelar av de röstande och mer än hälften av ledamöterna förenar sig om det.<sup>18</sup>

I tillägsbestämmelser till RO (= vanlig lag) föreskrivs om närmare tidpunkt för budgetpropositionens avlämnande, om ekonomisk vårproposition och om utgiftsområden och utgiftsramar. På nivån *vanlig lag* dominerar annars lagen (1996:1060) om statsbudgeten. Här finner man i fyrtiosju paragrafer bl.a. regler om anslagstyper och inkomsttitlar, beställningsbemyndiganden, befogenhet för regeringen att ikläda staten förpliktelser som krävs för den löpande verksamheten, kreditgarantier, budgetens avgränsning, bruttoredovisning, årliga investeringsramar, överlåtelse av statsegendom samt uppföljning, prognoser m.m. och sist en bestämmelse som ger regeringen rätt att delegera vissa av sina befogenheter. I övrigt kan nämnas lagen (1988:1385) om Sveriges Riksbank och lagen (1988:1387) om statens upplåning och skuldförvaltning.

Fördelningen på olika nivåer är säkert i stort sett ändamålsenlig, även om detaljer kan diskuteras. Det väsentliga här är att man måste gå ned till lagnivån för att få ett konkret grepp om den tunga regelmassan för de numera över 750 miljarder kr som en statsbudget omsluter.

En arbetsgrupp inom Finansdepartementet har nyligen lagt fram ett

förslag till en ny budgetlag, som innebär ganska stora förändringar i förhållande till den nuvarande.<sup>19</sup>

Även *förordningsplanen* har större praktisk betydelse än som brukar vara vanligt. Detta är naturligt eftersom regeringen styr riket och myndigheterna lyder under regeringen.<sup>20</sup> Särskilt viktiga är anslagsförordningen (1996:1189), som innehåller t.ex. utförliga föreskrifter om dispositionsrätt till anslag och om anslagsvillkor, samt förordningen (2000:605) om årsredovisning och budgetunderlag, som upptar ingående föreskrifter i dessa ämnen.

På *EU-planen* möter till en början den europeiska centralbanken, EMU, samt stabilitets- och tillväxtpakten. Den sistnämnda avser att reglera maximalt budgetunderskott och maximal statsupplåning. Tilltron till den har skakats av att både Frankrike och Tyskland kunnat utan påföljder – åtminstone hittills – åsidosätta dess regler.<sup>21</sup> Även i övrigt har EU fått påtaglig betydelse, t.ex. för momsen och alkoholskatten, för socialförsäkringssystemet och genom reglerna för statligt stöd till företag. I det följande måste av utrymmesskäl bortses från EU.

## Beskattningsmakten

Framställningen övergår här till det första stora delområdet inom finansmakten. I förgrunden kommer frågor om beskattningsmaktens förhållande till andra konstitutionella regler.

### Utgångspunkter

Både 1809 års memorial och regeringsformens bestämmelser om finansmakten inleddes med en historisk osanning som har blivit bevingade ord: ”Svenska folkets urgamla rätt att sig beskatta” utövades av ständerna allena. Rätten var förvisso inte urgammal. Den hade utan intrång av kungamakten kunnat utövas främst under frihetstiden, men den har förblivit hos riksdagen. Grundlagen skilde mellan ordinarie inkomster och bevillningar. Alla bevillningar skulle utgå till utgången av det år då en ny riksdag samlades. Redan på 1850-talet började dock beslut fattas ”tills vidare”, vilket banade väg för en modern tids skatteförfattningar, helt i strid med grundlagstexten.

Numera beslutas (9:1) om skatter och avgifter<sup>22</sup> enligt 8 kap. RF. Där sägs (8:1) att om skatt till staten och om grunderna för den kommunala beskattningen föreskrivs genom lag. Skatteföreskrifter hör till det obliga-

toriska lagområdet, vilket innebär att riksdagen inte får delegera till regeringen (8:7).<sup>23</sup> Denna kan endast (8:13) utfärda förordningar om verkställighet av lag (verkställighetsföreskrifter).<sup>24</sup> Inom det området får regeringen delegera till underlydande myndighet, dvs. till Skatteverket (SV).

Dessa bestämmelser lägger fast befogenhetsfördelningen mellan de tre planerna riksdagen-regeringen-myndigheterna. De kan synas naturliga på gränsen till självklara. Ett par punkter har emellertid politisk aktualitet.

Det slås alltså särskilt fast i RF att skatter hör till det obligatoriska lagområdet. En fråga som ofta tas upp i debatten är emellertid om inte regeringen borde ha befogenhet att justera vissa skatter av främst konjunkturpolitiska skäl. Även bl.a. handels- och alkoholpolitiska skäl har anförts. En majoritet inom grundlagsberedningen<sup>25</sup> föreslog s.k. *skattefullmakter* av innebörd, att riksdagen i lag om annan skatt än på inkomst, förmögenhet, arv eller gåva skulle kunna bemyndiga regeringen att enligt givna riktlinjer bestämma eller ändra skattesatsen eller besluta att lagen skulle börja eller upphöra att gälla. Regeringen vann en bredare majoritet i riksdagen för en annan lösning: Ett sammansatt finans- och skatteutskott fick motsvarande befogenhet att agera, på regeringens förslag, då riksmöte inte pågick<sup>26</sup>. Bestämmelsen avskaffades 1998 men själva sakfrågan dyker då och då upp i debatten.

En annan fråga av stor praktisk – väl även principiell – betydelse gäller den faktiska maktfördelningen mellan riksdagen, regeringen och SV. Det är allmänt erkänt och i huvudsak godtagat att *verkställighetsföreskrifter* går längre inom vissa delar av skatteområdet än RF medger, särskilt inom fastighetstaxeringen. Som Håkan Strömberg uttalat<sup>27</sup> är det ”svårt att förneka att systemet med verkställighetsföreskrifter här har pressats till det yttersta”. Praxis är ”knappast förenlig med RF. Samtidigt måste erkännas att den fyller ett starkt praktiskt behov.” Förhållandet är viktigt att notera, eftersom det obligatoriska lagområdet har särskild betydelse för den allmänna maktfördelningen mellan statens tre nivåer.

Utöver kompetensreglerna finns det vissa andra bestämmelser och principer av betydelse för beskattningsmakten: om förbud mot retroaktiv beskattning (2:10), om skydd för äganderätten (2:18), generalitetsprincipen, som sägs gälla för all lagstiftning, gränsen mot kommunal beskattning m.m. Allt detta gäller *beskattningsmaktens gränser*. Detta är ett i utlandet välkänt problemområde, inom vilket åtskilliga, ofta populistiska förslag till lagregler har förts fram, inte minst i USA. I Sverige har ämnet knappast alls aktualiserats i utredningssammanhang. Varken författningsutredning-

en eller grundlagberedningen hade ett ord i ämnet, men den senaste fri- och rättighetskommittén berörde det helt kort.<sup>28</sup> Frågorna tas upp under tre rubriker.

### Skatter och egendomsskydd

Det är naturligt att först se på *Europakonventionen*. Artikel 1 i det första tilläggsprotokollet avser egendomsskydd. Den slår fast att ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser. En stat får dock lagstifta för att bl.a. säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor. Artikeln och Europadomstolens praxis har undersökts av Karin Åhman.<sup>29</sup> Domstolen har aldrig prövat något mål som gällt en skatts förenlighet med konventionen. De klagomål som förekommit har stannat hos (den numera avskaffade) Europakommissionen som avvisat dem.

Två kända fall har kommit från Sverige och avsett dels den vinstdelningsskatt som blev den tekniska lösningen i löntagarfondsärendet, dels en engångsskatt på pensionssparandet hos vissa försäkringsbolag.<sup>30</sup> Ur det förra ärendet citerar Åhman, att en skatt enligt kommissionen kan strida mot den citerade artikeln om den "places an excessive burden on the person concerned or fundamentally interferes with his financial position", vilket inte ansågs vara fallet i löntagarfondsärendet. Ett gammalt fall från Island (1960) avsåg en engångsskatt med upp till 25 procent på större företags kapital. Kommissionen, som avvisade klagomålet, noterade att skatten alltså aldrig tog mer än fjärdedelen av tillgångarnas verkliga värde och att betalningarna kunde fördelas över tio år. Det är tydligt att Europakonventionen har ringa betydelse på beskattningens område.

Enligt RF 2:18 kan ingen tvingas avstå sin egendom "genom expropriation eller annat sådant förfogande" utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen, och hon eller han är då tillförsäkrad ersättning för förlusten enligt grunder som anges i lag. Beskattning är inget "sådant förfogande", men stadgandet har ändå en viss effekt som gräns för beskattningsmakten. Frågan togs upp av Lagrådet i ärendet om en engångsskatt på pensionssparande.<sup>31</sup> Vad som vållade problem var kombinationen av skattens karaktär av engångspåлага på förmögenhet och den snävt begränsade kretsen av skattskyldiga plus en regel om grundavdrag (en miljon kr) som ytterligare begränsade kretsen. Lagrådet framhöll att RF inte känner andra former för förmögenhetsöverföring från enskilda till samhället än dem som avses i 2:18 och dem som sker genom skatter etc.<sup>32</sup>

Det måste ”sagas ligga i regeringsformens konstruktion och anda, att beskattningsmakten inte får genom riktade ingrepp av engångskaraktär mot egendom kringgå bestämmelsen” i 2:18.

Lagrådets påpekande visar att det kan vara diskutabelt från konstitutionell synpunkt att ge alltför snävt begränsade skatteregler. Om en speciell typ av egendom beskattas hos en snävt angiven krets av skattskyldiga, kan man närma sig ett egendomsberövande i strid med åtminstone andan i RF 2:18. Om dessutom pålagan ges formen av en engångsskatt på förmögenhet, kan situationen uppfattas som om staten sträcker ut sin hand mot vissa subjekt och tar sig en grabbnäve ur deras tillgångar. Lagrådet uttryckte sig dock försiktigt. Man drar slutsatsen att det i praktiken lär bli svårt att få en domstol att förklara en skattelag stridande mot RF 2:18 .

Lagrådets strikt juridiska sätt att resonera präglar inte skattedebatten. Det hävdas ofta att skatter är konfiskatoriska. Grunderna för påståendet är vanligen svaga från juridisk synpunkt men frågan dyker upp alltför ofta för att helt förbigås, särskilt sedan RF har fått ett mera utvecklat egendomsskydd.

I modern tid har gränsdragningen mellan skatt och konfiskation aktualiserats främst av den s.k. kvarlåtenskapsskatten som infördes 1947 och för länge sedan avskaffats. Den förklarades av Svea hovrätt i dess remissyttrande innebära en grundlagsstridig konfiskation. Som Hilding Eek visade var det inte fallet<sup>33</sup>, vilket senare fastslogs av domstol.<sup>34</sup> Värt att erinra om i Eeks framställning är idag, att det saknades grund för att hävda att skatt endast fick tas ut på avkastningen, inte på själva förmögenheten, ett resonemang som den nya grundlagen saknar upphängningspunkt för ett sådant resonemang.<sup>35</sup>

Senare har frågan analyserats av Nils Mattsson som för egen del har uttalat sig för en gräns vid 100 procent av skattebasen.<sup>36</sup> Hans argumentering förefaller stark, men frågan synes vara ännu mer komplicerad än hans framställning visar. Astrid Lindgrens berömda Pomperipossa-skatt innebar att hon fick betala mer än 100 procent av en intäkt i skatt till följd av att inkomstskatter och sociala avgifter lades ovanpå varandra. Det är lätt att avvisa ett sådant resultat som grundlagsstridigt, idag särskilt med tanke på RF 2:18, men det är svårare att tala om hur en domstol skulle ha klarat ut saken. Vilken av de olika skatterna var fel, och var det självklart att precis 100 procent kunde tas i skatt? Frågan löstes genom lagstiftning.<sup>37</sup> Tydligt är vidare att Mattssons ståndpunkt inte kan tillämpas på förmögenhetsskatt eller arvs- och gåvoskatt.<sup>38</sup> RF ger dock inte underlag för någon kon-

kret gräns under 100 procent. Tilltalande med tanke på RF 2:18 skulle vara att inte alls låta egendom vara skattebas, men frågan är givetvis politisk.

### **Förbudet mot retroaktiva skatter**

Den enda uttryckliga begränsningen av beskattningsmakten i RF ger 2:10 med förbud mot retroaktiv beskattning. Huvudregeln föreskriver att skatt eller statlig avgift inte får tas ut ”i vidare mån än som följer av föreskrift, som gällde när den omständighet inträffade som utlöste skatt- eller avgiftsskyldigheten”. En svaghet i skyddet ligger i den sista satsen, genom att tiden från den utpekade tidpunkten till ikraftträdandet kan bli mycket kort. Stadgandet sågs över av den senaste fri- och rättighetskommittén utan att man hittade någon bättre lösning.

En bakgrund till översynen var bl.a. engångsskatteärendet. Lagrådet konstaterade där att den avgörande tidpunkten var den 23 december 1986 och att lagen skulle träda i kraft den 1 januari 1987. En tanke bakom RF 2:10 är att de skattskyldiga bör ha någon tid på sig för omdispositioner. I detta fall fanns inga reella sådana möjligheter. Det var därför begripligt om förslaget uppfattades som retroaktivt verkande, uttalade Lagrådet och fortsatte: ”Det får emellertid konstateras, att [RF 2:10] efter noggranna överväganden har getts en utformning, som inte tar särskild hänsyn till fall av denna art. Man kan möjligen säga att ... förslaget står i mindre god överensstämmelse med grunderna för retroaktivitetsförbudet, men det kan inte anses åsidosätta detta.” Förnyad utredning har således inte lett till någon ändring.

Det mest uppmärksammade ärende, där retroaktivitetsförbudet har aktualiserats, är det om TV4 som Thomas Bull har berört ovan. Genom ett förbiseende hade rättsgrunden för att ta ut koncessionsavgift under första halvåret 2001 fallit bort utan att skadan reparerats i tid. Regeringen ville då ta ut i princip dubbel avgift under andra halvåret. Lagrådet konstaterade att det var ”fråga om ett flagrant försök att kringgå förbudet” i RF 2:10. Förslaget stred mot grunderna för 2:10 men inte mot ordalydelsen. På grund därav framstod det för Lagrådet som ”mindre sannolikt att, om förslaget skulle antagas av riksdagen, en domstol eller annat offentligt organ senare skulle ... vägra tillämpa” lagen enligt RF 11:14.

Ett flagrant försök att kringgå en grundlagsregel, tillhörande skyddet för grundläggande fri- och rättigheter, skulle alltså klara sig vid domstol! Man kan fråga sig om en så långt driven bokstavsträldom kännetecknar

domstolarnas attityd till grundlag idag. Yttrandet är värt att ha i minnet när man diskuterar grundlagens normativa kraft i Sverige.

### **Riktmärket om föreskrifters allmängiltighet**

I ärendet om TV4 underkände Lagrådet förslaget därför att det inte uppfyllde vad som brukar kallas generalitetsprincipen. Förslaget förkastades därefter av riksdagen. Förmodligen var det av det skälet som uttalandena i retroaktivitetsfrågan inte blev särskilt uppmärksammade vid den tiden.

Inte heller här finns det anledning att upprepa vad Thomas Bull har skrivit, särskilt som principen har diskuterats flera gånger förut. Det är emellertid nödvändigt att se på de problem som just skattelagarna har orsakat. De flesta fall som aktualiserat principen hänför sig till skatteområdet, t.ex. den s.k. katalogen i 7:17 inkomstskattelagen, Kockum-fallet (RÅ 1980 1:92) och TV4. Det går givetvis att finna exempel på problematiska fall från andra rättsområden men knappast så iögonenfallande.<sup>39</sup> Skatteområdet är det väsentliga. Där har utvecklingen gått så långt att man helt enkelt kan ifrågasätta om någon generalitetsprincip alls gäller som rättsregel. För att klargöra problemet bör det propositionsuttalande citeras, som principen grundar sig på:<sup>40</sup>

– – – en lag liksom varje annan rättsregel skall vara en generell föreskrift. Som beredningen har framhållit kan det visserligen undantagsvis vara nödvändigt att genom lag ge föreskrifter som blir tillämpliga endast i fråga om ett enskilt fall. Enligt min mening måste lag emellertid även i en sådan situation vara generellt utformad. Jag kan således inte ansluta mig till den uppfattning som kommer till uttryck hos beredningen att det bör vara möjligt för riksdagen att genom lag fatta ett beslut som uttryckligen anges avse endast ett visst konkret fall. Jag är medveten om att det inte är helt lätt att ange innebörden av kravet på generell tillämpbarhet. Enligt min mening får en lag anses uppfylla detta krav om den exempelvis avser situationer av ett visst slag eller vissa typer av handlingssätt eller om den riktar sig till eller på annat sätt berör en i allmänna termer bestämd krets av personer.

Man kan fråga sig hur lagen om TV4:s koncessionsavgift kunnat anses uppfylla detta krav på allmängiltighet. Den gäller ett enda subjekt – kan aldrig komma att gälla fler – och avser bara detta subjekts relation till staten som innehavare av beskattningsmakt. Lagrådets resonemang, att lagen är generell därför att TV4 kan bytas ut mot ett annat företag utan lagändring, syns gå vid sidan av motivuttalandet och vara en ny konstruktion. Det avgörande för att lagen passerat utan anmärkning har säkert varit att alla, inklusive TV4, varit ense om den vid dess tillkomst.

Men även om man godtar Lagrådets resonemang om TV4, spricker det när man kommer till ”katalogen”: Där nämns de privilegierade subjekten med namn! Förklaringen, citerad av Bull, att lagformen har använts så ofta att man har rätt att tala om en konstitutionell praxis som tillåter undantag från generalitetskravet<sup>41</sup>, är ett fikonlöv för realiteten att riksdagen anser sig kunna sätta ”kravet” åt sidan när den så önskar. Hittills har det veterligen bara skett på skatteområdet, men det lär enligt vanlig juridisk metod vara tillräckligt för att man borde se ”generalitetsprincipen” inte som en rättslig princip utan bara som ett slags önskvärt riktmärke för lagstiftaren.

Med utgångspunkt i en princip om allmängiltighet skulle man kunna ifrågasätta om en lag kan begränsas tidsmässigt eller lokalt. Att riksdagen fortfarande kan tidsbegränsa skattelagar sägs dock i förarbetena till RF, och differentiering mellan olika landsdelar av främst regionalpolitiska skäl är godtagen.<sup>42</sup> Rimligen bör det finnas vissa gränser för dessa möjligheter – någonstans stöter man t.ex. på principen om allas likhet inför lagen – men den frågan tas inte här upp till diskussion.

Finns det några fler bestämmelser i 2 kap. RF som kan få betydelse för skattelagstiftning? Teoretiskt kan man peka på 15 och 16 §§. En föreskrift får inte innebära att någon medborgare missgynnas därför att hon eller han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör minoritet och inte heller att någon missgynnas på grund av sitt kön.<sup>43</sup> Vid en olämpligt gjord begränsning av skattebas eller krets av skattskyldiga kan dessa regler i princip aktualiseras. En konklusion av resonemangen i det föregående är överhuvudtaget att sådana begränsningar – som är nödvändiga i stor utsträckning – alltid bör göras så litet snäva som möjligt.

### **Staten och kommunernas beskattningsrätt**

Till sist bör några ord sägas om den kommunala beskattningsrätten, som infördes i regeringsformen vid tvåkammarreformen 1866/67. Om den säger nu RF (1:7): ”Kommunerna får taga ut skatt för skötseln av sina uppgifter.” Både ordalagen och placeringen i RF:s inledningskapitel anger att stadgandet inte kan förväntas ge något starkt skydd för kommunerna. Detta bekräftades när det aktualiserades flera gånger under 1990-talet. En kommitté tillsattes som lade fram ett förslag om ett nytt 13 kap. RF om kommunerna.<sup>44</sup> Förslaget har inte föranlett någon åtgärd.

Som de djupaste ingreppen i den kommunala självstyrelsen på länge har beslutet om kommunalt skattetak och inomkommunal skatteutjämning betecknats.<sup>45</sup> RF utgjorde dock inget hinder. Skattetakets sattes vid 30

kronor. Att en kommun som får ta 30 procent av medlemmarnas inkomster i skatt ”får uttaga skatt för skötseln av sina uppgifter” är uppenbart. Lika uppenbart är att staten måste ha rätt att frånsäga sig det ekonomiska ansvaret för skatteutjämningen och ålägga kommunerna att sköta den själva enligt regler som riksdagen fastställer i lag. RF ställer bara kravet att ålägganden för kommunerna skall beslutas genom lag (8:5). När det kravet inte blivit uppfyllt genom i ett lagförslag 1997, avstyrktes förslaget av Lagrådet, men sedan kravet hade uppfyllts genom en ny lagteknisk konstruktion, blev det nya förslaget godtaget.

Inte i något av de kommunala fallen var det fråga om ett försök att kringgå grundlagen<sup>46</sup> utan om klart motiverade men politiskt kontroversiella beslut.<sup>47</sup> I en framställning om finansmakten är det viktigt att betona, att riksdagen alltid har sista ordet, inom grundlagens ram, när det gäller beskattningsmakten. I ett krisläge måste riksdagen kunna fatta erforderliga beslut. Ordalagen i RF (1:7, 8:5, 9:1) är helt klara på den punkten.

## Budgetregleringen

Finansmaktens andra huvudområde företer stora olikheter mot det första. Om en i viss mån snarig reglering i och kring 8 kap. RF präglar skatteområdet, kännetecknas budgetregleringen av att flexibilitet och effektivitet prioriteras högt.

### Utgångspunkter

Stora förändringar har skett på detta område efter 1974. Budgetprocessen har reformerats i dess helhet och mera djupgående än någon gång förut.<sup>48</sup> Omläggningen har genomförts i etapper; förarbetet har sträckt sig över flera decennier. Här talas för enkelhets skull om ”budgetreformen” när förändringarna från slutet av 1980-talet till slutet av 1990-talet avses.<sup>49</sup> Någon ändring i RF har inte krävts för denna förnyelse. Därigenom distanserar budgetreformen den andra verkligt djupgående nyheten efter 1974, anslutningen till EU, som dock gjort vissa ändringar i procedurreglerna (10 kap. RF) nödvändiga.<sup>50</sup>

Uppgiften här är inte att beskriva budgetprocessen; detaljer måste i största utsträckning lämnas därhän liksom ekonomiska synpunkter. Vad det gäller är att sätta in budgetregleringen och dess omläggning i ett övergripande konstitutionellt perspektiv. De frågor som nu skall ställas och diskuteras är av typen: Vad var egentligen det verkligt stora och centrala i

budgetreformen? Hur återverkar den på riksdagens respektive regeringens ställning? Vad betyder den för regeringens styrning av myndigheterna?

### **Huvudsak: Processen har vänts upp och ned**

Det finns flera alternativ om man vill försöka precisera själva kärnan i budgetreformen. Ett är att utgå från Nils Stjernquist som talade om den tid då varje skrivbiträdestjänst var en riksdagsfråga: Budgetreformen innebar slutet på och omvändningen av en lång utveckling, som sammantagen innebar en kraftig beskärning<sup>51</sup> av riksdagens inflytande över budgeten. Man får emellertid inte förväxla själva reformen med den långa trenden.<sup>52</sup> Ett annat alternativ är att peka på införandet av utgiftstak och utgiftsramar, gärna i förening med mål- och resultatstyrning. Då stöter man dock på komplikationen att den nya ordningen är i princip frivillig.

Som den "hårda kärnan" i reformen ses här att staten så att säga vände på processen och övergick från att budgetera nedifrån-och-upp till att budgetera uppifrån-och-ned.<sup>53</sup> Det "klassiska" förfarandet började med myndigheternas "anslagsäskanden" ("petita") och slutade med att riksdagen, på grundval av "statsverkspropositionen" och hundratals, småningom tusentals motioner, fattade långa rader av anslagsbeslut som gick vidare till regeringen för vidare befordran med anslagsvillkor till mottagare. Nu bidrar myndigheterna med "budgetunderlag" till grunden för själva processen som börjar hos regeringen. Denna tar för sin del ställning i fråga om utgiftstak för staten och utgiftsramar för budgetens (f.n. 27) utgiftsområden. Dessa föreslås riksdagen i budgetpropositionen. Processen avslutas med att riksdagen först genom *ett* beslut tar ställning till utgiftstak och ramar för varje utgiftsområde<sup>54</sup> och senare fastställer varje områdes anslag inom ramen, likaså genom *ett* beslut för varje område, och skickar vidare till regeringen för vidare befordran till mottagare.

De stora nyheterna är besluten om utgiftstak och utgiftsramar och om "enhetsbeslut" i riksdagen. Till detta bör läggas de ändrade styrningsformerna: "Skrivbiträdesstyrningen" har ersatts med mål- och resultatstyrning. Härigenom har statsmakterna på ett annat sätt än tidigare tagit befälet över budgetprocessen och därmed över statens ekonomi. Budgetreformen vill introducera en ny maktfördelning som skall genomsyra hela förfarandet. Maktförskjutningen kan inte beskrivas enbart med bestämmelser i RO, budgetlagen och förordningar. Häri ligger motivet för att först peka ut "kärnan". Till detta centrum kan man knyta flertalet centrala aspekter.

## Två huvudnyheter – märkligt nog

Den skissartade bilden av budgetprocessen måste kompletteras med att huvudnyheterna betraktas närmare. Man bör tala om två huvudnyheter. Den första har redan nämnts: *tak för statens utgifter, utgiftsramar för utgiftsområdena och enhetsbeslut av riksdagen* både om tak och ramar och om vart och ett av utgiftsområdena. Dessa led bör ses som ett sammanhållet helt.

Budgetperspektivet är numera *treårigt*. Regeringen föreslår och riksdagen fastställer utgiftstak för tre år. Jämkningslagar kan bli nödvändiga på grund av nya omständigheter, men det långa perspektivet är en hjärtesak. Det brukar sägas att en brist i allt budgetarbete är inriktningen på kort sikt och frånvaron av – eller åtminstone den ringa tyngden i – långsiktiga perspektiv.

Den som söker efter en föreskrift om treårsperspektivet kommer inte längre än till 41 § budgetlagen: Förslag om tak för statens utgifter eller riktlinjer för utgiftsramar får avse längre tid än ett budgetår. I RO sägs ingenting. Det kan förvåna men märkligare kan synas, att inte heller *utgiftstak* nämns i RO, bara utgiftsområden och utgiftsramar. Åter får man gå till budgetlagen, vars 40 § föreskriver att förslag till beslut om utgiftstak skall ingå i budgetpropositionen<sup>55</sup> om regeringen avser att använda sådant tak i beredningen av förslaget till statsbudget och i genomförandet av den budgeterade verksamheten. Den teknik som använts för fördelningen mellan olika normnivåer är något knepig liksom de ställningstaganden som gjorts till vad som alls borde formaliseras.

Både RO 5:12 och 40 § budgetlagen visar att utgiftsområden och utgiftsramar är *frivilliga* instrument. Från teknisk synpunkt är frivilligheten viktig men knappast i praktiken. Den anvisar en nödutgång, som försiktigheten påbjöd vid reformtillfället men vars anlåtande numera, efter några övergångsår, skulle markera åtminstone ett politiskt misslyckande. Det finns därför knappast skäl att offra utrymme på en närmare analys.

Fastställande av utgiftstak och utgiftsramar är exempel på ett slags *självbindning*<sup>56</sup> – en riktig sådan förutsätter dock en bestämmelse i grundlag utan kryphål. Ingenting hindrar nu riksdagen att gå ifrån sina beslut, men det skulle vara en allvarlig sak från politisk synpunkt och kunna leda till regeringskris. Hittills sägs systemet ha fungerat väl. Det uttalades t.ex. i budgetpropositionen 2003 (del 1 s. 22 ff). Finansministern framhöll också att utgiftstaken är ett av de övergripande budgetpolitiska målen<sup>57</sup>, ”budgetpolitikens främsta styrinstrument”, och att de har klarats varje år

sedan de infördes 1997. En debatt om hur taket skall kunna hållas respektive kringgås förs dock av partierna och medierna varje år. Den gällde 2003 främst förslaget att företagen skulle ansvara för ytterligare en sjukvecka för arbetstagarna mot vissa skattelättnader. Innebörden var att reformen blev synlig bara på intäktsidan men inte berörde utgiftstaket.

Den andra huvudnyheten med budgetreformen var de skärpta kraven på *uppföljning och efterkontroll*. Det kan förefalla märkligt att sådana till synes beskedliga och naturliga ting kan framstå som huvudnyhet inne på det tredje årtusendet. Det är emellertid inte fråga om en subjektiv värdering utan om den officiella bilden. Bakgrunden är givetvis att det har varit illa beställt på de här områdena. Delvis ligger förklaringen i det politiska arbetets natur: Det upplevs ofta som mera intressant att arbeta med dagens och framtidens frågor än med att följa upp och granska utfallet av tidigare fattade beslut. Samtidigt har det funnits en politisk misstro mot att anförtro uppgifterna åt tjänstemän som har den självständighet som krävs för ett effektivt arbete.

En särskild avdelning av budgetlagen har ägnats uppföljning, prognoser och utfall. Det viktiga är att regeringen har ålagts ett särskilt ansvar och en skyldighet att redovisa för riksdagen. Regeringen skall noggrant följa hur statens inkomster, utgifter och upplåning utvecklas i förhållande till beräknade eller beslutade belopp.<sup>58</sup> Under löpande budgetår skall för riksdagen vid minst två tillfällen redovisas prognoser över utfallet av inkomsterna och utgifterna. Senast fyra månader efter budgetåret skall statsbudgetens preliminära utfall redovisas, och så snart som möjligt, dock senast nio månader efter budgetåret, skall en årsredovisning för staten överlämnas, innehållande resultaträkning, balansräkning, finansieringsanalys och uppgifter om det slutliga utfallet på alla inkomstitlar och anslag.

Till dessa bestämmelser anknyter den viktiga 42 §: Finns det risk för att utgiftstak eller utgiftsramar kommer att överskridas, skall regeringen för att undvika detta vidta sådana åtgärder som den har befogenhet till eller föreslå riksdagen nödvändiga åtgärder. Som exempel kan tas budgeten för 2003. I vårpropositionen anmälde regeringen (s. 20 f) att utgiftstaken för 2003 och 2004 riskerade att överskridas och föreslog ett antal åtgärder för att klara taken. En central del avsåg att vända utvecklingen med allt fler sjukskrivna. Därutöver föreslogs att olika reformer skulle uppskjutas, t.ex. införande av fri entré på museer. Ett annat exempel på en räddningsaktion var när avgiften till EU sköts över årsskiftet 2003/04, vilket föranledde en

anmälan till konstitutionsutskottet i dess granskningsarbete enligt RF 12:1.

Den sista avdelningen i budgetlagen behandlar redovisning och revision. Den innehåller inte mycket substans. Av stor vikt är här förordningen om myndigheternas årsredovisningar, som innebar en betydelsefull uppryckning. Man får alltså gå ända ned på förordningsnivån för att få närmare kännedom om en av de två huvudpunkterna i budgetreformen. I detta sammanhang bör även den revisionsreform nämnas som genomfördes 2003 och i princip innebar att Riksrevisionsverket och riksdagens revisorer avskaffades och Riksrevisionen inrättades.

### **Riksdagen och regeringen**

Den största frågan i detta sammanhang gäller förstås budgetreformens effekter för maktfördelningen mellan riksdagen och regeringen. Att en väsentlig förskjutning har skett till regeringens förmån är obestritt och obestridligt. När budgetlagen antogs betecknades den av två ledamöter i konstitutionsutskottet som ett hot mot centrala demokratiska värden respektive en liten statskupp.<sup>59</sup> Det var naturligtvis överdrifter, och det är inte nödvändigt att gå in på vad som speciellt motiverade de hårda orden. En mera allmän bedömning behövs emellertid.

De för riksdagen ”i vardagen” viktigaste nyheterna är utgiftstaken, utgiftsramarna och ordningen med vad som här kallats enhetsbeslut (”klumpbeslut”). Borta är möjligheten att votera om enskilda anslag. De kan tas upp i motioner och i utskott men till riksdagens kammare kommer de fram som en integrerad, icke utskiljbar del av utgiftsregleringen för ett helt utgiftsområde. Nära sammanhängande härmed – men inte samma sak – är nyordningen av anslagen och anslagsvillkoren, varigenom både anslagens antal och villkorens detaljering har drastiskt minskats. Detta är resultatet av en lång utveckling; budgetreformen har bara så att säga satt prick- en över i och gett den slutliga bekräftelsen. Men tidigare var bindningen så långtgående, att två regeringar på 1920-talet avgick på grund av statsutskottets formulering av statsbidragsvillkor.<sup>60</sup>

Avvecklingen av detaljregleringen var nödvändig men innebar ofrånkomligen att riksdagens makt minskade. Budgetreformen får sägas ha gått vidare på den vägen. En av de kritiska riksdagsledamöterna talade om ”en rad kraftiga överreaktioner”. Även det var förstås en överdrift men att riksdagens handlingsutrymme har minskat är klart. Mot denna effekt får man väga att riksdagen har fått ett bättre grepp om statsutgifterna i stort

än tidigare. Makt i stort, maktförlust i smått kan låta som ett gott byte. Formuleringen är dock vilseledande. Det förefaller orealistiskt att tro att riksdagen skulle ha fått en makt över utgiftstak och utgiftsramar som kompenserar den minskning av handlingsutrymmet som enhetsbesluten medför.<sup>61</sup> Naturligtvis saknar inte riksdagen makt – eller kanske närmare bestämt riksdagens partigrupper. Och någon gång, i en situation med en svag minoritetsregering, kan den rentav bli utslagsgivande, men en jämförelse med det tidigare inflytandet över detaljerna måste utfalla till det senares fördel.

Var det då så nödvändigt att minska riksdagens roll? Man skulle kunna tro att riksdagen tidigare spelat en destruktiv roll i budgetarbetet genom stora anslagsökningar etc. Inget tyder dock på det. Ingvar Mattson nämner<sup>62</sup> att riksdagen före reformen ändrade färre än tio procent av anslagen i förhållande till regeringens förslag och att effekten på de totala utgifterna rörde sig om promillen. Han upplyser också att ändringarna blev ännu färre genom reformen.<sup>63</sup> En liknande bedömning gör t.ex. Daniel Tarschys.<sup>64</sup> Han menar att riksdagens bidrag till budgetarbetet är till och med ännu mer marginella än dess insatser i lagstiftningsarbetet.

Den som har vunnit på budgetreformen är regeringen. Särskilt viktig är den bestämda strävan att underlätta för en *minoritetsregering* att få igenom sitt budgetförslag. Det var speciellt den aspekten som riksdagsledamoten nyss vände sig mot; han talade om överreaktioner ”som kommer att allvarligt försvaga folkstyret och ge en regeringsminoritet orimliga maktbefogenheter”. Även om han överdrev, satte han fingret på en vital punkt. En klar avsikt vid budgetreformen var att stärka en minoritetsregering på riksdagens bekostnad.

Det är svårt att gå förbi frågan hur en bred politisk majoritet kunde vinnas för en reform som gick så klart emot vissa mindre partiers och enskilda riksdagsledamöters intressen och så tydligt i det vanliga minoritetsregeringspartiets intresse. Spekulationer hör inte hemma här men några uppenbara faktorer bör noteras. Den omedelbara bakgrunden till reformen var en rad ekonomiska kriser: fastighetskris, bankkris, valutakris. Budgetunderskott och statsupplåning hade skjutit i höjden. Säkert underlättades beslutet också av att reformarbetet bedrevs under en borgerlig minoritetsregering, med Ny Demokrati som ett irrationellt inslag i riksdagen, och att det bedrevs i riksdagen, under talmannens ledning och med medlemskapet i EU för dörren.

Man bör kanske inte visa alltför stor häpnad över att ett sakligt välmo-

tiverat riksdagsbeslut fattats med bred majoritet trots att vissa politiska egenintressen talat emot det. Hursomhelst är en viktig innebörd att svenska riksdagen har bäddat för att landet skall klara minoritetsparlamentarism, då denna styrelseform verkar kunna bli den normala under överskådlig framtid.

Kontentan av resonemanget blir att budgetreformen ger ett viktigt bidrag till diskussionen om majoritetsstyrelse och folksuveränitet. Den har förestavats av effektivitetsskäl och framstår som sakligt ganska imponerande, men det är svårt att komma ifrån att den – för att återknyta till tidigare ordval – innebär en begränsning av demokratin.<sup>65</sup>

Budgetreformen kan betraktas även ur en annan synvinkel: hur den påverkade vardagsarbetet i riksdagen. Budgetfrågornas viktiga roll i detta har understrukits förut. Att riksdagen, som t.ex. Tarschys framhåller, endast gör ringa insatser fogar ett paradoxalt drag till bilden. Ingen tvekan råder dock om att budgetreformen har haft mycket stor betydelse för riksdagsarbetet.<sup>66</sup> Utan vidare kan konstateras att den nedskärning av beredningstiden som följde budgetårets omläggning harmonierar väl med riksdagens minskade roll.

### **Regeringen och myndigheterna**

Budgeten är regeringens viktigaste instrument för styrningen av de statliga myndigheterna. Budgetreformen har väsentligt påverkat denna styrning. Förhållandet mellan statsmakterna och förvaltningen är en central både demokratisk och konstitutionell frågeställning, som sträcker sig långt utöver finansmaktens område, även om något av kärnan i problematiken ligger där. Här ses endast till vad som har ett nära samband med budgetprocessen.

Den konstitutionella utgångspunkten måste preciseras. Enligt RF 11:6 ”lyder” statliga förvaltningsmyndigheter under regeringen<sup>67</sup>; enligt 11:7 får ingen ”bestämma hur en förvaltningsmyndighet skall i särskilt fall besluta i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag”. Det är iögonenfallande – och har påpekats många gånger förut – att RF ger svagt underlag för en princip om ”självständiga myndigheter” utanför det område som anges i 11:7, dvs. enskilda ärenden av rättsligt kvalificerad beskaffenhet. Det finns ingen klar gräns för regeringens styrning av sina underlydande.<sup>68</sup>

Förvaltningsutredningen med Daniel Tarschys som ordförande var först om att peka på detta och förorda att regeringen skulle mera aktivt

styra förvaltningen (SOU 1983:39). Som utredningen framhöll (s. 17) hade ämnet aktualiserats av strömningar i den internationella samhällsdebatten som ställde frågor av typen: I vilken utsträckning kan parlament och regering styra samhällsutvecklingen? Kan de ens styra den offentliga sektorn? Krav på bättre styrning har senare framförts flera gånger, främst av verksledningskommittén och den förvaltningspolitiska kommissionen. Den senare (SOU 1997:57) framhöll förvaltningens svårstyrighet, fragmentering och internationalisering som de tre viktigaste problemområdena.

Huvudlinjen i reformarbetet har varit att ersätta detaljstyrning med mål- och resultatstyrning. Budgetreformen har haft avgörande betydelse för detta. Centrala dokument var kompletteringspropositionerna 1988 och 1994. Riktlinjerna drogs upp i den förra, vidare signaler gavs i den senare, där budgetprocessen bl.a. sades ”utgöra kärnan i resultatstyrningen”. I direktiven till Förvaltningspolitiska kommissionen 1995 framhöll regeringen, att erfarenheterna dittills var goda och att målen – att stärka den politiska ledningen över förvaltningen och öka effektiviteten i verksamheten – låg fast. Kommissionen delade i princip regeringens åsikt men sade sig (s. 22) ha ”funnit stora brister i samspelet mellan Regeringskansliet och förvaltningsmyndigheterna”.

Samtidigt som statsmakterna har minskat detaljregleringen, har de under senare år i resultatstyrningen angett tydligare mål och resultatkrav. Detta sker främst i *regeringsbrev* som har publicerats i *statsliggaren*.<sup>69</sup> I det här sammanhanget är det väsentliga på vilka nivåer de från konstitutionell synpunkt centrala bestämmelserna ges och om någon större materiell nyhet har genomförts (utan grundlagsändring).

Om anslag sägs i RF bara att riksdagen bestämmer sådana i samband med budgetregleringen eller på tilläggsbudget och att ett anslag kan gälla annan period än budgetåret. Föreskrifter med substans ges i budgetlagen. Det finns tre anslagstyper. Två är gamla, de obetecknade anslagen och reservationsanslagen. Den tredje typen, ramanslagen, ersatte vid budgetreformen de tidigare förslagsanslagen. Ramanslagen får, till skillnad mot förslagsanslagen, endast tillfälligt överskridas genom att en anslagskredit motsvarande högst tio procent av anslaget tas i anspråk. Tillgängliga medel under följande år reduceras med motsvarande belopp. Detta var otvivelaktigt en viktig förändring. Utförliga detaljbestämmelser ges i anslagsförordningen.

Bland övriga föreskrifter som har större betydelse kan nämnas de om ingående av ekonomiska förpliktelser för staten. På denna punkt finns en

av de få grundlagsbestämmelser som har någon substans. RF 9:10 stadgar att regeringen inte utan riksdagens bemyndigande får ta upp lån eller i övrigt ikläda staten ekonomiska förpliktelser. Utförliga föreskrifter i ämnet återfinns i budgetlagen och i anslagsförordningen.

Det är svårt att redan idag bedöma budgetreformens effekter på statens styrning av sina förvaltningsmyndigheter. Klart är att myndigheternas handlingsfrihet har ökat på en rad områden när detaljregleringen avvecklats. Klart är säkert också att regeringen har fått ett fastare grepp genom den hårdare resursstyrningen via budgeten. Men ännu återstår nog, som förvaltningspolitiska kommissionen menade, en hel del innan resultatstyrningen fungerar optimalt.<sup>70</sup> En kärnfråga är om regeringen lyckas styra även i ledet mellan myndigheter och medborgare, inte bara i ledet mellan departement och myndigheter. För dagen vågar man knappast gå längre än till bedömningen, att Sverige internationellt sett ligger långt framme i fråga om modern och effektiv budgetprocess men dröjer ”i klungan” när det gäller styrning av myndigheter.

### Gränser för anslagsmakten

Det återstår att följa upp ett par trådar från det föregående. En av dem gäller *gränserna för anslagsmakten*. I fråga om beskattningsmaktens gränser har en del iakttagelser redovisats som pekar på att olika konstitutionella stadganden och principer kan få en viss betydelse på det området. Frågan bör ställas om det på motsvarande sätt går att peka på några möjliga konstitutionella gränser för handlingsfriheten på budgetens utgiftssida. Den frågan har knappast diskuterats tidigare, och utgångspunkten blir utan vidare att det är svårt att dra upp några gränser. I princip får riksdagen ge anslag till vilka ändamål som helst<sup>71</sup>, och den behöver inte se sig tvungen att besluta ett anslag annat än då en bindande utfästelse gjorts i ett avtal, en konvention eller liknande.

Ett undantag får dock göras med hänsyn till *EG-rätten*. Beslut får inte fattas i strid med t.ex. EU:s till konkurrensrätten knutna regler om statsstöd. Vidare bör erinras om stabilitets- och tillväxtpakten som sätter en gräns för budgetunderskott vid tre procent av BNP under viss tid, i princip tre år. Det är dock fråga om de totala utgifterna, inte om enskilda anslag.

Någon bestämmelse i *grundlag* som kan åberopas mot riksdagens anslagsbeslut är inte lätt att finna. Fri- och rättighetsreglerna är vanligen formulerade så att varje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad etc. Detta kan skapa ett tryck för att *bevilja* anslag men det är svårt att se

hur sådana regler skulle kunna med framgång hävdas *mot* ett anslag, även om detta skulle vara fientligt mot värden som RF vill garantera. Riksdagen kan t.ex. vilja ge ett begränsat stöd till en verksamhet av religiös karaktär, trots att den i något avseende kan sägas verka i strid mot RF:s värderingar.

Vad som kommer närmast att vara en realistisk begränsning av anslagsmakten är *förbuden mot olaga diskriminering*. Både 2:15 och 2:16 om diskriminering av etniska minoriteter eller på grund av kön talar emellertid om vad lag eller annan föreskrift inte får innebära. Anslagsbeslut är inte föreskriftsbeslut<sup>72</sup>. Besluten omsätts dock ofta av regeringen i föreskrifter, t.ex. statsbidragsregler. Olaga diskriminering kan åberopas i ett ärende om myndighetsutövning mot en enskild där de kritiserade reglerna tillämpats<sup>73</sup>, t.ex. avslag på en ansökan om statsbidrag. Då stöter man på ”uppenbarhetsrekvisitet” i RF 11:14; en föreskrift som har beslutats av regeringen får endast åsidosättas på grund av uppenbara fel. Utsikterna till framgång syns små och begränsade till fall där det har delegerats till förvaltningsmyndighet att fatta föreskriftsbeslut.

Tänkbart är att ett anslagsbeslut befins *strida mot lag*. Det är dock inte lätt att föreställa sig ett praktiskt fall där någon skulle kunna hävda detta med utsikt till framgång.<sup>74</sup> Möjligen skulle det kunna bli fallet vid ett tydligt tekniskt förbiseende, och då lär domstolarna i första hand försöka tolka föreskriften i enlighet med lagen.

Att man aldrig kan tvinga riksdagen att ge anslag till ett ändamål som den inte vill främja är alldeles klart, med undantaget att det kan tänkas ha uppstått en civilrättslig bundenhet (genom avtal), väl närmast till följd av en förvaltningsmyndighets förbiseende eller fumlighet.<sup>75</sup>

Resonemanget leder slutligen över till *Europakonventionen*. Det är lättare att hävda olaga diskriminering med konventionen som grund än med RF som grund. En djupare analys faller här utanför ramen. Som ett inte bara teoretiskt fall kan pekas på stödet för friskolor, som är ett känsligt område, sedan Sverige avstått från sin reservation beträffande rätten till utbildning.<sup>76</sup>

Det saknar inte ett viss principiellt intresse att de enda begränsningar av anslagsmakten som kan skönjas båda har med Europa, inte med RF, att göra: EG-rätten och Europakonventionen.

### **Bär RF ansvar för ekonomiska kriser?**

Till sist skall återknytas till statsministerns uttalande om författningens huvudansvar för landets ekonomiska kriser efter 1974. Under senare år har

överhuvudtaget ett ökat intresse visats för institutionella frågor betydelse för ekonomin. Ett utförligt kapitel ägnades t.ex. åt detta av den ekonomiskommission som tillsattes 1992. Den förde fram en rad synpunkter och konkreta förslag.<sup>77</sup> Ett allmänt syfte var att stärka regeringens ställning och särskilt Statsrådsberedningen och Finansdepartementet. Riksdagens mandatperiod borde förlängas, antalet ledamöter minskas till hälften och arbetet förskjutas från detaljfrågor till övergripande riktlinjer. Budgetprocessen måste stramas upp och myndigheternas specialreglerade uppgifter minskas, deras ansvar för redovisning och resultatuppföljning ökas m.m.

På åtminstone två centrala punkter har kommissionens tankar förverkligats. Mandatperioden har förlängts, och budgetreformen ligger helt i linje med dess intentioner. Det gör även vad Göran Persson har skrivit. I beskrivningen av författningens brister betonar han dock konkret bara den (då ännu) korta mandatperioden och regeringens jämfört med tvåkammarriksdagen försvagade ställning. Läst i sitt sammanhang med hela kapitlet om krisernas orsaker övertygar inte detta avsnitt om att författningen haft någon större betydelse. Böcker har getts ut även av andra politiska huvudrollsinnehavare under krisåren. Även Ingvar Carlsson (2003) har pekat på den försvagade regeringsmakten som blivit en följd av det nya valsystemet i enkammarriksdagen. Andra såsom Kjell-Olof Feldt (1991), Bo Lundgren (1998), Thage G. Peterson (1999), Mona Sahlin (1996) och Anne Wibbe (1994)<sup>78</sup> berör inte de konstitutionella aspekterna. Viktigt idag är hursomhelst att de väsentligaste bristerna numera har rättats till genom mandatperiodens förlängning och budgetreformen. Motiv för att ytterligare stärka minoritetsregeringar på riksdagens bekostnad är svåra att se.

## Penning- och valutapolitik, statsskulden

Dessa grenar av finansmakten har stor betydelse praktiskt men får av utrymmesskäl gås förbi med några korta notiser. Riksbankens roll under de ekonomiska kriserna har diskuterats livligt, både i samband med bankkrisen, som sammanhängde med kreditmarknadens avreglering, och i fråga om valutapolitiken, som vållade kris 1992 och folkomröstning 2003. Genomförda reformer har följt ett internationellt mönster och även skett genom grundlagsändringar.

Den första stora reformen<sup>79</sup> genomfördes 1989 och innebar, att Riksbanken gavs ökad självständighet men förblev ett riksdagens verk, medan

Riksgäldskontoret flyttades över från riksdagen till regeringen och blev en vanlig förvaltningsmyndighet. Båda leden krävde grundlagsändringar. I RF 9:10 upphävdes andra stycket som föreskrev att det under riksdagen skulle finnas en myndighet med uppgift att enligt bemyndigande ta upp och förvalta lån. I 9:12 tillades inledningsvis att Riksbanken är rikets centralbank med ansvar för valuta- och kreditpolitik och att den även skall främja ett säkert och effektivt betalningsväsende. Även de organisatoriska föreskrifterna i 9:12 ändrades; bl.a. avskaffades regeringens rätt att utse ordförande i riksbanksfullmäktige. En ny lag (1988:1385) om Sveriges riksbank utfärdades.

En ny reform 1999 fullföljde linjen mot en helt självständig riksbank.<sup>80</sup> Det sägs nu först i RF 9:12 att Riksbanken är rikets centralbank och en myndighet under riksdagen. Det senare är en rent organisatorisk anordning.<sup>81</sup> Det slås vidare fast att Riksbanken har ansvaret för penningpolitiken och att ingen myndighet får bestämma hur den skall besluta i frågor som rör penningpolitik. Fullmäktiges huvuduppgift är att tillsätta och avsätta direktionsmedlemmar.<sup>82</sup> ”Riksbanken har elva fullmäktige” men ”leds av en direktion som utses av fullmäktige”. Samtidigt föreskrevs genom ändring av 9:11 att regeringen har ansvaret för övergripande valutapolitiska frågor och att övriga bestämmelser om valutapolitiken meddelas i lag.<sup>83</sup>

Det noteras att det första steget mot en självständig riksbank alltså togs innan landet blev medlem i EU men det andra och slutliga steget därefter. Att statsskuldens förvaltning hade legat under riksdagen och inte regeringen hade speciella historiska skäl.

## Avslutande diskussion

Det är dags att återknyta till diskussionen om konstitutionell demokrati. Resonemanget måste börja på ett principiellt plan. Tills vidare får bortses från tekniska och materiella argument om att det hade varit bättre med en annan reglering i sak eller form. Sådana argument leder lätt till ”yxskaft” av innebörd, att det är bra med en bra författning men illa med en dålig.

Det bör först konstateras att vart och ett av de tre delområden som har behandlats representerar en särskild konstitutionell teknik. Beskattningen och budgetregleringen exemplifierar de båda kapitel i RF som tydligast framstår som motpoler: 8 kap. går längst i fråga om reglering, 9 kap. reglerar minst. Grundlagsregleringen av Riksbanken, penning- och valutapolitiken, statens skuldsättning och skuldförvaltning representerar ett slags

”mitt-emellan-reglering”: Det väsentliga har tagits in i grundlag men detaljer har lämnats utanför.

Vi ser först på *skatteområdet* och ställer frågan: Har vi vunnit något genom den mera utförliga regleringen i 8 kap. RF? Svaret blir nekande. Det saknas konkreta belägg för något annat. En optimist kan möjligen svara: Jo kanske, allt har blivit så bra att vi inte uppfattar vilka negativa saker som skulle ha hänt RF förutan.

Man bör då fortsätta med frågan: Vad kunde vi ha väntat oss att vinna? Eller uttryckt i optimistens anda: Vad har vi kanske vunnit fastän vi inte märker det? Två enkla saker ligger nära till hands att tänka på. För det första: principen att skatteregler skall vara såvitt möjligt allmängiltiga. Detta brukar framhållas som fundamentalt<sup>84</sup> trots att det i praktiken krävs rätt långtgående differentiering.<sup>85</sup> För det andra: den viktiga regeln att föreskrifter om skatter skall beslutas endast genom lag, dvs. genom ett noga reglerat offentligt förfarande som garanterar olika meningsriktningar att komma till tals med kritik och egna förslag. RF förbjuder uttryckligen delegation.

Vad har blivit verklighet? Just på dessa två punkter avviker skatteområdet från det påbjudna mönstret, som iakttas väsentligt bättre på andra rättsområden. Någon generalitetsprincip i rättslig mening upprätthålls inte. Man kan bara tala om ett riktmärke, från vilket riksdagen gör avvikelser. Och delegation från riksdagen till regeringen och vidare till SV sker i en omfattning som klart strider mot RF, åtminstone på vissa områden, t.ex. fastighetstaxeringen. Täckmanteln är verkställighetsföreskrifter. Starka praktiska skäl talar för sådan reell delegation, men det är inte tilltalande att avvika från grundlagen av praktiska skäl. Att det undergräver grundlagens värde är uppenbart.

Vi fortsätter till *budgetområdet* och ställer frågan: Har vi förlorat något genom den svaga regleringen i 9 kap. RF? Åter blir svaret nekande. Det saknas konkreta belägg för något annat. Här borde en pessimist framträda och invända: Jo kanske, den svaga grundlagen kan ha bidragit till kriserna, fastän det har kommit bort i det allmänna larmet.

Man bör då fortsätta med frågan: Finns det något som säger att vi kunde ha undvikit våra ekonomiska kriser eller åtminstone ha drabbats mindre hårt av dem, med en mindre svag grundlagsreglering? Formuleringen kan nog duga även för pessimisten. Än en gång ligger ett nekande svar nära till hands, men det bör medges att tvekan kan råda. Visserligen är det långsökt att peka på grundlagen som en orsak till fastighetskris, bankkris,

valutakris etc.<sup>86</sup> men eftersom det gäller en historisk bedömning kort tid efteråt, vågar vi nog inte helt avvisa pessimistens betänkligheter.

Men en sak kan sägas alldeles klart: Ingenting hade blivit bättre bara genom en utförligare grundlagsreglering av budgetprocessen. Om denna hade reformeras femton år tidigare och hunnit ”sätta sig”, kunde en positiv effekt ha inträtt. Men vi talar inte om tänkbara konstitutionella alternativ utan om den konstitution som Sverige faktiskt hade under den aktuella tiden, alltså bl.a. om den gamla budgetprocessen.

Det viktiga är dock ett annat förhållande: De konstitutionella faktorer, som har kritiserats av ekonomikommisionen och andra, har inte i första hand med finansmakten att göra utan med *det politiska systemet som sådant*. Man har t.ex. pekat på mandatperiodens längd och på att enkammarreformen har försvagat regeringsmakten. Även om en genomgripande budgetreform har efterlysts, efter ungefär de linjer som senare blivit förverkligade, har inläggen aldrig berört finansmakten enligt 9 kap. RF.

På denna punkt i resonemanget kan vi lägga till tekniska och materiella argument. Vi kan kritisera både 8 kap. och 9 kap. RF. Kanske kan vi beträffande beskattningsmakten hävda, att det skulle vara en förstärkning – inte minst från den utgångspunkt i demokrati och fri- och rättigheter som är den konstitutionella demokratins – med ett verkligt operativt krav på allmängiltiga regler och med en bestämmelse som med kraft bygger under förbudet mot delegation på skatteområdet. Kanske skulle rentav någon ytterligare regel om beskattningsmaktens gränser kunna övervägas, t.ex. för att stärka egendomsskyddet. Kanske kan vi beträffande budgetregleringen hävda, att det skulle innebära en förstärkning – även med hänsyn till effektivitetskrav – om en viss grundlagsreglering kom till stånd sedan reformen nu har ”satt sig” under några år.

Innan vi går vidare, bör vi skjuta in ytterligare en fråga: Har vi vid genomgången i det föregående funnit något sakskaal som har bestyrkt uppfattningen, att vi skulle *förlora* på en närmare reglering av finansmakten i 9 kap. RF? Det skulle närmast bli fråga om grundläggande bestämmelser om budgeten, kanske också om en eller två nya paragrafer om skattelagstiftning. Svaret måste ännu en gång bli nekande; vi har inte funnit något sådant sakskaal.

Det är intressant att iaktta den roll som tvivelaktig ”conventional wisdom” har haft på budgetregleringens område. Åtminstone sedan förra sekelskiftet har det gällt som en sanning, att man måste vara särskilt försiktig när det gäller att reglera budgetprocessen. Budgeträttskommit-

tén kunde 1954 inte ens tillråda en "budgetstadga", vilket föranledde en reservation av Nils Herlitz, riksdagens då främste konstitutionelle expert. Det dröjde till 1996 innan vi genom budgetlagen fick en samlad reglering.

En annan iakttagelse har varit att kontinuiteten och stabiliteten inte behöver bli mindre därför att grundlagsregleringen blir mindre. Den statliga budgetprocessen är ett mastodontförfarande som kräver en viss stadga. Ingenting tyder på att den i praktiken har blivit föremål för flera detaljändringar än vanlig lag. Snarare kan man hävda motsatsen.<sup>87</sup> De stora budgetreformerna efter 1809 genomfördes 1911, 1937 och runt 1997, dvs. efter ett sekel, ett kvartssekel och ett drygt halvsekel. Behovet av mera flexibla regler än på andra områden faller inte i ögonen.

Slutsatserna av dessa iakttagelser blir att det inte har visats något bärande skäl *mot* att reglera finansmakten ungefär på samma sätt som andra områden; den gängse åsikten framstår som uttryck för insiders egenintresse som ingen har granskat och bemött. Principen kunde här vara densamma som annars, således att slå fast det centrala i grundlag, undvika detaljer och vänta tills läget är så stabilt att bred uppslutning kan nås kring regler som kan stå sig ett tag.

Det förda resonemanget kan synas ha varit negativt eller åtminstone likgiltigt för tankegången bakom konstitutionell demokrati. Det är emellertid en felsyn. I slutsatserna ligger inga värderingar, bara bedömningar av vad som har uppfattats som fakta. Det mest grundläggande av dessa fakta är att grundlagen aldrig har haft någon stark ställning i Sverige. Detta gällde långt före "det författningslösa halvseket". Att idag, efter trettio år med en svag RF, vända en över hundraårig utveckling och skapa en verklig respekt för grundlagen är en tung uppgift. Positiva reformer underlättar en sådan vändning. Sådana reformer är bl.a. grundlagsfästandet av fri- och rättigheter och genomförandet av en tidsenlig budgetreglering.

RF antogs vid en ogynnsam tidpunkt med hänsyn till finansmakten. Över tjugo års arbete återstod innan budgetreformen var i hamn, medlemskap i EU var inte påtänkt och valsystemets effekter på riksdagen och partierna var ännu inte synliga. En konsekvens blev en svag reglering av finansmakten. En annan blev att förarbetenas vackra tal om folksuveränitetens princip och riksdagens ställning kom att stå i skarp kontrast mot dagens verklighet med krav på handlingskraft och stärkande av en politisk minoritets möjligheter att regera.

Finansmakten kan alltså regleras i grundlag enligt det vanliga mönstret.

Den har emellertid en speciell roll i diskussionen om konstitutionell demokrati, nämligen att påminna om vardagsperspektivet på begrepp som folksoveränitet och majoritetsstyre. Man kan ofta uttrycka realiteten så att om inte valsystemet förvandlar en minoritet<sup>88</sup> på cirka fyrtio procent av det suveräna folket<sup>89</sup> till en handlingsduglig riksdagsmajoritet – som t.ex. i Storbritannien – då får man tillgripa andra åtgärder, främst i det regelsystem som slår vakt om ekonomin.

## Noter

- 1 Göran Persson, *Den som är satt i skuld är icke fri* (1997) s. 27.
- 2 Ingvar Carlsson, *Så tänkte jag* (2003) s. 625 och bl.a. Carl Johan Åberg, *Ett svårskött pastorat* (1997).
- 3 SOU 1993:16. Nya villkor för ekonomi och politik.
- 4 Se Stjernquist (1984) för en kort och ändå väl täckande framställning av historiken.
- 5 Naturligtvis upptog frågorna om kungens ställning en viktig plats, sexton paragrafer i början och ungefär lika många om detaljfrågor längre fram. Därefter följde ett avsnitt om rättsfrågor, från HD till JK, med tretton paragrafer och ett avsnitt om tjänstemäns tillsättning och avsättning med nio paragrafer. Efter finansmakten följde nio paragrafer om lagfrågor samt slutligen ett delvis originellt avsnitt med tretton paragrafer om kontroll.
- 6 De gällde alla beskattningsmakten.
- 7 Vi skulle idag tala om lagstiftningsmakten och förordningsmakten, se nedan s. 122 ff. RF 1809 skilde mellan ”allmän civil- och kriminallag” (87 §) och ”lagar och författningar som rikets allmänna hushållning röra” (89 §).
- 8 Riksstaten = dagens statsbudget.
- 9 Stjernquist (1946).
- 10 Se utöver Stjernquist (1946) även Herlitz (1934).
- 11 Betänkande av 1910 års riksstatskommitté s. 18.
- 12 1948 års budgetutredning och 1950 års budgeträttskommitté. Ur den förras inledning kan följande förtjäna citeras eftersom det ger en bild av hur man uppfattade rättskällorna: ”Grundlagsbestämmelserna kompletteras med a) bindande riksdagsbeslut i olika budgetfrågor, b) sedvanerätt, vars innehåll presumeras i kontakterna mellan Konungen och riksdagen, samt c) vissa allmänna principer, som – ehuru aldrig bringade direkt till uttryck – äro avgörande vid lösningen av de olika frågor, genom vilka praxis undergår en fortsatt utveckling.”
- 13 SOU 1963:17 s. 364. Detsamma uttalade departementschefen i grundlagspropositionen, prop. 1973:90 s. 212.
- 14 Jfr Stjernquist (1984) s. 23.
- 15 Hårtill kommer att de ursprungliga bestämmelserna om s.k. skattefullmakter i RF 8:6 och om riksdagens lönedelation i 9:11 har upphävts. Ingen av dem har betydelse här.
- 16 I den paragrafen hade Riksgäldskontoret sin plats.
- 17 Dessutom föreskrivs att budgetärenden skall avgöras av riksdagen före budgetårets början, om de inte utan olägenhet kan uppskjutas till senare. – Man noterar att ordningen med enhetsbeslut (”klumpbeslut”) i riksdagen knappast är klart fastslagen.
- 18 Alternativer är att samma beslutsordning anlitas som vid grundlagsändring (RF 8:16).
- 19 Ds 2003:49. En huvudpunkt är att statsbudgeten i huvudsak skall baseras på bokföringsmässiga grunder (kostnader och intäkter) i stället för på inkomster och utgifter eller, för transfereringar, kassamässighet (se s.11).
- 20 Att diskutera gränsdragningen mellan lag- och förordningsområdena kan inte komma i

fråga här.

- 21 Saken hänsköts av kommissionen till domstolen som slagit fast att behandlingen av Frankrike och Tyskland stred mot pakten.
- 22 Avgifter utelämnas i det följande, dvs. egentliga avgifter i RF:s mening. I praxis används ofta av politiskt psykologiska skäl ordet avgift i stället för skatt. Sådana skatter finns förstås hela tiden med i bilden, t.ex. arbetsgivaravgifter, andra sociala avgifter och TV4:s koncessionsavgift. Den s.k. trängselavgift som är aktuell f.n. blir naturligtvis en skatt.
- 23 Regeringen eller kommun kan däremot efter bemyndigande meddela föreskrifter om avgifter som enligt huvudregeln skall meddelas av riksdagen.
- 24 RF 8:13 punkt 1. Punkten 2 saknar betydelse på skatteområdet.
- 25 SOU 1972:15 s. 111. De ekonomisk-politiska termerna är inte alldeles lätta för den som saknar ekonomisk utbildning. Här uppfattas konjunkturpolitik som det vidare begreppet, stabiliseringspolitik som term för möjligheterna att begagna statsbudgeten i konjunkturpolitiskt syfte.
- 26 Inom beredningen reserverade sig (m) och (fp), i riksdagen bara (m). Bestämmelsen placerades i 8:6.
- 27 Strömberg (2000) s. 140 och 180. Se även Bergström (1995) s. 418 ff.
- 28 SOU 1993:40. Aven (den seriösa) litteraturen är liten.
- 29 Åhman (2000) s.351 ff och längre fram i denna bok.
- 30 Se nedan s. 99.
- 31 Prop. 1986/87:61 s. 78 ff.
- 32 Lagrådet sade sig bortse från brottspåföljder och liknande.
- 33 Svensk Juristtidning 1947 s. 433 ff.
- 34 NJA 1951 s. 39 ff.
- 35 Det förekom dock i debatten kring engångsskatten 1986. Argumenteringen var att principen om skatt bara ur avkastning borde anses gälla, eftersom den hade gällt enligt den gamla regeringsformen och inte uttryckligen hade satts ur kraft vid författningsreformen.
- 36 Mattsson (1985) s. 83 ff. Mattsson förefaller närmast vilja hävda en sådan gräns som en personlig ståndpunkt, däremot inte att detta är gällande rätt.
- 37 Se numera lagen (1997:1937) om begränsning av skatt.
- 38 Det avser inte heller Mattsson som inte alls berör den frågan.
- 39 Man tänker närmast på den s.k. Lex Kreuger 1932 men från RF:s tid är bara ärenden av mindre format kända.
- 40 Prop. 1973:90 s. 203 f. Departementschefen fortsatte med två exempel: en lag om folkomröstning och en lag som avbryter en arbetskonflikt. Se även nedan s. 134 f.
- 41 Det innebär alltså att om bara riksdagen handlar i strid med grundlagen åtminstone ett par gånger blir förfarandet praxis och godtas trots grundlagens ord.
- 42 De tidigare vanliga s.k. krispaketen gav rika exempel. Se t.ex. Ingvar Carlsson, Så tänkte jag (2003) s. 263 om 1989 års: ”Momsen skulle höjas med två procent och den allmänna löneavgiften också med två procent. Båda höjningarna skulle gälla endast under en begränsad tid. – Som så ofta i sådana här sammanhang ville vi också dra in mer i alkohol- och tobaksskatter. För att bromsa expansionen i den starkt överhettade Stockholmsregionen föreslog vi en höjning av löneskatten med tre procent i detta område.”
- 43 Från de två undantagen (positiv särbehandling och värnplikt eller annan tjänsteplikt) bortses här.
- 44 SOU 1996:129. Skyddet för den kommunala självstyrelsen kan komma att aktualiseras vid den grundlägsöversyn som har förutskickats.
- 45 Sterzel (1998) s. 198. Jag hänvisar till framställningen där och fattar mig nu mycket kort.
- 46 Möjligen i det fall som avvisades av Lagrådet.
- 47 Skattestoppet beslöts av riksdagen i bred enighet, men det blev mycket omdiskuterat.
- 48 1911 och 1937 brukar räknas som viktiga årtal i utvecklingen.
- 49 De väsentligaste förarbetena är 1988 och 1995 års kompletteringspropositioner

- 1987/88:150 och 1994/95:150, Riksdagsutredningens betänkande 1993/94:TK1 och dess rapport 1993/94:TK2. Detaljhänvisningar görs inte i det följande. Generellt hänvisas till Mattson (2000) och (2003).
- 50 Från principiellt konstitutionell synpunkt har naturligtvis fri- och rättighetsreformerna varit mycket viktiga, men om man lägger till ett praktiskt perspektiv är budgetreformen och EU-medlemskapet otvivelaktigt viktigast.
  - 51 Märk att det bara är fråga om att konstatera ett faktum, inte om en värdering. Att riksdagens detaljbestämmande avvecklats är i allt väsentligt sunt och välmotiverat.
  - 52 Det har jag själv råkat göra när jag i Sterzel (2002) s. 86 talar om reformen som den kraftigaste beskränning av riksdagens formella makt som någonsin skett. Utvecklingen hade hunnit långt när reformen genomfördes.
  - 53 Jfr Mattson (2000) s. 19.
  - 54 I beslutet ingår beräkning av statens inkomster m.m. men från inkomstsidan bortses i det följande.
  - 55 Det bör kanske påpekas att regeringarna redan tidigare ofta – kanske regelmässigt – arbetade efter en liknande modell. Se t.ex. Ingvar Carlsson, *Så tänkte jag* (2003) s. 277 om arbetet på 1990 års budgetproposition.
  - 56 Jfr Ingvar Carlsson, rubriken på s. 275: Att surra sig vid masten.
  - 57 Dessa är två. Det andra är överskottsmålet för de offentliga finanserna.
  - 58 Intäkter beräknas, utgifter beslutas.
  - 59 Mattson (2000) s. 111 f. De båda var Kenneth Kvist (v) och Peter Eriksson (mp). De opponerade särskilt mot 8 och 42 §§. Den senare har redovisats i texten ovan. Enligt den förra kan regeringen av särskilda skäl besluta att inte använda ett av riksdagen anvisat anslag. Av gammalt uppfattas riksdagens anslagsbeslut som bemyndiganden för regeringen, varför budgetlagen närmast innebär en uppstramning, väl motiverad av parlamentariska skäl.
  - 60 Sterzel (2003) s. 33.
  - 61 Sedan reformen sattes i sjön 1997 har regeringen alltid i förväg gjort upp med stödpartier – först (c) senare (v) och (mp) – och därmed garanterat att dess förslag går igenom. Detta kan naturligtvis ändras, men det är svårt att se hur en alternativ majoritet skulle kunna formeras utan att partier går samman som inte kan regera ihop och därmed inte heller kan utöva politisk makt tillsammans annat än rent negativt.
  - 62 Mattson (2000) s. 66.
  - 63 Såvitt då kunde bedömas. Uppgifterna har inte följts upp.
  - 64 Tarschys (2002) s. 82 f.
  - 65 Givetvis måste regeringen fortfarande skaffa majoritet för sin budget, men en av själva huvudtankarna var ofrånkomligen att stärka minoritetsregeringar.
  - 66 I tvåkammarriksdagen var statsutskottet centrum för budgetarbetet. Principen var att budget- och lagfrågor var skilda åt i olika utskott. Vid enkammarreformen ändrades detta. Frågorna sammanfördes till fackutskott för olika sakområden. Femton av sexton utskott handlägger idag budgetfrågor. En i praktiken viktig (och länge diskuterad) förändring därefter var att budgetåret lades om till kalenderår 1997. Huvudsynpunkten på detta hade länge varit, att det skulle ungefär halvera riksdagens tid för budgetberedning, från fyra till två månader. Den gamla ordningen med två ekonomiska huvuddokument från regeringen har behållits. Budgetpropositionen har flyttats från januari till september, och i stället för kompletteringspropositionen i april kommer den ekonomiska vårpropositionen. Förslagen om utgiftstak och utgiftsramar kommer i budgetpropositionen. På våren ges bara allmänna riktlinjer, förslag till tilläggsbudget m.m.
  - 67 Med undantag för de få som organisatoriskt hör till riksdagen, närmast Riksbanken, JO och Riksrevisionen.
  - 68 Frågan om ministerstyre, dvs. de enskilda statsrådets agerande gentemot ”sina” myndigheter, förbigås här.
  - 69 Denna särskilda publikation utkom sista gången för år 2002.

- 70 Det bör inskjutas att det finns statsvetenskapliga forskare som menar att resultatstyrningen aldrig kommer att fungera. Se t.ex. Brunsson (2000) och Rombach (1991).
- 71 Utrymmet här är alltför begränsat för att tillåta en diskussion av väsentliga teoretiska fall av anslag till uppenbart förkastliga ändamål; sådana kan förutses aldrig få majoritet i riksdagen. Inte heller diskuteras när och hur riksdagen verkligen formellt kan tvingas att infria en utfästelse i t.ex. ett folkrättsligt avtal.
- 72 Enligt 9:1 beslut om skatter och avgifter i form av lag; övriga beslut enligt 9 kap. fattas i annan form.
- 73 Lagen om rättsprövning är inte tillämplig på normbeslut.
- 74 Det måste bl.a. vara uppenbart att riksdagens anslagsbeslut strider mot den av riksdagen stiftade lagen. Staten kan invända, att lagen visserligen har en annan inriktning men att riksdagen velat stödja andra ideologiska riktningar av hänsyn till den allmänna debatten och åsiktsfriheten.
- 75 I fråga om kommunala beslut tillkommer den s.k. likställighetsprincipen. Se t.ex. RÅ 1992 ref 40 om vägrat bidrag till viss friskola (godtaget).
- 76 Första tilläggsprotokollet artikel 2.
- 77 SOU 1993:16, särskilt s. 154–168.
- 78 Kjell-Olof Feldt, *Alla dessa dagar* (1991), Bo Lundgren, *När bubblan brast* (1998), Thage G. Peterson, *Resan till mars* (1999), Mona Sahlin, *Med mina ord* (1996) och Anne Wibble, *Två cigg och en kopp kaffe* (1999). Behovet av en budgetreform tas upp t.ex. av Wibble, s. 60 ff.
- 79 SOU 1986:22, prop. 1986/87:143, KU 1987/88:1.
- 80 SOU 1993:20, Ds 1997:50, prop. 1997/98:40, 1997/98: KU 15.
- 81 Jfr JO och Riksrevisionen som också är myndigheter under riksdagen.
- 82 Typiskt nog utökades samtidigt antalet fullmäktige.
- 83 Om Sverige och EMU, se t.ex. ”tillväxtprop.” 1997/98:25, 1997/98: FiU 98.
- 84 Se t.ex. Mattson (2003) som hänför sig till James M. Buchanan. Stig Strömholm har rentav hävdad att en allmän likhetsprincip är grundläggande för skatterätten, vilket har tillbakavisats av Nils Mattsson i hans förut citerade arbete, se Mattsson (1985) s. 85.
- 85 Jfr Lagrådet i engångsskatteärendet (prop. s. 81): ”Inom skattelagstiftningen är det – givetvis – godtaget att en relativt långtgående differentiering görs mellan olika skattskyldiga liksom mellan olika slag av intäkter, egendom och andra skattkällor. Gränsen för vad som kan anses godtagbart är emellertid ingalunda oproblematiske”.
- 86 I samma riktning talar riksdagens påslag med endast en promille på regeringens budgetförslag m.m.
- 87 En jämförelse mellan budgeten och t.ex. rättegångsbalken och brottsbalken utfaller snarast till budgetens fördel. Jfr nedan s. 130 ff om ”pulvriseringstendensen”.
- 88 Vanligen men inte alltid den största, jfr t.ex. Storbritannien 1951 och USA 2000.
- 89 Den del som gittat rösta.

## Referenser

- Bergström, Sture (1995), *RSV:s verkställighetsföreskrifter ur statsrättslig synvinkel*. Skattenytt.
- Brunsson, Karin (2000), *Det går inte att styra med resultat*. Statsvetenskaplig tidskrift.
- Eek, Hilding (1947), *Beskattningsmaktens gränser enligt grundlagen*. Svensk Juristtidning.
- Herlitz, Nils (1934), *Riksdagens finansmakt*. Stockholm: Riksdagen.
- Mattson, Ingvar (2000), *Den statliga budgetprocessen*. Andra upplagan. Stockholm: SNS Förlag.
- Mattson, Ingvar (2003), "Finansmakten". I *Svensk författningspolitik*. Stockholm: SNS Förlag.
- Mattsson, Nils (1985), "Skatter och konfiskation". I *Äganderätt och egendomsskydd*. Stockholm: SAF.
- Rombach, Björn (1991), *Det går inte att styra med mål!* Lund: Studentlitteratur.
- Sterzel, Fredrik (1998), *Författning i utveckling*. Uppsala: IUSTUS.
- Sterzel, Fredrik (2002), "Ett kvartssekel efter 'det författningslösa halvseket'". I *Grundlagens makt*. Stockholm: SNS Förlag.
- Sterzel, Fredrik (2003), "Riksdagens revisorer – den konstitutionella utvecklingen". I *Riksdagens revisorer under två sekler*. Stockholm: Riksdagen.
- Stjernquist, Nils (1946), *Ständerna, statsregleringen och förvaltningen*. Lund: Gleerup.
- Stjernquist, Nils (1984), *Riksdagen och finansmakten – ett historiskt perspektiv*. Företag och samhälle.
- Strömberg, Håkan (1999), *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*. Tredje upplagan. Lund: Juristförlaget.
- Tarschys, Daniel (2002), "Huru skall statsvercket granskas?". Ds 2002:58.
- Åhman, Karin (2000), *Egendomsskyddet. Äganderätten enligt [Europakonventionen]*. Uppsala: IUSTUS.

## 5. Lagstiftningsmakten och förordningsmakten

Fredrik Sterzel

Makten över statens centrala regelgivning är vid sidan av finansmakten det viktigaste kompetensområdet inom konstitutionens ram. Det moderna statslivets komplexitet och omfattning ställs enkelt i blyxtbelysning med de två uppgifterna, att statsbudgeten idag omsluter mera än 750 miljarder kronor och att de av staten centralt givna reglerna tar upp minst tre hyllmeter. För båda områdena borde rimligen gälla att de lösningar, som väljs i konstitutionen, får betydande återverkningar. Intressant är därför att den svenske grundlagstiftaren har valt olika metoder för regel- och finansområdena. Det förra (8 kap.) har getts den mest ingående regleringen, det senare (9 kap.) den minst detaljerade regleringen. Ett huvudsyfte här är att möjliggöra en jämförande diskussion av de båda kapitlen.

Några av kärnfrågorna kommer att gälla gränsdragningen mellan riksdagens och regeringens befogenheter, mellan vad som här betecknas riksdagens lagstiftningsmakt och regeringens förordningsmakt. Hur har den genomförts, av vilka motiv och med vilka konsekvenser? Gränsdragningen har inte varit något politiskt stridsämne under det senaste århundradet, men den var en viktig fråga i arbetet med en ny regeringsform. Andra viktiga frågor blir hur grundlagsreglerna har förhållit sig till utvecklingen i praxis. Har RF varit styrande? Eller har utvecklingen gått vid sidan av RF? Har rentav reformer genomförts utan grundlagsändringar?

Först är det nödvändigt att precisera ramen för framställningen samt klara ut allmänna frågor om begreppsbildning, problembild och bakgrund.

### Bakgrund och utgångspunkter

**Vad innehåller ämnet?**

Det ämne som skall behandlas har under senare år kommit att betecknas som normgivningen (normgivningsmakten). Det begreppet är oegentligt

därför att flera viktiga typer av normer i samhället faller utanför: etiska och andra oskrivna normer, sådana som fastställs i avtal etc.<sup>1</sup> Även vägledande principer i rättspraxis kan kallas normer. Det enda vi sysslar med här är *skrivna regler som utgår från statsmakterna*.<sup>2</sup>

Begreppet normgivningsmakt begagnas inte här. Inte heller lanseras någon ny term. Att olika regeltyper kan föras samman ”under en hatt” är av intresse främst för den allmänna rättsläran. För den konstitutionella rätten är det mera väsentligt att det är fråga om två skilda funktioner<sup>3</sup>: dels den *lagstiftningsmakt* som tillkommer *riksdagen* och dels den *förordningsmakt* som tillkommer *regeringen*. Att lagstifta, dvs. besluta de viktigaste rättsreglerna, är en central uppgift för folkrepresentationen.<sup>4</sup> Att utfylla regelverket är en lika central uppgift för den styrande makten. Förordningsmakten är en vital del av – ett viktigt redskap för – den styrande makten.

En röd tråd i det följande är att förordningsmakten inte betraktas som endast en utväxt på lagstiftningsmakten utan som en självständig konstitutionell funktion.<sup>5</sup>

### Den konstitutionella problembilden

En central fråga för denna problembild rör givetvis *uppdelningen på lagstiftningsmakt och förordningsmakt*. Är den väsentligen av intresse från systematisk synpunkt eller har den också ett rent sakligt och praktiskt intresse?

Andra viktiga frågor gäller *lagstiftningstekniken* i grundlagen. Huvudtanken i resonemanget om konstitutionell demokrati är att grundlagsreglering är till nytta för det demokratiska samhällssystemet. Man skulle kunna se 8 kap. RF som ett slags test på riktigheten i denna tanke, eftersom det innehåller den mest ingående regleringen i RF. Utan vidare klart är dock inte detta. För att uttala en truism: En dålig teknisk lösning får större negativa konsekvenser ju mera ingående regleringen är, medan en bra teknisk lösning kan ge bättre resultat även med en mindre omfattande reglering. Vad man kan vänta sig är främst en viss belysning av fördelar och nackdelar med en detaljerad grundlagsreglering.

Även mera praktiska och handfasta frågor ingår i problembilden. Hit hör regleringarnas enorma omfattning i den moderna välfärdsstaten. Situationen förvärras av Sveriges medlemskap i EU. En uppskattning för några år sedan<sup>6</sup> gav till resultat att enbart de regler som utgått från de centrala statliga förvaltningsmyndigheterna upptog cirka 40 000 sidor. Efter som en årgång av Svensk Författningssamling (SFS) omfattar drygt 2 000

sidor, skulle *hela* det centrala svenska regelverket grovt räknat motsvara minst tjugofem årgångar av SFS eller minst tre hyllmeter. *Därtill* skulle komma regionala och lokala statliga regler, kommunala regler samt EU:s regelverk som enligt officiell uppgift omfattar mer än 80 000 sidor.<sup>7</sup>

Att regleringarna har blivit mycket för omfattande är allmänt erkänt både i Sverige och t.ex. i EU. De enkla sifferuppgifterna reser viktiga frågor. En sådan anknyter till resonemanget om bra eller dålig lagstifnings-teknik. En god konstitution skall vara ett hjälpmedel bland flera för att lösa eller åtminstone på ett adekvat sätt angripa samhällsproblem. Annars förlorar idén om konstitutionell demokrati mycket av sin mening.<sup>8</sup> Man måste ställa frågan om inte den svenske grundlagstiftaren kunde ha hantelat sitt instrument bättre vid behandlingen av de ämnen som tas upp i 8 kap. RF. Andra frågor gäller t.ex. regeringens styrning av "sina" myndigheter.

EU komplicerar problembilden. Att analysera innebörden från konstitutionell synpunkt av det europeiska regelverket för det svenska är emellertid en uppgift som skulle spränga ramen för denna uppsats. Den lämnas därför åt sidan med endast några korta notiser.

### Historisk överblick

En klar skillnad gjordes i 1809 års regeringsform mellan vad som här kallas lagstiftningsmakten och förordningsmakten. Ständerna fick (87 §) "gemensamt med Konungen makt att stifta allmän civil- och kriminallag samt kyrkolag och att sådan förut stiftad lag förändra och upphäva". Hos ständerna kunde också (89 §) "frågor väckas om förändring, förklaring och upphävande av lagar och författningar, som rikets allmänna hushållning röra; om sådana nya lagars stiftande samt om grunderna för allmänna inrättningar av alla slag". I sådana frågor hade dock ständerna inte makt att besluta mera än "föreställningar och önsknings", vid vilka kungen fick fästa det avseende som han fann för riket nyttigt. Om kungen ville överlämna åt ständerna att gemensamt med honom avgöra något som rörde "rikets allmänna styrelse", skulle förfaras enligt 87 §. Kungens område enligt 89 § kom att betecknas som "ekonomisk och administrativ lagstiftning".<sup>9</sup>

Gränsen mellan de områden som föll under 87 § respektive 89 § var oklar. Det var sannolikt ofrånkomligt. Enda alternativet torde ha varit en detaljreglering som inom kort hade blivit omstridd som ett led i den allmänna maktkampen mellan kungen och ständerna.

Utvecklingen kunde nu utan grundlagsändringar<sup>10</sup> successivt förskjuta gränsen mellan kungen och riksdagen. Det skedde på två i princip skilda vägar: genom att området för allmän civil- och kriminallag vidgades och genom att, oberoende därav, delar av området för ekonomisk och administrativ lagstiftning gjordes till föremål för samfälliga beslut. Det senare skedde ofta genom att riksdagen ”för sin del” antog ett författningsförslag som kungen överlämnat för dess hörande. Kungen kunde då godta riksdagens ståndpunkt och utfärda en lag som samfälligt stiftad eller vidhålla sin exklusiva befogenhet och utfärda en ”kungaförfattning”.<sup>11</sup> Han kunde också förkasta ett riksdagsinitiativ inom området för 87 §. Man talade om kungens ”vetorätt”. Den begagnades sista gången 1913.<sup>12</sup>

Anpassningen till parlamentarismen skedde alltså ganska smidigt inom ramen för oförändrad grundlagstext. Resultatet blev dock något stökigt från teknisk synpunkt. Både politiska och rent praktiska skäl talade för att alla viktiga frågor skulle underställas riksdagen, medan smärre saker blev handlagda av regeringen. Om en författning överfördes till 87 § kom emellertid alla detaljer att höra till det samfälliga området och kräva iakttagande av alla formalia.

För att komma ifrån praktiska olägenheter utbildades med tiden ett antal mellanformer mellan vad vi idag kallar lag respektive förordning. På trafikområdet t.ex. gavs i lag de viktigaste reglerna, om trafikbrott m.m., medan detaljföreskrifter om utformningen av trafikskyltar och liknande beslöts av regeringen i en vägtrafikkungörelse och ”mellanmaterien”, hastighetsregler m.m., togs in i en vägtrafikförordning, vilken i ingressen angavs vara beslutad av regeringen ”efter riksdagens hörande”. I förordningen kunde regeringen på egen hand vidta detaljändringar i delar som riksdagen inte befattat sig med.<sup>13</sup> Att läget var något oklart betonades i grundlagsarbetet, men det hävdades inte att några direkta praktiska eller politiska olägenheter förekom.

Författningsutredningen<sup>14</sup> föreslog en enkel lösning på de hithörande problemen. I en enda paragraf skulle först lagområdet – där riksdagen skulle formellt besluta ensam – anges med en uppräkningslista och därefter ut-sägas att regeringen eller annan myndighet fick utfärda mindre ingripande bestämmelser: ”Ej må annorledes än i lag givas bestämmelser om svenskt medborgarskap, om enskildas egendom och inbördes förhållanden, om brott och påföljd för brott, om rättegångsförfarandet, om värnplikt och annan tjänsteplikt och om åligganden i övrigt för kommuner eller enskilda; dock må i annan författning än lag mindre ingripande bestämmelser

beslutas av regeringen eller, enligt vad därom särskilt stadgas, av annan myndighet.”

Denna lösning underkändes eftertryckligt i direktiven för grundlagsberedningen.<sup>15</sup> Det sades vara ”viktigt att fördelningsreglerna utformas på ett för den praktiska tillämpningen så klagörande sätt som möjligt. Med kompetensfördelningsregler, som i likhet med vissa av de av författningsutredningen föreslagna är så allmänt hållna, att de i själva verket inom en vid ram överlämnar åt en framtida, oförutsebar praxis att närmare bestämma, hur normgivningskompetensen skall vara fördelad mellan regering och folkrepresentation, kan nämligen grundlagen knappast i önskvärd utsträckning fylla sin uppgift att förebygga konstitutionella stridigheter och undanröja tvekan rörande legaliteten i statsmakternas handlande.” Att dra en gräns mellan riksdagens och regeringens befogenheter på regelområdet sades vara ett lika viktigt som ofrånkomligt moment i arbetet på en ny författning.

Författningsutredningen och direktiven för grundlagsberedningen ger uttryck för två principiellt skilda uppfattningar inte bara i den lagtekniska frågan utan också när det gäller konstitutionens uppgifter i stort. Direktivens krav på en gränsdragning i grundlag, som saknade tidigare förebild, fördes fram just som ett krav; det motiverades inte med att den gällande ordningen hade orsakat stridigheter eller visat sig vara förenad med andra sakliga olägenheter.<sup>16</sup>

Grundlagsberedningen<sup>17</sup> tog direktiven ad notam. Dess förslag innehöll den sedermera antagna konstruktionen för kapitlet i fråga, med ett primärt lagområde och ett obligatoriskt, samt ett område mellan deras yttergränser där delegation skulle kunna ske från riksdagen till regeringen, och vidare regler om regeringens förordningsmakt och rätt att delegera till förvaltningsmyndighet. På en viktig punkt stramades förslaget upp i propositionen.<sup>18</sup> Beredningen ville till det primära lagområdet hänföra alla föreskrifter om ”medborgarnas rättigheter och skyldigheter mot det allmänna”, medan den antagna grundlagstexten (8:3) endast hänförde sig till föreskrifter ”som gäller åligganden för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden”. Som departementschefen framhöll kom härigenom ”alla berättigande eller till medborgarnas ställning ’neutrala’ offentlighetsrättsliga föreskrifter att falla utanför det primära lagområdet”.

Propositionen gav uttryck för samma syn som beredningen i principfrågan: ”Regleringen av kompetensfördelningen mellan riksdagen och rege-

ringen hör till de tekniskt mest komplicerade i författningsarbetet”, och det är ”ofrånkomligt att vid utformningen av en ny RF ge bestämmelser om kompetensfördelningen som uppfyller högt ställda krav på klarhet och konsekvens” etc. Någon saklig motivering anfördes fortfarande inte för detta synsätt.<sup>19</sup>

### Gällande reglering

Det är tillräckligt här med en kort översikt. De grundlagsbestämmelser som nämns kommer att behandlas närmare i sina sakliga sammanhang.

Först skall noteras att 8 kap. är det kanske enda riktiga exemplet på att RF ger den väsentliga regleringen på ett område. Endast tre författningar kommer att nämnas därutöver i det följande. Skillnaden är iögonenfallande mot särskilt finansmaktens område, där regleringen är uppdelad på fem plan med grundlagen som det minst väsentliga.

De centrala bestämmelserna om lagstiftningsmakten är 2, 3, 5 och 7 §§. De tre förstnämnda fastlägger det primära lagområdet, den sistnämnda anger möjligheterna till delegation. Det obligatoriska lagområdet får man fram genom subtraktion (samt addition av rättighetsområdet enligt 2 kap. och 8:1). Bestämmelsernas sakliga innehåll är inte av större intresse i detta sammanhang utom såvitt gäller 3 §, som redan har redovisats.

Huvudbestämmelserna om förordningsmakten ges i 7, 11 och 13 §§. Viktigast är den sistnämnda som i två punkter fastslår befogenhet att utfärda föreskrifter om verkställighet av lag (verkställighetsföreskrifter) och föreskrifter som inte enligt grundlag skall meddelas av riksdagen (restkompetensen). Om delegation från riksdagen till regeringen talar som redan nämnts 7 §, om delegation från regeringen till förvaltningsmyndighet 11 och 13 §§.

Man kan redan på detta stadium ställa frågan om dessa stadganden ger en klar och korrekt bild av kompetensfördelningen mellan riksdagen och regeringen. Svaret måste bli nekande, av främst tre skäl. För det första: Vad lagområdet omfattar *i praktiken* beror på hur möjligheten till delegation har utnyttjats. För det andra: Den som läser 8 kap. får intrycket att alla offentligrättsliga regler, som är berättigande eller neutrala i förhållande till de enskilda, tillhör restkompetensen, dvs. skall beslutas av regeringen i den mån denna inte själv har överlåtit åt riksdagen att bestämma.<sup>20</sup> Och för det tredje: Ingenstans kommer grundprincipen till uttryck, att alla viktiga bestämmelser skall beslutas av riksdagen, mindre viktiga av rege-

ringen. Det är givetvis omöjligt att generellt och en gång för alla precisera vad som är viktigt och oviktigt, men det är inte något skäl för att *helt slopa* varje uttryck för principen. Den avgörande lagtekniska frågan är om grundlagstiftaren borde *nöja sig* med en så allmän regel som författningstredningen föreslog eller om den borde *byggas på* med preciserande tilläggsregler.

Regeringsformens bestämmelser kompletteras med lagen (1976:633) om kungörande av lagar och andra författningar, författningssamlingsförordningen (1976:725) och verksförordningen (1995:1322).

*Kungörelselagen* innehåller, såvitt nu är av intresse, främst föreskrifter om författningssamlingar och kompletteras av *författningssamlingsförordningen*. Båda innehåller samma definition av begreppet *författning*: Därmed förstås lagar, förordningar och andra rättsregler som i 8 kap. RF betecknas som föreskrifter. Det föreskrivs att författningssamlingar skall finnas för vissa centrala myndigheter – jämnt sextio sådana samlingar räknas upp i en bilaga<sup>21</sup> – och för länsstyrelserna. Föreskrifter lämnas också bl.a. om årliga regelförteckningar.<sup>22</sup>

Författningssamlingsförordningen definierar också begreppet *allmänna råd*: Därmed förstås sådana generella rekommendationer om tillämpningen av en författning som anger hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende. Både föreskrifter och allmänna råd skall publiceras i författningssamling och tas med i regelförteckning.<sup>23</sup>

Enligt *verksförordningen* skall myndigheters föreskrifter beslutas av styrelsen (1 §); allmänna råd nämns inte i det sammanhanget. Innan en myndighet beslutar föreskrifter eller allmänna råd skall den bl.a. utreda kostnadskonsekvenserna och bereda tillfälle att yttra sig för dem som berörs kostnadsmässigt eller på något annat betydande sätt (27 §).

Att allmänna råd beaktas här, trots att de inte utgör rättsregler enligt 8 kap. RF, beror på att de i praktiken fyller en i viss mån liknande funktion och ofta tillmäts betydelse av förvaltningsdomstolarna.<sup>24</sup> Särskilt stort tyngd har de formellt oförbindande rekommendationer som ges på skatteområdet.<sup>25</sup> Belysande är att *regler* brukar användas som en samlingsbeteckning för en myndighets föreskrifter och allmänna råd. Begreppet finns inte definierat i någon författning men används i den angivna meningen i författningssamlingsförordningen (18c och 27 §§).<sup>26</sup>

Själva företeelsen allmänna råd som ett slags ”kvasirättsregler” är av principiellt intresse. Den framstår som ett klart tecken på att regelproduktionen i det moderna samhället hotar att spränga det konstitutionella sy-

stemet. Man bör i detta sammanhang notera, att en allmän trend idag, både i Sverige och i andra länder och inom EU, är att försöka bygga på mjukare och mera flexibla normer än formella föreskrifter.<sup>27</sup>

Den svenska regelhierarkin kan således kort tecknas: grundlag – lag – förordning – myndighetsföreskrifter – myndigheters allmänna råd.<sup>28</sup>

### **EU:s regelverk och 8 kap. RF**

Man kan fråga sig hur EU:s regler bör fogas in i den svenska regelhierarkin. Särskilt direktivens ställning kan te sig problematisk. Utan att vara bindande i detalj har de sådan faktisk betydelse, att de måste betecknas som normer enligt den terminologi som använts i grundlagsarbetet. Fastän frågorna inte tas upp till närmare behandling här, bör ett par saker av mera övergripande natur noteras om EU:s regelverk.

För det första bör erinras om den debatt som fördes om grundlagsfrågor i anslutning till Sveriges ansökan om medlemskap i EU. Den kommitté som tillsatts för att överväga behovet av grundlagsändringar<sup>29</sup> föreslog en ny paragraf i RF (1:10), så lydande: ”Har överenskommelse träffats om Sveriges anslutning till [EU] och riksdagen beslutat överlåta beslutsbefogenhet till [EU], gäller de förpliktelser som följer av anslutningen utan hinder av vad som föreskrivs i grundlag eller annan lag.” Detta förslag kom att i den allmänna debatten kallas plattläggningsparagrafen, eftersom den sades innebära att Sverige lade sig platt på marken för EU.

Det har således blivit uttryckligen fastslaget att grundlagsreglering i detta mycket väsentliga avseende inte behövs. Ett grundlagsstadgande skulle inte förändra realiteterna; men utan ett sådant förlorar RF i informativt värde, en synpunkt som man lade stor vikt vid i grundlagsarbetet.<sup>30</sup>

För det andra kan inte den förut lämnade uppgiften om storleken av EU:s regelverk lämnas utan vidare kommentar. Bredvid det svenska nationella regelverket på omkring tre hyllmeter skulle EU:s på omkring fem kunna ställas.

Betydelsen av detta kan avdramatiseras väsentligt. En genomgång av hela materialet i samband med Sveriges inträde i EU visade att det rörde sig om mera än 10 000 rättsakter av nio olika typer men att bara drygt tredjedelen (förordningar och direktiv) var att jämföras med svenska regler. Omkring två tredjedelar av dem motsvarade i sin tur svenska verkställighetsföreskrifter (till den återstående tredjedelen), och hälften hänförde sig dessutom till jordbruk, fiske och yttre förbindelser.<sup>31</sup> Man skall vidare

dra bort de svenska regler som ”konsumerats” av EU:s regler. Hur många de är kan inte med någon säkerhet uppskattas.

Klart är att den stora kvantiteten EU-regler hänför sig till nivån<sup>32</sup> myndighetsregler och att regelmassan har ökat på den nivån. På lag- och förordningsnivåerna är det i första hand direktiven som har betydelse. Detta är väsentligt när man behandlar 8 kap. RF.

EU-problemen skall inte överdrivas utan ges realistiska proportioner. Det är vanligt att man både i den allmänna debatten och i fackkretsar, som borde vara bättre informerade, gör svepande uttalanden, som ger intryck av att EU:s regelverk har en annan och långt större betydelse än det finns underlag för att påstå. Naturligtvis får man dock inte heller göra sig skyldig till någon underskattning. Inom EU pågår för närvarande ett arbete med att överse regelverket i syfte att åstadkomma bättre reda och minskad volym.<sup>33</sup>

Att närmare analysera EU:s regelverk och dess faktiska betydelse för det svenska synes vara en rätt angelägen forskningsuppgift.

## Lagstiftningsmakten

Uppgiften är inte att närmare analysera 8 kap. RF eller att diskutera lagstiftningsmakten i allmänhet. Det väsentliga är att granska de aktuella grundlagsreglerna från de synpunkter om konstitutionell demokrati som utvecklades i inledningskapitlet. I detta syfte skall dels utvecklingen i lagstiftningspraxis något studeras och dels reglerna relateras till andra grundlagsregler (och oskrivna konstitutionella principer). Det senare betyder i praktiken väsentligen att överväga lagstiftningsmaktens gränser.

### Utvecklingslinjer i praxis

Om man betraktar regelgivningen ur ett fågelperspektiv och ställer frågan vad som egentligen har ändrats under det senaste halvsekle<sup>34</sup>, torde det främst bli tre saker som faller i ögonen: den oerhörda ökningen av antalet små *ändringslagar*, den våldsamma ansvällningen av administrativa *följdförfattningar* samt tillkomsten av ett ständigt ökande antal *ramlagar*. De två förstnämnda tendenserna har med enkla och provokativa ord betecknats som pulvreringen och regelinflationen. Den sammanlagda effekten av alla tre faktorerna har blivit att tyngdpunkten har förskjutits från riksdagen till regeringen och vidare i riktning mot förvaltningsmyndigheterna.

Siffermaterial som åskådliggör ”pulvreringen” har redovisats flera

gångar förut. Antalet ändringslagar tredubblades under 70- och 80-talen men har därefter hållit sig rätt konstant. Dagsläget kan belysas med t.ex. rättegångsbalken och brottsbalken som ändrades sju respektive sex gånger om året under 80-talet men marginellt mindre under 90-talet (66 respektive 54 gånger totalt) och med lagen om allmän försäkring som ändrades 198 gånger under åren 1990–2003.

Själva företeelsen uppmärksammades när en förklaring söktes till det paradoxala förhållandet, att Lagrådet har fått mindre att göra trots att lagstiftningsarbetet påstås fortskrida i alltmer uppskruvad takt. En huvudförklaring befanns vara, att arbetet alltmer har kommit att avsätta produkter av så ringa betydelse att de inte behöver lagrådsgranskas. Grundlagsreformen 1975 kan inte påvisas ha bidragit till denna utveckling<sup>35</sup>, som innebär en skarp kontrast till en äldre föreställning om ”lagen” som något stort och i princip oföränderligt. Dessa gamla tänkesätt är självfallet inte gångbara i det moderna samhället, men en ny ”ideologi” på lagstiftningsområdet skulle harmoniera med idén om konstitutionell demokrati.

Regelinflationen hör mest ihop med förordningsmakten men man måste ha den i åtanke redan nu, eftersom den rör de grundläggande maktförhållandena. Som enda exempel skall nämnas att det för några år sedan påvisades, att en enda lag (livsmedelslagen) hade avsatt över 100 myndighetsförfattningar som tillsammans var mer än 200 gånger så omfattande som lagen.

I förarbetena till RF berördes inte detta fenomen. Överhuvudtaget har varken pulveriseringen eller regelinflationen tagits upp i den konstitutionella debatten. Det är uppenbart att rättsordningens grundsyn, att medborgarna inte kan åberopa rättsvillfarelse utan är skyldiga att känna till gällande regler, vilar på en ren utopi och egentligen innebär en upprörande hänsynslöshet mot de ”suveräna” medborgarna.

Det finns ett samband mellan regelinflationen och ramlagarna.<sup>36</sup> Dessa innebär att riksdagen begränsar sig till allmänt hållna lagregler och överlåter preciseringen antingen till regeringen och underlydande myndigheter eller till rättstillämpningen. Livsmedelslagen är ett exempel på det förra och därmed på att ramlagar är en viktig faktor för regelinflationen. Lagar som rör kommunerna är exempel på det senare. RF 8:5 innebär en spärr för myndighetsföreskrifter på det området.<sup>37</sup>

Det är naturligt att se en parallell mellan ramlagsföreteelsens framväxt på lagstiftningsområdet och den samtidiga utvecklingen från detalj- och regelstyrning till mål- och resultatstyrning på förvaltningens område. Särskilt tydlig är parallellen mellan lag- och budgetområdena.<sup>38</sup>

Den företeelse, som senare kom att kallas ramlagar, uppmärksammades under remissbehandlingen av grundlagsberedningens betänkande och togs upp i propositionen.<sup>39</sup> Remissinstanser hade påpekat att det skulle bli möjligt att få till stånd en långtgående faktisk delegation till regeringen vid sidan av den i grundlagen förutsatta och därmed sätta hela dennas kompetensfördelning ur kraft. Det skulle vara tillräckligt att riksdagen begränsade sig till att besluta mycket allmänt hållna lagregler, vilka sedan fylldes ut av regeringen med verkställighetsföreskrifter. Departementschefen sade sig dela de kritiska instansernas uppfattning, att någon sådan möjlighet ”självfallet” inte borde finnas. Lagen måste vara så detaljerad att kompletteringen inte tillförde något väsentligt nytt och framför allt ingenting som kunde upplevas som nya ingrepp i enskildas förhållanden.

Frågan behandlas närmare i avsnittet om förordningsmakten. Nu är det tillräckligt att notera, att remissinstansernas farhågor har besannats. Det är svårt att tro, ens med den mest misantropiska bedömning av förvaltningsmyndigheters kompetens, att den våldsamma ökningen av verkställighetsföreskrifter har skett utan att tillföra något väsentligt nytt. Själva ramlagstänkandet är oförenligt med grundlagens system, som Håkan Strömberg tidigt påpekade<sup>40</sup> och som även framgår av departementschefens nyss anförda uttalande i grundlagspropositionen.

Finns det några flera drag i utvecklingen som förtjänar att tas fram? Det skulle närmast vara att själva *lagskrivningen* har undergått stora förändringar. Att det har skett är dock så självklart att det inte behöver utvecklas. En viss språklig och teknisk förnyelse sker alltid över en så lång period som avses här. Vad som bör påpekas är att det även här finns ett samband med ramlagarna. Det har blivit allt vanligare med generalklausuler, målsättningsstadganden och allmänt ”luddiga” uttryckssätt även i lagar som i och för sig inte kan betecknas som ramlagar.

En annan synpunkt, som man ofta får höra när dessa frågor diskuteras, är att lagfrågor har blivit mera *politiserade*. Det är svårt att med rimliga anspråk på saklighet uttala sig om detta. Parlamentarismen har givetvis fört med sig en ökad ”politisering” på många områden. Det bör man inte rynka på näsan åt, eftersom både konstitutionen, riksdagen och regeringen sysslar med politik. I ett konstitutionellt perspektiv är det snarare bra att det numera – med början på 60-talet med ”lidbommeriet” – har blivit öppet erkänt, att lagstiftning är ett medel bland andra för att uppnå politiska mål. Bristen är snarast att så mycken reglering sker utan att man kan uppfatta några politiska mål.

## Den lagtekniska konstruktionen

En blick på utvecklingen under årtiondena närmast före och efter RF visar alltså att utvecklingen i lagstiftningspraxis har gått vid sidan av RF utan att påverkas av denna. Särskilt ifråga om ramlagarna är bristen på styrande kraft hos grundlagen påtaglig. Det gäller här en punkt av väsentlig, närmast grundläggande betydelse för 8 kap. Gränsdragningen mellan riksdagens och regeringens befogenhetsområden, med 8:7 som regleringsmekanism, har kringgåts – reellt om än inte formellt – trots att uttryckliga motivuttalanden byggt under de formella bestämmelserna. För att nå en verklig styrande effekt krävs tydligen någonting mera än vad grundlagstiftaren måttat åstadkomma på regelområdet.

Kompetensfördelningen i sak mellan riksdagen och regeringen har förblivit i stort sett oförändrad. Den har inte undergått andra justeringar än som alltid inträffar under trettio år. Det går knappast att peka på något sakområde där just grundlagen har medfört en förskjutning av kompetensen<sup>41</sup>, och det var inte heller avsett.<sup>42</sup>

Men om 8 kap. RF varken ändrat kompetensfördelningen eller påverkat utvecklingen i stort: Har regleringen gått helt spårlöst förbi? Förvisso inte! Under de trettio åren har otaliga problem mött i praxis och sysselsatt både domstolar, lagråd och rättsvetenskap.<sup>43</sup> Man kan uttrycka saken så, att det har krävts mycket besvär för att behålla status quo.

En ingående redogörelse för dessa frågor har lämnats av Håkan Strömberg i tre upplagor av boken *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform* (1983, 1989, 1999) och i talrika uppsatser. Strömberg har noggrant följt utvecklingen i praxis över hela området för 8 kap. RF. Det finns ingen anledning att här söka komplettera eller justera hans framställning, utan den läggs till grund för diskussionen. Detaljerna saknar också betydelse i detta sammanhang; det väsentliga är själva faktum att 8 kap. RF har orsakat en mängd tillämpningsproblem.

En klar slutsats som man kan dra av Håkan Strömbergs skrifter och det som har anförts här är att en detaljerad grundlagsreglering drar med sig risken att fokus flyttas från principiella frågor till tekniska. Det behöver naturligtvis inte bli så, och något generellt argument mot en mera ingående grundlagsreglering är det inte fråga om, men *en risk* för negativa konsekvenser föreligger som inte observerades i förarbetena till RF. Vi har också fått en antydning om att man bör vara försiktig med grundlagsändringar, om politikerna egentligen inte känner något behov av ändringar i sak utan tycker att det mesta i praktiken är bra som det är.

Några ändringar i 8 kap. har inte aktualiserats annat än i rena detaljer.<sup>44</sup> Frågan är idag om de väsentliga tekniska problemen kan anses ha blivit lösta i praxis eller om systemet bör ändras i sak. Svaret blir att det finns betydande sakliga problem men att de främst anknyter till förordningsmaktens område. En vidare diskussion får därför uppskjutas.

### **Lagstiftningsmaktens gränser: Lagbegreppet**

Vi övergår till att se på hur reglerna om lagstiftningsmakten förhåller sig till andra grundlagsregler och till oskrivna konstitutionella principer. Som förut påpekats blir det främst fråga om *gränser* för lagstiftningsmakten. Sådana kan till en början följa av själva lagbegreppet.

Med lag avses numera endast en författning som riksdagen har beslutat. Konstitutionsutskottets memorial 1809 om den nya regeringsformen talade om ”lagar i deras egentliga bemärkelse”, som skulle stiftas av kungen och ständerna gemensamt, och ”den ekonomiska lagstiftningen”, som var ”förbehållen den styrande makten”. Den sistnämnda materien har i 1974 års RF fördelats mellan lagstiftningsmaktens och förordningsmaktens områden. Det går alltså inte längre att formellt utpeka några lagar ”i egentlig bemärkelse”. Minsta struntändring<sup>45</sup> blir en lag till följd av den formella lagkraftens princip, som har lagts fast i RF 8:17.

Materiellt möter vi vad som numera brukar kallas *generalitetsprincipen*. Den har redan förut berörts i denna bok av Thomas Bull. RF bygger på en distinktion mellan generella föreskrifter och beslut i enskilda fall. En lag skall vara generell och får inte reglera ett speciellt fall. När undantagsvis en lag stiftas med sikte på ett konkret fall och inte avses bli tillämpad i andra situationer, ges den i allt fall en generell avfattning. Detta gällde redan långt före RF, som t.ex. Robert Malmgren utvecklade i sin bok (1934) Riksdagen och lagstiftningen.<sup>46</sup>

I grundlagsarbetet förekom något delade meningar på denna punkt. Grundlagsberedningen ville visserligen upprätthålla huvudprincipen men ville godta vissa undantag<sup>47</sup>:

— — — Dessa omständigheter gör att man, även utan något uttryckligt förbud, kan utgå från att riksdagen också framdeles som regel kommer att avhålla sig från att ingripa genom lagstiftning i enstaka rättsförhållanden: lag kommer i framtiden som hittills att vara en generell norm. I vissa fall har emellertid konkreta problem lösts genom lag, låt vara att man då har försökt ge lagen en allmängiltig utformning: ett moratorium har föreskrivits, en arbetskonflikt har avbrutits. Sådana åtgärder kan behövas även i framtiden, och

regelsystemet i grundlagen bör ta hänsyn till det. Enligt grundlagsberedningens mening finns det inte någon anledning att här avstå från lagformen.

Beredningens ståndpunkt godtogs dock inte i propositionen.<sup>48</sup> Departementschefen uttalade:

– – – en lag liksom varje annan rättsregel skall vara en generell föreskrift. Som beredningen har framhållit kan det visserligen undantagsvis vara nödvändigt att genom lag ge föreskrifter som blir tillämpliga endast i fråga om ett enskilda fall. Enligt min mening måste lag emellertid även i en sådan situation vara generellt utformad. Jag kan således inte ansluta mig till den uppfattning som kommer till uttryck hos beredningen att det bör vara möjligt för riksdagen att genom lag fatta ett beslut som uttryckligen anges avse endast ett visst konkret fall. Jag är medveten om att det inte är helt lätt att ange innebörden av kravet på generell tillämpbarhet. Enligt min mening får en lag anses uppfylla detta krav om den exempelvis avser situationer av ett visst slag eller vissa typer av handlingssätt eller om den riktar sig till eller på annat sätt berör en i allmänna termer bestämd krets av personer.

Uttalandena har citerats därför att skillnaden mellan dem är svår att beskriva. Det förefaller klart att beredningen och departementschefen ville precis detsamma i sak. Skillnaden mellan dem var att beredningen men inte departementschefen ville säga rent ut vad det är fråga om, nämligen att man ibland av speciella skäl gör undantag från huvudprincipen och då brukar försöka dölja snedsteget med en passande klädedräkt. Beredningen syns ge bäst uttryck för gällande rätt. De tveksammaste fallen har förekommit på skatteområdet och har behandlats i kapitlet om finansmakten. Tills vidare får vi nöja oss med att konstatera, att generalitetsprincipen är ett slags riktmärke, en huvudprincip med undantag.<sup>49</sup>

Utifrån ett krav på allmängiltighet skulle man kunna ifrågasätta om en lag kan begränsas tidsmässigt eller lokalt. Att riksdagen kan tidsbegränsa lagar sägs dock i förarbetena till RF, och lokal differentiering av främst regionalpolitiska skäl är godtagen. I sistnämnda avseende torde dock någon gräns få förutsättas för statlig – i motsats till kommunal – regelgivning om tanken på en principiell allmängiltighet skall kunna upprätthållas. Någonstans bör man stöta på principen om allas likhet inför lagen (RF 1:9). Håkan Strömberg nämner<sup>50</sup> att Lagrådet har uttryckt vissa betänkligheter mot lagstiftning om lokalt begränsad försöksverksamhet inom straffrättsens område. Trots denna tvekan antogs dock lagförslagen.

### Lagstiftningsmaktens gränser i övrigt

Lagstiftningsmakten begränsas i övrigt främst av bestämmelserna om grundläggande fri- och rättigheter i 2 kap. RF och Europakonventionen. Vissa av dem tar sikte på föreskrifters innehåll i sak, andra innehåller speciella bestämmelser om lagstiftningsförfarandet, t.ex. att lagförslag i vissa fall skall ligga vilande under ett år. Dessa regler behandlas i en uppsats av Karin Åhman och förbigås här. Inte heller EU:s regelsystem skall mer än noteras som en begränsande faktor.

En speciell fråga gäller *retroaktiv lagstiftning*. RF 2:110 förbjuder retroaktiv straff- och skattelagstiftning. Det är oklart i vilken utsträckning retroaktivitet är möjlig i övrigt. Någon gräns bör rimligen gälla av rena rättssäkerhetsskäl. Hur den bör dras skall inte diskuteras här. Belysande för det oklara rättsläget är RÅ 1996 ref. 57 som avsåg skyldighet för en tidigare utövare av miljöfarlig verksamhet att avhjälpa olägenheter. Ny lagstiftning ansågs inte kunna tillämpas så att ett företag, som hade överlåtit sin verksamhet före ikraftträdandet, kunde i efterhand åläggas att medverka till saneringsarbete.

Regeringsrättens majoritet uttalade, att en allmän utgångspunkt bör vara att prövningen av ett ärende skall grundas på de föreskrifter som är i kraft vid prövningstidpunkten, men fortsatte: ”Det framstår emellertid inte som rimligt att till den enskildes nackdel tillämpa en lagstiftning [som den aktuella] retroaktivt, i vart fall inte om inte detta är föreskrivet i särskilda övergångsbestämmelser eller det av regelsystemet i övrigt tydligt kan utläsas att en sådan tillämpning är åsyftad.” En minoritet ville gå längre: ”Om den princip som angivits [av majoriteten] skulle tillämpas på fall som det nu aktuella skulle detta öppna för all slags retroaktiv lagstiftning. En sådan lagtillämpning skulle strida mot allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser.”

Rättslägets oklarhet belyses av resonemangen om vad som är rimligt, följer av allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser etc. Det är inte svårt att känna sympati för minoriteten. Majoritetens mening skulle ju kunna leda till att retroaktivitet alltid blir tillåten om bara riksdagen tydligt säger ifrån att den önskar en sådan tillämpning.

## Förordningsmakten

Från 1809 till 1974

Åtskiljandet i 1809 års RF av den lagstiftande makten (87 §) och vad som här kallas förordningsmakten (89 §) var betingat av maktdelningsideologin. Övergången till en parlamentarisk ideologi behövde inte och borde inte, enligt det synsätt som anläggs här, dra med sig en i grunden förändrad syn på de båda funktionerna. Uppgiften blir närmast att se hur den nya synen växte fram i grundlagsarbetet.

Författningsutredningen slog fast<sup>51</sup> att i en parlamentarisk demokrati ”ett organ, parlamentet, intar den principiellt ledande ställningen” men också att ”även en parlamentarisk författning ... brukar förutsätta en bestämd *funktionsuppdelning* mellan olika statsorgan”. På riksdagen ensam skulle bl.a. ankomma att stifta lag; för regeringen skulle en ”väsentlig uppgift [vara] att besluta författningar för rikets styrelse och förvaltning”. I den styrande makten ingår ”icke blott att tillämpa regler, som fastställts av den lagstiftande makten, eller att eljest avgöra konkreta fall utan även att fastställa ytterligare regler”. Det borde ”ankomma på lagstiftaren att fastställa endast generella regler av väsentlig innebörd”.

En författning beslutad av regeringen skulle ”icke längre betraktas som en lagstiftningsakt utan som en akt, som regeringen beslutar i kraft av att rikets styrelse och förvaltning tillkommer regeringen”. Av den funktionsuppdelning som förslaget byggde på följde, att lag endast borde stiftas inom lagområdet. Riksdagen skulle inte ha rätt att med lag gå in på regeringens område. Förslaget byggde alltså på att det alltjämt skulle finnas kvar ”ett vidsträckt område” för vad som då kallades kungens ekonomiska och administrativa lagstiftning. Genom en särskild bestämmelse ville utredningen grundlagsfästa praxis, att förslag till författningar kunde underställas riksdagen för dess ”hörande eller yttrande”.

Grundlagberedningen menade<sup>52</sup> att utvecklingen ”mot ökad makt för folkrepresentationen över normgivningen” kunde ses som ”ett led i utvecklingen mot parlamentarism, som ju innebär att regeringen inte skall kunna göra anspråk på någon av folkrepresentationen oberoende makt”. En ny grundlag borde dock liksom den gamla bygga på förutsättningen att regeringen ombesörjde stora delar av normgivningen. Regeringen skulle få en kompetens direkt på grund av RF som i stort sett svarade mot den gamla administrativa lagstiftningsmakten. Riksdagen skulle dock ha rätt att ingripa med lag på regeringens område.<sup>53</sup>

Propositionen anslöt sig till beredningens principiella synsätt. Det var

”bäst förenligt med folksuveränitetens princip” att inte uppställa några formella hinder för riksdagens normgivningskompetens<sup>54</sup>. Det var ”visserligen ofrånkomligt att regeringen och underordnade myndigheter i praktiken [hade] hand om en mycket betydande del av normgivningen” men riksdagen borde ha ”en principiell frihet att ingripa med lagstiftning i vilket ämne som helst”. Till bestämmelserna om regeringens förordningsmakt gavs mycket korta kommentarer.<sup>55</sup>

Man skall inte överbetona skillnaderna mellan författningsutredningen och de senare förarbetena, men att det skedde en glidning är uppenbart. Det är svårt att förvånas över att beredningen mötte kritik för en motsättning mellan ord och realitet – att riksdagens reella insatser i lagstiftningsarbetet är obetydliga hade ju redan länge stått klart.

### Tre typer av förordningar

Det finns alltså tre i princip skilda typer av regeringsförordningar: de som tillkommit efter beslut av riksdagen om delegation enligt 8:7, verkställighetsföreskrifter enligt 8:13 punkt 1 samt föreskrifter inom den s.k. restkompetensen enligt 8:13 punkt 2. Det finns ingen anledning att göra någon djupdykning i dessa förordningstyper. Även här är det mest ändamålsenligt att hänvisa till Håkan Strömberg. Huvudfrågan blir om systemet är rationellt.

Till delegation intog alla förarbeten en restriktiv attityd i princip. Författningsutredningen<sup>56</sup> ansåg att grundlagens kompetensreglering borde ”ligga fast och icke kunna på en bakväg kringgås”. Delegation borde inte kunna ske utan stöd i grundlag, och sådant stöd gavs bara för ett överlämnande från regeringen till riksdagen som svarade mot 89 § i den gamla RF.<sup>57</sup> Även grundlagsberedningen<sup>58</sup> utgick från att delegation skulle förut-sätta stöd i grundlag. Den stora skillnaden mot författningsutredningens förslag var att beredningen intog ett stadgande om delegation från riksdagen till regeringen som en väg att reglera gränsen mellan vad som kallades det obligatoriska och det primära lagområdet.<sup>59</sup> Stadgandet (nu 8:7) hade i förslaget tre punkter, fick genom propositionen<sup>60</sup> sex och har nu sju punkter.

Den väsentliga roll för det konstitutionella systemet, som sålunda kom att ges delegation, innebar en nyhet och bidrog i praktiken väsentligt till krångel och oklarhet under de kommande åren.

Skillnaden mellan de två andra kategorierna är alltså att den ena anknyter till lag medan den andra är autonom. I praktiken ställer sig dock sa-

ken ofta inte så enkel, eftersom en ledande princip sedan länge har varit att riksdagen skall besluta alla viktiga regler. Det kan vara svårt att avgöra vad som är den konstitutionella grunden för en förordning: Innehåller den rena verkställighetsföreskrifter eller ligger den egentligen inom restkompetensen? Man kan hävda att *själva ämnet* har flyttats över till lagområdet, genom att riksdagen har stiftat en lag med de viktigaste bestämmelserna, och att förordningen därför formellt är en verkställighetsförfattning. Det synsättet är dock inte självklart med tanke på den utbredda förekomsten av ramlagar. Den formella lagkraften hänför sig ju endast till *den lag som har stiftats*, och om den är föga konkret, mest riktningssivande, kan regeringen med visst fog anse sig ha större handlingsfrihet i fråga om sakliga nyheter än vid verkställighetsföreskrifter.

Den praktiska betydelsen av gränsdragningen mellan de båda kategorierna enligt RF 8:13 följer således av de begränsningar som avses ligga i begreppet verkställighetsföreskrifter enligt punkten 1 men som saknas i punkten 2. Det begreppet blir därför centralt i detta sammanhang. Men ytterligare en faktor tillkommer som sammanhänger med ramlagstekniken. Denna öppnar en väg för att kringgå kompetensfördelningen enligt RF. Grundlagspropositionen ville stänga den vägen, men det har inte varit möjligt. Ramlagar förekommer idag rentav inom det obligatoriska lagområdet, och regeringen och underlydande förvaltningsmyndigheter har på praktiskt viktiga områden fått en handlingsfrihet som klart strider mot RF.

På den här centrala punkten är det bäst att direkt återge vad som sägs i förarbetena, alltså i grundlagspropositionen, om vad verkställighetsföreskrifter får innehålla:

Det har under remissbehandlingen påpekats att det, om man accepterar beredningens nu angivna synsätt, blir möjligt att få till stånd en långtgående faktisk delegation av normgivning till regeringen vid sidan av den i grundlagen förutsatta och därmed sätta hela dennas kompetensfördelning ur kraft. Det skulle vara tillräckligt att riksdagen begränsade sig till att besluta mycket allmänt hållna lagregler vilka sedan fylldes ut av regeringen med "verkställighetsföreskrifter". Jag delar de kritiskt inställda instansernas uppfattning att någon sådan möjlighet självfallet inte bör finnas. Med föreskrifter om verkställighet av lag bör enligt min mening i första hand förstås tillämpningsföreskrifter av rent administrativ karaktär. I viss utsträckning torde det emellertid vara ofrånkomligt att tillåta, att regeringen med stöd av sin behörighet att fylla ut verkställighetsföreskrifter i materiellt hänseende "fyller ut" en lag, även om lagen i och för sig skulle befinna sig inom det obligatoriska lagområdet. En förutsättning för att regeringen skall få göra detta måste emellertid vara, att den lagbestämmelse som skall kompletteras är så detalje-

rad att regleringen inte tillförs något väsentligt nytt genom den av regeringen beslutade föreskriften. I verkställighetsföreskriftens form får således inte beslutas om något som kan upplevas som ett nytt åliggande för enskilda eller om något som kan betraktas som ett tidigare ej föreliggande ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden.

Den här texten, vars senare del om ”något väsentligt nytt” m.m. ofta åberopas<sup>61</sup>, är av stor betydelse både från rättssäkerhetssynpunkt och för kompetensfördelningen i praktiken mellan riksdagen och regeringen. Genom den förra delen, om ramlagar, utgör den dessutom ett sällsynt exempel på att grundlagstiftaren verkligen uppmärksammat en aktuell utvecklingslinje på regelområdet och inte bara lekt med principer. Det är därför beklagligt att behöva konstatera, att man här får ett utmärkt exempel på hur verkligheten drar ifrån grundlagen, om inte denna uttryckligen slår fast i lagtext vad som skall gälla.<sup>62</sup>

Som enda exempel skall tas fastighetstaxeringslagen som faller inom det obligatoriska lagområdet. Delegation är i RF 8:7 uttryckligen förbjuden på skatteområdet. Men i praktiken gäller, för att citera Håkan Strömberg<sup>63</sup>, att fastighetstaxeringslagen ”är konstruerad som en ramlag, vars innebörd steg för steg konkretiseras genom föreskrifter på skilda nivåer. Dessa föreskrifter är avsedda att utgöra verkställighetsföreskrifter (se ...). Mycket starka praktiska skäl talar för denna konstruktion. Samtidigt är det svårt att förneka att systemet med verkställighetsföreskrifter här har pressats till det yttersta.”

Systemet fungerar så<sup>64</sup> att riksdagen föreskriver i lag t.ex. att riket skall indelas i prisutvecklingsområden, inom vilka prisutvecklingen kan antas vara likartad, samt ger några knapphändiga motivuttalanden, t.ex. att variationen inom ett område inte bör vara större än 5 procent, varefter resten överlämnas via regeringen till Skatteverket. Detta får väsentligt större befogenheter än som avsågs i grundlagspropositionen. Realiteten är att riksdagen överlåter större delen av sin beskattningsmakt till verket. Men formellt är det alltså fråga om att fylla ut lagen, och eftersom starka praktiska skäl föreligger kan man med Strömberg säga, att man har pressat begreppet verkställighetsföreskrifter men inte direkt satt grundlagen åt sidan.

### **Delegation till förvaltningsmyndighet**

Att mängden av myndighetsregler utgör ett stort praktiskt problem har redan sagts och framgår av att volymen har uppskattats till omkring 40 000 sidor. Dessa upptogs av omkring 7 000 författningar fördelade på tre kate-

gorier: cirka 3 500 externa föreskrifter, cirka 2 000 interna föreskrifter och cirka 1 500 allmänna råd. Att talen är ungefärliga säger sig självt, men de är framtagna genom myndigheternas årliga regelförteckningar.<sup>65</sup> Utvecklingen under de senaste åren har gått i olika riktningar. Å ena sidan har det varit en ambition hos regeringen att åstadkomma en minskning, å andra sidan har en ökning skett t.ex. i anslutning till miljöbalken.

En regelmassa av denna storlek inger naturligtvis betänkligheter. Fenomenet har också påtalats under lång tid, och alla regeringar har lovat krafttag för att åstadkomma en minskning. Redan 1970 utfärdades på fördragning av finansminister Gunnar Sträng den s.k. begränsningskungörelsen (1970:641) som förbjöd myndigheter att utan underställning hos regeringen ge nya eller ändrade föreskrifter, anvisningar eller råd som kunde "påverka gällande standard eller tillämpade normer och ... i väsentlig grad ... leda till direkta eller indirekta kostnadsökningar". Redan för mer än ett tredjedels århundrade sedan framhölls alltså de synpunkter som alltsedan dess varit de tyngsta: kostnadskonsekvenserna och behovet av konsekvensanalyser.

Uppföljningen har dock varit dålig. En vilseledande statistik i redogörelser från regeringen till riksdagen gav intryck av att antalet regler skulle ha minskat med cirka 40 procent under tioårsperioden 1986–96, men en enkät av Statskontoret och en genomräkning av regelförteckningar visade samstämmigt, att det tvärtom hade varit fråga om en ökning med cirka 25 procent.<sup>66</sup> Det uppges att åtminstone arbetet med nya regler har förbättrats under de senaste åren.<sup>67</sup> Att minska det ackumulerade regelbeståndet är emellertid en både svår och föga stimulerande uppgift. Att EU har liknande problem och har satt igång en översyn av sitt regelverk har förut nämnts.<sup>68</sup>

Att det behövs utfyllande regler på myndighetsnivå råder det ingen tvekan om men inte heller om att regleringarna har gått alldeles för långt. Om man lägger ihop pulvriseringstendensen på riksdags- och regeringsnivå med regelinflationen på myndighetsnivå får man en något märklig bild av regelgivningsmaskineriet och dess sätt att fungera. Man talar om "regelpyramiden" som en påbyggnad på det mera teoretiska och endimensionella begreppet regelhierarki; volymen ökar ju längre ned man kommer. I toppen finns fyra grundlagar, därunder riksdagsordningen och föreskrifter om trossamfund, sedan drygt 1 000 lagar, följda av drygt 2 000 förordningar, vilande på en bas av omkring 7 000 myndighetsförfattningar med regler av två typer, föreskrifter och allmänna råd. Eftersom myndighetsreglerna gäl-

ler konkretisering av detaljer, är de inte bara flest utan också ojämförligt mest omfattande.<sup>69</sup>

Givetvis – och dessbättre – gäller inte alla myndighetsregler de enskilda medborgarna. Den stora avnämmarkretsen är kommuner och landsting samt företag. Inte oväntat har därför de kommunala förbunden och näringslivet varit samstämmiga i sin kritik av förhållandena. Det var främst sådana klagomål, redan då mångåriga, som drev fram begränsningskungörelsen.

Det finns inte undersökningar som belyser när regelinflationen började. En rimlig gissning är att den blev ett problem på 60-talet, eftersom den drev fram begränsningskungörelsen 1970. Läroböcker i förvaltningsrätt från 60-talets början nämnde endast i förbigående förekomsten av myndighetsregler. Klart är att problemet fanns under grundlagsarbetet. Man noterar att författningsutredningen var medveten om frågan. Den anmärkte<sup>70</sup> att ”även förvaltningsmyndigheternas arbete utmynnar i betydande utsträckning i fastställande av än ytterligare regler”.

### **Förordningar och styrning**

Om man betraktar förordningsmakten ur perspektivet, att den är en del av den styrande makten och inte bara en utväxt på lagstiftningsmakten, måste man ställa frågan vilken roll den har för regeringens styrning. Mot den bakgrund som getts här har man knappast större förväntningar. Man bör dock inte generalisera. Särskilt bör man uppmärksamma en distinktion: Dels har vi vad som kan kallas instruktionsmakten, som riktar sig mot förvaltningsmyndigheterna, dels har vi den ”egentliga” förordningsmakten, som riktar sig mot samhället och medborgarna.

Oavsett styrningens större eller mindre effektivitet i allmänhet är *instruktionsmakten* ett viktigt redskap i regeringens hand. Genom varje myndighets instruktion och genom förordningar av allmän räckvidd, av typ verksförordningen, utövar regeringen alltid ett betydande mått av grundläggande styrning gentemot förvaltningen. Däremot är det en öppen fråga vilken roll *den egentliga förordningsmakten* spelar som instrument för att styra medborgarna och samhället. Att rollen är begränsad antyder den stora utsträckning vari delegation skett till underlydande myndigheter och utnyttjats av dem genom utfärdande av regler.

Eftersom en utvärdering av regeringens styrning faller utom ramen här, begränsar vi oss till två källor. Den ena är den bok som gavs ut till Rege- ringskansliets 150-årsjubileum på uppdrag av regeringen. Ingen av de tret-

ton uppsatserna ägnas särskilt åt förordningsmakten, vilket man kunde ha väntat sig. Den uppmärksammas dock i Daniel Tarschys bidrag.<sup>71</sup> Av intresse med hänsyn till resonemanget om konstitutionell demokrati är hans iakttagelse, att de förändringar som skett i regeringens styrformer sedan 1809 inte har krävt några egentliga förändringar i den formella konstitutionen. Det framhålls att kontinuiteten mellan 1809 och 1974 års grundlagstexter är i det närmaste fullständig i fråga om de grundläggande styrmedel som står till statsmakternas förfogande.

Konstitutionellt sett kan statsskicket sägas vila på fyra hörnspelare, fortsätter Tarschys: utnämningmakten, föreskriftsmakten, finansmakten och kontrollmakten. Om den andra spelaren noterar han kortfattat att en rensning har skett i den tidigare rika floran av olika regeltyper, utan att rubba den grundläggande normhierarkin, samt att stora befogenheter har överförts till ämbetsverken genom ramlagar och andra former av bemyndiganden.

Av intresse är även huvudbetänkandet (SOU 1997:57) av Förvaltningspolitiska kommissionen. Direktiven 1995 tog inte upp regelgivningen. De nämnde t.ex. att införandet av mål- och resultatstyrning inom den statliga förvaltningen ”innebär en långtgående delegering till myndigheterna i fråga om bl.a. ekonomiskt ansvar, utformning av den inre organisationen, anställning av personal och arbetsgivaransvar” men förbigick regelgivningen. Kommissionen redovisade dock i sitt kapitel om styrning<sup>72</sup> den kritik som framförts av kommuner, landsting och företag. För egen del sade den sig anse ”att tillväxten av myndighetsföreskrifter är ett centralt förvaltningspolitiskt problem som bör hanteras på ett övergripande plan”. Utgångspunkten borde vara ”att de av statsmakterna utfärdade reglerna i största möjliga utsträckning skall kunna tillämpas av myndigheterna utan tillämpningsföreskrifter”.

Kommissionen framhöll<sup>73</sup> att vissa problem är ständiga följeslagare för förvaltningspolitiken men att denna i vår tid också möter särskilda utmaningar. Dessa hänfördes till tre problemsfärer: förvaltningens svårstyrbarhet, dess fragmentering och följderna av internationaliseringen. Den förstnämnda sfären har stått i centrum för den förvaltningspolitiska diskussionen sedan 70-talet, framhöll kommissionen. Den var en huvudsak i både direktiven och betänkandet.

Man kan göra reflexionen att om inte riksdagen och regeringen efter många års intensivt diskuterande och utredande själva har förmått tillgodose sina krav på styrning, då är det svårt att se skäl för utomstående att

intressera sig för saken. Vad beträffar förordningsmakten får man intrycket, att den har ägnats mycket ringa intresse av statsmakterna. Man har varit nöjd med att kunna skyffla över detaljer på myndigheterna. Realiteten har blivit att tyngdpunkten i regelgivningen har förskjutits markant från riksdagen via regeringen till förvaltningsmyndigheterna. Härtill kommer EU:s ökade inflytande.

## Avslutande diskussion

Uppgiften är inte att föra en allmän diskussion av lagstiftningsmakt och förordningsmakt utan att anknyta till det inledande resonemanget om konstitutionell demokrati. Med denna utgångspunkt är det naturligt att först notera tre iakttagelser som synes principiellt viktiga.

Klart är till en början att 8 kap. RF inte har styrt utvecklingen på regelområdet. Själva huvudtendensen, maktförskjutningen från riksdagen via regeringen till förvaltningsmyndigheterna, går emot själva grundsynen i förarbetena till RF. För dem är det centrala riksdagens inflytande, för vilket ingen formell gräns skall sättas och som skall värnas mot regeringens intrång. I fråga om ramlagar och verkställighetsföreskrifter är motsättningen mellan dagens verklighet och RF – både förarbetena och ordalagen – särskilt tydlig. Det innebär att utvecklingen har gått ifrån RF inte bara i fråga om detaljer utan även i huvudpunkter.<sup>74</sup>

En annan iakttagelse är att 8 kap. RF har ett ringa informativt värde, fastän förarbetena tryckte starkt på grundlagens deskriptiva funktion. RF ger ett felaktigt intryck av att makten över den icke betungande delen av förvaltningsrätten ligger hos regeringen, och den centrala roll som RF ger delegation skymmer blicken för vad som faktiskt gäller. Härtill kommer att förordningsmaktens stora betydelse för regelgivningen i samhället inte har fått något uttryck. Idag saknar man dessutom en antydan om inverkan av EU.<sup>75</sup>

En tredje iakttagelse är att grundlagstiftarna inte åsyftade någon egentlig förändring i existerande förhållanden men att det, som saken uttrycktes ovan, har krävts mycket besvär för att behålla status quo.<sup>76</sup> Regleringen har tillfört lagråd, domstolar och rättsvetenskap nya frågeställningar men knappast ändrat något i sak. Ungefär samma resultat hade uppnåtts utan krångel om man hade behållit 1809 års RF.<sup>77</sup>

Det har inte blivit någon sådan gräns mellan riksdagen och regeringen som åsyftades i direktiven till grundlagsberedningen och i grundlagspropo-

sitionen. Man kan i efterhand fråga sig hur man alls hade kommit på tanken, att en sådan gränsdragning var ett viktigt – rentav ”ofrånkomligt” – moment i grundlagsarbetet. Rent praktiskt kan konstateras att några politiska stridigheter knappast hade förekommit efter parlamentarismens genombrott, och från systematisk synpunkt noterar man skillnaden mellan den rigida synen i fråga om 8 kap. och den legära synen i fråga om 9 kap. Ett motsvarande vaktslående kring riksdagens ställning på budgetområdet övervägdes aldrig.

Av dessa iakttagelser kan man dra en klar slutsats: Det ligger inte alltid något värde i en detaljerad grundlagsreglering, inte ens på ett område som är relativt stabilt och dessutom av betydelse för medborgarnas rättssäkerhet. En konsekvens kan bli att fokus flyttas från principiella och politiska frågor till tekniska.

Om man sammanfattar kritiken mot 8 kap. RF kommer tre fel i förgrunden. Till en början kan man se införandet av delegation som ett grundläggande systemfel. Därmed åstadkoms en exercis med olika slags bemyndiganden, mer eller mindre konstlade gränsdragningar etc. som varken riksdagen eller regeringen har något intresse för.<sup>78</sup>

Någon frågar sig kanske om man rent tekniskt klarar sig utan delegation. Utvecklingen mellan 1809 och 1974 talar för det. Författningsutredningens enkla förslag syns i efterhand ha varit väl ägnat att läggas till grund för vidare arbete.<sup>79</sup> Kompetensgränsen mellan riksdagen och regeringen hade fått bevakas av domstolarna. Denna ordning hade förmodligen lett till en ökad varsamhet i praxis, eftersom det är lättare att pressa grundlagen, för att använda Håkan Strömbergs ord, än att förutse vad domstol är beredd att godta.

Att förordningsmakten har fått en dålig reglering kan ses som ett andra systemfel. Den som bara läser 8 kap. får rentav intrycket att riksdagen är oförhindrad att i lag ge bestämmelser om regeringen underlydande förvaltningsmyndigheter. Detta har aldrig varit avsikten, men man måste gå till RF 11:6 för att få klart för sig att det inte är tänkt så utan att regeringen har en exklusiv instruktionsmakt.<sup>80</sup>

En tredje brist i 8 kap. är att det inte ger något uttryck för principen, att allt som är verkligt väsentligt skall beslutas av riksdagen medan resten skall i huvudsak besörjas av regeringen och förvaltningsmyndigheterna. Även på denna punkt hade författningsutredningen ett försteg. Bristen har betydelse från deskriptiv synpunkt. Den för också tankarna till fenomenet pulvrisering, som ju innebär att lagstiftningsarbetet varje år består mest av

hundredtals småändringar. Spelar detta någon roll rent sakligt och inte bara "estetiskt"? Med visst fog kan man svara nej, men det bör erinras om att själva fenomenet uppdagades vid sökandet av en förklaring till att Lagrådet fått minskad arbetsbörda.<sup>81</sup> En sådan reell nedtrappning av garantier för god lagstiftning står inte i gott förhållande till (deklarerade) ambitioner under senare år.

Eftersom urskiljandet av förordningsmakten är en viktig punkt, kan det vara värt att fortsätta diskussionen där. Först skall, mot grundlagsberedningen och grundlagspropositionen, hävdas att regeringen både kan och bör ha vissa maktbefogenheter oberoende av riksdagen även i ett parlamentariskt system. Själva kärnan är ju att riksdagen kan ge regeringen respass om den inte sköter sig. Parlamentarismen har aldrig inneburit ett förnekande av att det behövs en styrande makt. Att slå vakt om den maktens integritet är nödvändigt för att tillgodose fundamentala krav på en demokratisk rättsstat: handlingskraft och möjlighet till ansvarsutkrävande.

Särdeles klart är egentligen detta resonemang förankrat just i RF genom att 1:6 slår fast: "Regeringen styr riket. Den är ansvarig inför riksdagen." Bestämmelsen i 8:14, att riksdagen utan någon begränsning kan gå in på regeringens område, bör därför utgå. I vart fall måste det framgå klart att instruktionsmakten är regeringens ensak.

Större är problemen med hur "den egentliga" förordningsmakten borde regleras i RF. Lagformens värde ligger främst i att den garanterar offentlighet, möjlighet för olika meningar att komma till tals i riksdagen samt en bättre kontroll genom både lagråds- och utskottsbehandling. Den kraftiga förskjutning av regelgivningen från lagområdet till förordningsområdet som skett kan därför inge betänkligheter. Den bör föranleda allvarliga överväganden om någon motsvarighet till lagområdets garantier för insyn och kontroll bör införas även för åtminstone vissa förordningar. Man behöver givetvis inte gå så långt som till full lagrådsföredragning och full utskottsbehandling utan kan tänka sig enklare förfaranden.<sup>82</sup> Redan nu sägs i RF 8:12 att föreskrifter, som regeringen meddelat med stöd av bemyndigande, skall underställas riksdagen för prövning, om riksdagen bestämmer det.<sup>83</sup> Möjligen skulle någon form av anmälningsplikt kunna ge en utgångspunkt för bättre kontroll?<sup>84</sup>

Den omfattande delegeringen från regeringen till myndighetsnivån visar tillsammans med regelinflationen på den nivån, att regeringen har ringa intresse för att utöva styrning genom förordningar. På ett sätt kan detta sägas vara naturligt med tanke på den moderna inriktningen på mål- och re-

sultatstyrning. Emellertid är det iögonenfallande att grundlagsarbetet beaktade denna inriktning på finansmaktens område (9 kap.) men inte alls på regelområdet (8 kap.). Mellan det samtidiga avståndstagandet från ramlagar och bejakandet av mål- och resultatstyrning genom budgeten föreligger en klar motsättning.

En viktig synpunkt på delegering till förvaltningsmyndigheter är, att dessa är ensidigt inriktade var och en på sitt fackområde och saknar den överblick som finns på regeringsnivå. Ett modernt fenomen som också bör beaktas är myndigheternas opinionsbildning. Det har getts flera uppmärksammade exempel på att myndigheter rentav försökt att bilda opinion *mot* den politik som förs av regering och riksdag. Dessa förhållanden talar, med tanke särskilt på de enskildas intresse, för en större restriktivitet med delegering.

Man kan naturligtvis fråga sig om grundlagen är rätta instrumentet för att motverka sådana fenomen som regelinflationen. Den frågan lämnas här öppen. I praktiken viktigare är att överväga om möjligen EU:s regelgivning utgör ett hinder för en svensk sanering och om det inte är motiverat att här liksom i EU satsa mera på annan styrning än genom formella regler.

Till sist är det dags att samla ihop trådarna och knyta an till resonemang om konstitutionell demokrati. Frågan ställdes förut om inte 8 kap. RF kunde vara ett slags test på hållbarheten i det bakomliggande resonemang. Granskningen här pekar på att det knappast är fallet. Man nödgas peka på truismen att god teknik ger bra resultat, dålig teknik dåligt resultat. Genom att 8 kap. måste betecknas som ett lagtekniskt misslyckande, är det inte lämpligt som test. Det sänder emellertid klara varningssignaler. Man kan onekligen läsa direktiven för grundlagsberedningen och grundlagspropositionen så, att de uttrycker tankar som kommer nära dem om konstitutionell demokrati. Man tvingas emellertid konstatera, att den syn på grundlagens funktion och uppgifter som uttrycktes inte var bärkraftig och att författningsutredningens mera modesta syn har mera fog för sig.<sup>85</sup>

Man undgår inte att reflektera över att 8 kap. med en detaljerad grundlagsreglering inte tillförde något av värde som inte likaväl kunde ha vunnit på enklare sätt, medan 9 kap. med en mycket tunn grundlagsreglering visade sig fungera väl. På liknande sätt öppnade de enkla reglerna i 1809 års RF för en viktig utveckling, medan de detaljerade reglerna i 1974 års RF inte haft någon verkan på utvecklingen. Det är mot denna bakgrund viktigt att slå fast, att resonemangen om konstitutionell demokrati inte kan bygga på en generell förutsättning, att så mycket som möjligt bör stå i den

formella konstitutionen. Vad som bör stå eller inte stå måste bli föremål för saklig prövning och debatt med hänsyn till varje områdes speciella förutsättningar.

Slutligen måste det upprepas: Lagar och andra regler är redskap för att uppnå politiska mål, men mycket i dagens regleringar har inga politiska mål. Och när en lag verkligen innebär en stor saklig nyhet, fattas beslutet i praktiken ofta med bred politisk majoritet.<sup>86</sup>

## Noter

- 1 Jfr Lagerqvist Veloz Roca (2000) särskilt s. 94 ff. Håkan Strömberg använde av praktiska skäl förarbetenas terminologi men gav uttryck för samma kritiska syn som här, se Strömberg (1999) s. 33.
- 2 Om myndigheters allmänna råd, som inte är föreskrifter men brukar betecknas regler, se vid not 23–28. Den kommunala självstyrelsen sägs ofta ha en egen grund oberoende av delegation från staten. Som en konsekvens av det synsättet kan den kommunala förordningsmakten anses existera oberoende av grundlagen.
- 3 Man skulle kunna urskilja förvaltningsmyndigheternas regelgivningsmakt som en särskild funktion, rubricerad t.ex. föreskriftsmakt. För det skulle kunna anföras att vi lämnar de centrala statsorganen, som är den konstitutionella rättens huvudföremål, och kommer över till förvaltningsrättens område. Just i detta ligger emellertid ett gott skäl för att avstå från ett tredje begrepp och i stället från konstitutionell synpunkt betrakta denna föreskriftsmakt som en utlöpare (genom delegation) på regeringens förordningsmakt. Som det väsentliga ses då den konstitutionella ”kopplingen”. För det talar också att det knappast existerar någon självständig, av regeringen oberoende föreskriftsmakt för förvaltningsmyndigheterna (jfr om kommunerna not 2). Detta är dock inte obestridligt. Man kan se en föreskriftsmakt som en del av den redskapsarsenal som står till buds för varje centralmyndighet med ett sakområde att bevaka. Om det inte sagts explicit av regeringen, skulle det kunna tolkas in i instruktionen.
- 4 Man kan se makten att stifta och ändra grundlag som en särskild funktion.
- 5 Förf. kan förmodligen, genom önskan att åtskilja lagstiftnings- och förordningsmakt, sägas förespråka vad som kallas ”maktindelning” i modern konstitutionell diskussion. Begreppet är dock så pass oklart att det inte används här.
- 6 Sterzel (1998) s. 130 ff.
- 7 Uppgiften lämnas bl.a. i en Communication from the Commission 2001.12.05 om Simplifying and improving the regulatory environment (s. 5 första raden: The *acquis communautaire* extends to more than 80 000 pages).
- 8 Naturligtvis kan man se förankring av det demokratiska systemet och av grundläggande fri- och rättigheter som den fundamentala och kanske tillräckliga uppgiften för konstitutionen, men en sådan syn anläggs varken här eller i inledningskapitlet och är oförenlig med de uttalanden i förarbetena till 8 kap. RF som redovisas i nästa avsnitt.
- 9 Lagförklaring behandlades i 88 §.
- 10 De enda ändringarna i de delar som berörs här gällde 87 § och avsåg allmänna kyrkomötets inrättande vid prästeståndets avskaffande 1865–66 samt tillägg av kriminallag för krigsmakten 1909.
- 11 Den terminologiska oklarheten under detta skede (före RF) gör att man inte bör här använda ordet förordning.

- 12 Se författningsutredningen SOU 1963:17 s. 332. Den bästa framställningen av utvecklingen ger Malmgren (1934). En utförligare framställning, centrerad kring 87 §, ger Herlitz (1926–30).
- 13 Sådant som inte var ”riksdagsbundet”. Andra former var bl.a. ”i enlighet med riksdagens beslut”, som användes i skatteförfattningar vilka enligt bestämmelserna om finansmakten var riksdagens ensak, och ”med riksdagens samtycke”, som användes i författningar med anknytning till budgetregleringen.
- 14 SOU 1963:16, 8 kap. 2 § (i 1 § fastslogs att det tillkom riksdagen att stifta grundlag och annan lag samt den formella lagkraftens princip), samt 1963:17 s. 325 ff.
- 15 Se SOU 1972:15 s. 71.
- 16 Det noteras att den mindre lyckade termen normgivning lanserades genom direktiven.
- 17 SOU 1972:15 s. 98 ff och 152 ff.
- 18 Prop. 1973:90 s. 201 ff och 298 ff.
- 19 Frågan blev inte föremål för diskussion i riksdagen. Jfr Isberg (2003) s. 207.
- 20 En uppmärksam och initierad läsare kan tänka på att föreskrifterna *också* kan innefatta åligganden och därmed falla under 3 § – vanligen blir det dock inte fallet – eller beröra kommunerna så att de faller under 5 §. Den läsaren måste dock tro att *den grundläggande principen* är att området tillhör förordningsmakten men att vissa undantag kan förekomma i praktiken.
- 21 Bilagan anger också om en författningssamling får användas av annan myndighet än den ansvariga.
- 22 Det är på grundval av dessa som det är möjligt att beräkna antalet gällande myndighetsregler.
- 23 Man kan alltså tycka att definitionen på författning är mindre lyckad då den inte omfattar allmänna råd.
- 24 Delvis hänger detta samman med att förvaltningsdomstolarna som regel prövar både laglighet och lämplighet. Se närmare Sterzel (1998) s. 135 ff. Man kan hänvisa t.ex. till Regeringsrättens uttalanden om fastställande av vad som var skäligen levnadsnivå enligt den klassiska 6 § socialtjänstlagen (alltså den gamla lagen före den ändrade, mycket detaljerade lydelsen av 6 §). I ett mål (RÅ 1993:11) uttalade Regeringsrätten bl.a. ”att de av Socialstyrelsens utarbetade bruttonormerna [borde] läggas till grund för bedömningen av vad som är en skäligen levnadsnivå, om inte särskilda omständigheter föranleder annat”. En kommunal norm som låg under Socialstyrelsens kunde därför ”normalt inte anses tillförsäkra den enskilde en sådan levnadsnivå”. I ett något senare mål (RÅ 1994:58) aktualiserades ”frågan om det kan anses tillåtet att ... generellt tillämpa en norm från vilken en eller flera av de poster som anges i Socialstyrelsens bruttonormer har brutits ut”. Regeringsrätten framhöll att ”starka principiella skäl kan ... anföras till stöd för en tillämpning av bruttonormer”. I det aktuella fallet godtogs dock en avvikelse. Det bör tilläggas att Regeringsrätten under senare år inte har på liknande sätt återopat allmänna råd. Det kan möjligen tolkas så att rådets betydelse är i avtagande.
- 25 De har blivit föremål för en doktorsavhandling: Pahlsson (1995).
- 26 Definitionen finns däremot i Statsrådsberedningens handbok för myndigheternas författningsskrivning. Se Sterzel (1998) s. 133 f. Det är tydligt att begreppet normer passar in bra på allmänna råd, som det definieras i författningssamlingsförordningen.
- 27 Inom EU talas f.n. mycket om ”soft law”. Något enhetligt begrepp förefaller dock inte finnas, varför problematiken lämnas åt sidan här.
- 28 Mellan de två första ligger riksdagsordningen (8:16) och föreskrifter om trossamfund (8:6).
- 29 SOU 1993:14. Se vidare Algotsson (2000) s. 45 ff och Isberg (2003) s. 212.
- 30 Bristen på grundlagsreglering utgör i detta sammanhang en särskild ursäkt för att frågekomplexet kring EU lämnas utanför.
- 31 Genomgången gjordes av förf. själv och har inte publicerats i annan mån än att den har presenterats vid två seminarier i Bryssel.

- 32 Egentligen nivåerna eftersom det rör sig om både föreskrifter och allmänna råd.
- 33 Redan strävan mot mera "soft law" antyder att regelmassan har blivit övertung.
- 34 Detta tema utvecklade förf. första gången i Festskrift till Anders Agell (1995) och senare i Sterzel (1998). Ytterligare några enkla sifferuppgifter kan lämnas som en allmän bakgrund. SFS brukar årligen innehålla runt 1 200 författningar. Antalet var i stort sett det samma på 70-talet men dessförinnan betydligt lägre, t.ex. 775 resp. 831 åren 1968 och 1969. Vissa år, särskilt på 90-talet, har antalet legat väsentligt högre, ett par år – 1991 och 1994 – rentav över 2 000, beroende på EU-anslutningen och andra speciella orsaker. Nya lagar brukar vara mellan 25 och 30 per år, vartill kommer ett mindre antal om upphävande, ikraftträdande och fortsatt giltighet. Andringslagarna ökade mellan 1966 och 1991 från 138 till 659 per år men hade 2002 nedgått till 445.
- 35 Se Sterzel (1998) s. 92.
- 36 Det finns ingen vedertagen definition på begreppet ramlag fastän företeelsen är den praktiskt sett viktigaste på lagområdet under senare år. Socialtjänstlagen (1980:620) brukar uppfattas som den första ramlagen. Se Hydén (1984), Esping (1994) och Isberg (2003) s. 208 f. Märk att alltså begreppet ramlag har kommit betydligt senare än grundlagspropositionen, som dock uppehöll sig vid företeelsen i sak (not 39).
- 37 Märk att ingenting hindrar myndigheter att utfärda allmänna råd på detta område. Den praktiska skillnaden är inte så stor som den formella.
- 38 Däremot kan man naturligtvis från avnämarnas (främst kommunernas och företagens) synpunkt se något motsägelsefullt i att resultatet i slutänden av statsmakternas övergång till mera övergripande styrformer har blivit en detaljstyrning utan tidigare motstycke genom myndighetsregler.
- 39 Prop. 1973:90 s. 211.
- 40 Strömberg (1976) s. 60. Jfr Isberg (2003) s. 209. Som Isberg nämner har riksdagen varit något ambivalent i förhållande till ramlagarna. KU har flera gånger pekat på riskerna med tekniken, KU 1983/84:24, 1986/87:29, 2001/02:29.
- 41 Här bortses från sådant som att t.ex. bestämmelserna i 2 kap. RF – som tillkom flera år efter själva grundlagen – kan sägas ha inneburit steg i riktning mot riksdagen.
- 42 Se t.ex. prop. 1973:90 s. 207 där departementschefen säger sig dela "uppfattningen att den kompetensfördelning som har utbildats i praxis i stort sett är ändamålsenlig och därför i huvudsak bör ligga till grund även för en framtida fördelning av normgivningskompetensen mellan riksdag och regering".
- 43 Se förutom Strömberg t.ex. Isberg (2003) s. 207.
- 44 I skrivande stund antyds att en översyn av 8 kap. kan komma att genomföras i samband med den allmänna grundlagsöversyn som f.n. är aktuell.
- 45 En såregen företeelse är de rätt många lagarna (förordningarna) "om ändring av lagen (förordningen) om ändring av lagen (förordningen) om" etc. I de flesta fall rör det sig förmodligen om tekniska fel och förbiseenden i de första ändringsförfattningarna.
- 46 Se s. 6 f där Malmgren bl.a. redovisar tillvägagångssättet då två moratorielagar utfärdades våren 1932 i samband med Kreuger-kraschen, först en för AB Kreuger och Toll, något senare en för Svenska Tändsticksaktiebolaget. Intressant är att båda lagarna gavs mycket begränsad giltighetstid.
- 47 SOU 1972:15 s. 100.
- 48 Prop. 1973:90 s. 203 f.
- 49 Den viktiga rättsfrågan är förstås om riksdagen kan förfoga över dessa undantag eller om de kan underkännas av domstol. Jfr ovan s. 100 f.
- 50 Strömberg (1999) s. 41 ff.
- 51 SOU 1963:17 s. 151 ff, 336 ff, 343 och 360 f.
- 52 SOU 1972:15 s. 99 ff.
- 53 Under förutsättning att en framställning från riksdagen inte efterkoms inom skäligen tid. Begränsningen togs inte med i propositionen.

- 54 Prop. 1973:90 s. 204.
- 55 Det återkommande talet om att regeringen svarar för en stor del av den centrala regelgivningen gör det önskvärt med en kvantitativ jämförelse mellan lagar och förordningar. En sådan är svår att göra på grundval av SFS utan en sifferexercis som står i dålig relation till resultatets värde. Mycket kort kan följande sägas. Förordningarnas antal steg under 70- och 80-talen men låg rätt konstant under 90-talet för att numera ha minskat, från bortåt 1 000 till färre än 700, ungefär samma tal som i slutet av 60-talet. Lagarnas procentuella andel har stigit i stort sett kontinuerligt sedan 70-talet, men det har helt berott på det ökade antalet ändringslagar. År 2002 utfärdades 1 175 författningar: 487 lagar, varav 29 nya och 445 ändringar, samt 669 förordningar, varav 101 nya och 526 ändringar. Härtill kommer ett mindre antal om upphävande, ikraftträdande och fortsatt giltighet. SFS ger ingen imponerande bild av vare sig lagstiftnings- eller förordningsarbetet. Talen ger snarast anledning till reflexionen att förordningarna är färre än man hade väntat. Relationen lag/förordning skulle ha blivit mera naturlig om man hade eliminerat pulvriseringstendensen. För den som har facit i hand är dock den viktigaste iakttagelsen, att man kan ana sig till en omfattande delegation från regeringen till underlydande förvaltningsmyndigheter.
- 56 SOU 1963:17 s. 333 ff och 338 f.
- 57 Se förslaget till ny RF 7:7, SOU 1963:16 s. 71. Man preciserade ett lagområde; vad som föll utanför var regeringens sak och dessutom skulle regeringen kunna ge mindre ingripande regler inom lagområdet (se ovan). Den kunde utfärda "tillämpningsbestämmelser av administrativ natur till lag", eftersom det inte var fråga om delegation utan om utflöde av en befogenhet som tillkom regeringen som innehavare av den styrande makten.
- 58 SOU 1972:15 s. 81 och 102 ff.
- 59 Se förslaget till ny RF 7:5, SOU 1972:15 s. 23.
- 60 Prop. 1973:90 s. 208 ff, citatet på s. 211.
- 61 Aven i Regeringsrättens domskäl, se t.ex. RÅ 85 1:5 som är det ledande rättsfallet om verkställighetsföreskrifter på fastighetstaxeringens område (se nedan).
- 62 Ett annat exempel ger generalitetsprincipen i fråga om skattelagar, se ovan, s. 100 f. Där visas att man inte bör tala om mera än ett slags "riktmärke". Principen finns bara i motiven och kan därför lätt åsidosättas.
- 63 Strömberg (1999) s. 180. Eftersom förf. är engagerad i ett mål hos Regeringsrätten för att få ett prejudikat om vad verkställighetsföreskrifter får omfatta på detta område, har det syntts bäst att direkt citera Strömberg. Jfr även t.ex. Bergström (1995). Jfr ovan s. 96.
- 64 Dessa regler är numera upphävda men tas fram därför att de ger en slående belysning av det som sägs i texten. Författaren menar att de borde anses grundlagsstridiga (not 63).
- 65 Se Sterzel (1998) s. 130 ff. Förf. genomförde liknande översikter senare, dock utan uppdelning på de tre kategorierna. Den blir något skönmässig, men totalsumman bör vara ganska korrekt.
- 66 Se Sterzel (1998) s. 145 ff, med konklusion på s. 156.
- 67 Uppgifter underhand från Näringslivets Regelnämnd (NNR).
- 68 EU har givetvis haft stor betydelse för den svenska regelmassans ökning. Effekten bör dock inte överskattas. Undersökningar för några år sedan, både av Statskontoret och av förf., visade att förvånande få myndigheter påverkades i sin regelgivning mera påtagligt av EU. Ett praktexempel – men samtidigt ett undantag från huvudregeln – gav dock Livsmedelsverket, som i stor utsträckning påverkas av EU och dessutom faller in under jordbruksregleringen: En gemensam räkning med verket visade att regelvolymen (i sidor räknad) hade precis fördubblats under de fem-sex år det gällde.
- 69 Att dela upp myndighetsreglerna på de tre typerna av regeringsförordningar låter sig inte göra. Föreskrifter och allmänna råd kan däremot lätt urskiljas.
- 70 SOU 1963:17 s. 336. Grundlagsberedningen förbigick frågan. Ur grundlagspropositionen är endast ett uttalande värt att noteras. Det påpekades (s. 320 f) att delegation till underlydande myndighet inte formellt begränsades till närmare bestämmelser i ämnet utan avsåg

- bestämmelser överhuvudtaget i ämnet. Det måste emellertid förutsättas, att regeringen i allmänhet inte skulle överlåta hela utan bara en del av sin befogenhet att utfärda regler.
- 71 Tarschys (1990) s. 222 ff. Av särskilt intresse är slutsidorna 244 f. Det är därifrån citaten i texten är hämtade.
- 72 Se särskilt s. 92 ff.
- 73 Se s. 7 f.
- 74 Ansvällningen av myndighetsregler om tekniska detaljer (regelinflationen) kan måhända uppfattas som perifer i förhållande till grundlagen, men att ramlagar och långtgående materiella verkställighetsföreskrifter har accepterats inom det obligatoriska lagområdet berör en kärnpunkt. Särskilt illustrativt är att företeelsen även gäller skatteområdet som uttryckligen undantas från delegation i RF 8:7 ("föreskrifter om annat än skatt"). Fastighetstaxeringen har valts som belysande exempel just av den anledningen.
- 75 Jfr "minimiprincipen", Sterzel (2002), s. 89 f.
- 76 Alltså status quo i *formellt* avseende, fördelningen av sakområden mellan riksdag och regering. *Reellt* kan, som nyss påpekats, konstateras att regeringen inte har hindrat en faktisk förskjutning från riksdagen till regeringen och vidare till förvaltningsmyndigheterna.
- 77 Om man studerar utvecklingen efter 1809, och särskilt under "det författningslösa halvseklet" närmast före 1974 års RF, förefaller det uppenbart att risken var i stort sett obefintlig för en utveckling som var ogynnsam från grundlagsberedningens utgångspunkter (dvs. riksdagsfientlig och regeringsvänlig).
- 78 Märk att kritiken mot 8 kap. tar sikte på det tekniska krångel som regeringen har medfört i onödan, inte på att den har medfört några olägenheter i slutändan. Samma slutresultat kunde ha nåtts enklare genom att utgå från RF 1809 och författningsutredningen. Inte heller en sådan reglering hade, lika lite som 8 kap., kunnat stå emot ramlagsutvecklingen. I fråga om denna bör understrykas att framställningen inte får uppfattas så att förf. anser utvecklingen positiv. Motsatsen är snarare fallet, men det enda väsentliga här är utvecklingen som faktum.
- 79 Det borde dock inte tas oförändrat utan borde byggas på med bestämmelser om förordningsmakten m.m.
- 80 Alldeles klart är väl inte ens detta. Det skulle knappast vara svårare för riksdagen att kringgå 11:6 än att kringgå andra grundlagsbestämmelser.
- 81 Man kommer här osökt att tänka på hur arbetsfördelningen mellan regeringen och riksdagen sköttes praktiskt före 1975 genom författningar "efter riksdagens hörande". Den formella lagkraftens konsekvenser förbises inte, men det förtjänar påpekas att det äldre läget inte bara skall kritiseras som oklart etc. utan innehöll en del praktiska lösningar. Författningsutredningen ville grundlagsfästa metoden med riksdagens hörande.
- 82 Liknande tankegångar har förekommit förut. Ett initiativ har t.ex. varit att centralt samla förarbeten till förordningar och därmed göra dem lättare tillgängliga. Uppföljningen har dock varit dålig, vilket emellertid inte är något skäl mot en effektivisering.
- 83 Bestämmelsen har veterligen aldrig begagnats, för övrigt inte heller RF 8:14. Ett hot om tillämpning av RF 8:14 kan sägas ha förekommit i ärendet om ändrad länsstillhörighet för Heby kommun. Om praxis har förfrågning gjorts i riksdagen. Jfr Isberg (2003) s. 208.
- 84 Man får naturligtvis se upp med att inte ansvarsförhållandena fördunklas. – Att varken riksdagen eller regeringen önskar något anmälningsförfarande beträffande förordningar eller myndighetsregler är uppenbart.
- 85 I efterhand ger läsningen av 1966 års direktiv ett klart intryck av att man inte önskade någon stor grundlagsreform utan radade upp svårigheter, och 1973 års proposition ger ett lika klart uttryck för inställningen att man nu måste få ett slut på ärendet.
- 86 Man kan tillägga att sådana "återställare" efter regeringsskifte som förekommit under senare år också är i huvudsak okända på lagområdet.

## Referenser

- Algotsson, Karl-Göran (2000), *Sveriges författning efter EU-anslutningen*. Stockholm: SNS Förlag.
- Bergström, Sture (1995), *RSV:s verkställighetsföreskrifter ur statsrättslig synvinkel*. Skattenytt.
- Esping, Hans (1994), *Ramlagar i förvaltningspolitiken*. Stockholm: SNS Förlag.
- Herlitz, Nils (1926-30), *Om lagstiftning genom samfällda beslut av konung och riksdag*. Stockholm: Norstedts.
- Hydén, Håkan (1984), *Ram eller lag*. DsC 1984:12.
- Isberg, Magnus (2003), Lagstiftningsmakten – om delegation och maktindelning. I *Svensk författningspolitik*. Stockholm: SNS Förlag.
- Lagerqvist Veloz Roca, Annika (2000), *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform*. Stockholm: Jure.
- Malmgren, Robert (1934), *Riksdagen och lagstiftningen*. Stockholm: Riksdagen.
- Påhlsson, Robert (1995), *Riksskatteverkets rekommendationer*. Uppsala: IUSTUS.
- Sterzel, Fredrik (1998), *Författning i utveckling*. Uppsala: IUSTUS.
- Sterzel, Fredrik (2002), Ett kvartssekel efter ”det författningslösa halvsekel”. I *Grundlagens makt*. Stockholm: SNS Förlag.
- Strömberg, Håkan (1976), *Några reflexioner om normgivningsmakten i nya regeringsformen*. Förvaltningsrättslig Tidskrift.
- Strömberg, Håkan (1999), *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*. Tredje upplagan. Lund: Juristförlaget.
- Tarschys, Daniel (1990), Regeringens styrformer. I *Att styra riket*. Stockholm: Regeringskansliet.

## 6. Riksdagsledamöternas och statsrådets rättsliga ansvar

Olle Lundin

### Inledning

Finns det regler för ett statsråd eller en riksdagsledamots ansvar som kan vara rättsligt problematiska? I Sverige saknar enskilda statsråd och enskilda riksdagsledamöter i princip befogenhet att utöva offentlig makt då organisationen bygger på kollektivt beslutsfattande. Kanske behöver den ensamme ledamoten av riksdagen eller statsrådet därför inte begränsas av ett vidlyftigt regelverk?<sup>1</sup>

Ansvar för beslutsfattande i offentliga organ, oavsett om det är regering eller kommunal nämnd eller något annat organ där förtroendevalda återfinns, är en fråga som sällan diskuteras. Personer som innehar uppdrag på politiska grunder uppfattar ofta att ett rättsligt ansvar inte omfattar dem.<sup>2</sup> Det är en generalisering som inte är helt korrekt. Det rättsliga ansvaret finns även om det är lite uppmärksammat och även om det inte alltid utkrävs trots att de rättsliga förutsättningarna är uppfyllda.

Ansvar och makt är begrepp som är kopplade till varandra.<sup>3</sup> Den som har stor makt omfattas vanligen av ett långtgående ansvar. Exempelvis är tjänsteansvaret särskilt långtgående då en offentlig funktionär, en förtroendevald eller tjänsteman, utövar offentlig makt över enskilda. Den som fått rätt att fatta beslut om andras rättigheter och skyldigheter bör även ikläda sig ett omfattande rättsligt ansvar för detta. Det är ytterst ett skydd mot maktmissbruk men också, och kanske främst, ett sätt att söka ge rådande rättsregler genomslag i praktiken. Ansvar kan höja respekten för rättsregler och därmed fylla en viktig demokratisk funktion.<sup>4</sup> Detta gäller även reglerna i regeringsformen (RF). En viktig fråga är därför om det finns sanktionsregler för att tillse att RF respekteras och upprätthålls.

Ansvarsregler kan fylla en viktig funktion för att tillse enskildas rätt i det utsatta förhållandet gentemot det allmänna. Ansvar är av väsentlig betydelse för allmänhetens förtroende för verksamheten. Ett mycket begränsat ansvar påverkar förtroendet i negativ riktning. Rättsligt ansvar för

riksdagsledamöter och statsråd har betecknats som en av demokratins väsentliga försvarsmekanismer.<sup>5</sup>

Denna uppsats behandlar det rättsliga ansvaret för statsråd och riksdagsledamöter med utgångspunkt i den nuvarande rättsliga regleringen. Syftet är att beskriva och analysera regelverket om dessa gruppers ansvar. I Sverige är problematiken endast i begränsad omfattning utforskad. Analyser av ansvarsfrågor i allmänhet och vilken funktion ansvar har återfinns huvudsakligen inom den straffrättsliga litteraturen och endast i mindre utsträckning inom den offentligrättsliga.

För att erhålla jämförelsematerial och skapa grund för en fördjupad diskussion är det nödvändigt med en komparativ ansats. Andra nationella system ger skilda alternativ för lösande av ovanstående ansvarsfrågor. Exempelvis finns i den nya finska grundlagen ett särskilt kapitel (10 kap., Laglighetskontroll) där frågor om presidentens straffrättsliga ansvar, ministeransvaret, Riksrätten m.m. regleras. Motsvarande kapitel saknas i den svenska regeringsformen. Även de norska och danska riksriättsinstitutionen utgör intressanta jämförelseobjekt. Med tanke på uppsatsens storlek är den komparativa ansatsen dock begränsad.

## Rättsligt och politiskt ansvar

När ansvarsfrågor för politiska beslutsfattare diskuteras är det ofrånkomligt att såväl det rättsliga som det politiska ansvaret berörs. Frågan är vilka skillnader och likheter som det rättsliga och politiska ansvaret uppvisar.

Det politiska ansvaret betraktas ofta som en grundpelare i det demokratiska systemet. Med politiskt ansvar avses vanligen att de förtroendevalda, som är utsedda för en tidsbestämd mandatperiod, riskerar att inte få förnyat förtroende av väljarna. Ansvarsutkrävandet består således i att uppdraget inte förnyas. Denna typ av ansvar är dock inte primärt kausalt, bl.a. därför att det politiska valet är en framåtblickande akt som syftar till att placera personer som åtnjuter förtroende i en maktposition.<sup>6</sup> Valet kan därmed svårigen betraktas som ett ansvarsutkrävande.<sup>7</sup> Vidare är väljarnas agerande i första hand riktat mot de politiska partierna. Det politiska ansvaret har inte fokus på enskilda individer och väljarna har mycket liten makt att påverka vilka personer som slutligen erhåller en plats i riksdagen eller, ännu mindre, ett uppdrag som statsråd. Röstsedeln är ett mycket trubbigt instrument för att utkräva ansvar av enskilda politiker som av någon anledning ådragit sig misshöje.

Med politiskt ansvar kan också avses det som utkrävs av politiska församlingar, exempelvis i förhållandet mellan riksdag och regering. Enskilda statsråd kan avsättas av riksdagen genom misstroendeförklaring enligt 12:4 RF.<sup>8</sup> För att avge en misstroendeförklaring krävs att mer än hälften av riksdagens ledamöter aktivt röstar för yrkandet. Röstningen är en demonstration av missnöje riktad mot statsrådet. Detta gör ansvaret gentemot riksdagen mera kausalt än ansvaret gentemot väljarna. Men kausaliteten kan variera mycket starkt därför att det inte föreligger formella krav på det gångna händelseförloppet och utkrävandet av ansvar.

Det rättsliga ansvaret är mer exakt än det politiska ansvaret. Förutsättningarna för utkrävande anges i rättsregler. Om inte rekvisiten i en rättsligt sanktionerad regel är uppfyllda kan ansvar inte utkrävas. Karaktäristiskt för det rättsliga ansvaret är vidare dess kausalitet.<sup>9</sup> Utkrävande av rättsligt ansvar förutsätter att en händelse, eller i vissa fall underlåtenhet, har inträffat i förfluten tid. Typiskt för det rättsliga ansvaret är att dess utkrävande vanligen prövas av domstol eller att den berörde, åtminstone ytterst, kan få sin sak prövad där.<sup>10</sup>

Ytterligare en skillnad mellan rättsligt och politiskt ansvar ligger i utkrävandet. När det gäller det politiska ansvaret ligger ansvarsutkrävandet i stor utsträckning på det politiska partiet. Nomineringsprocessen utspelas inom partiet. Endast i begränsad utsträckning, genom personvalsmöjligheterna, kan medborgarens röst påverka det personella utfallet, dvs. vilka individer som hamnar i riksdagen.

I jämförelsen mellan rättsligt och politiskt ansvar förtjänar också vissa likheter att påpekas. Utgången av allmänna val påverkas inte sällan av händelser som inträffat i förfluten tid, exempelvis hur regeringen fört sin politik eller konkreta händelser. I så måtto har det politiska ansvaret beröringspunkter med det rättsliga. Emellertid utgör det bakåtblickande momentet endast en del av de olika faktorer som avgör utfallet av ett allmänt val. En rad andra faktorer, exempelvis löften om den framtida politiken och partiledarens popularitet, påverkar väljarnas beslut. Vad avser det rättsliga ansvaret skall endast de begångna gärningarna eller underlåtenheten vara av relevans.

## Kan det politiska ansvaret ersätta det rättsliga?

Trots att det rättsliga och det politiska ansvaret uppvisar stora skillnader och ansvarsformerna har olika funktioner är det inte sällan så att det politiska ansvaret sägs kunna ersätta det rättsliga. Resonemangen kring tjänsteansvarsreformen fördes i dessa termer. Det rättsliga ansvaret för politiska beslutsfattare beskars kraftigt, bl.a. med motiveringen att det politiska ansvaret skulle ersätta den tidigare ansvarsformen.<sup>11</sup>

I en dom från Hovrätten för Nedre Norrland används samma synsätt. I det aktuella fallet behandlades frågan om en riksdagsman gjort sig skyldig till mutbrott då han erbjudit och mottagit betalning för politisk information, rådgivning och service under pågående mandatperiod. I domskälen diskuteras omfattningen av mutbrottet avseende riksdagsledamöter. Domstolen konstaterar att en riksdagsman intar en betydligt friare ställning, vad gäller mutbrottets tillämpningsområde, än en offentlig tjänsteman. ”Detta skall ses i belysning av att riksdagsledamot som åsidosätter sina plikter eller uppträder olämpligt riskerar att förlora väljarnas förtroende och att inte bli omvald.”<sup>12</sup> Man får förstå domstolens resonemang så att regelverket om mutbrott inte skall tillämpas lika strikt ifråga om ledamot av riksdag som avseende en offentlig tjänsteman eftersom det också finns ett politiskt ansvar för riksdagsledamoten. Följaktligen blev också den tilltalade friad i fallet.

Ännu ett exempel på synsättet att det politiska ansvaret kan ersätta det rättsliga framkommer genom förarbetena till 20 kap. 1 § brottsbalken. Stadgandet reglerar tjänstefelsbrottet, som i princip omfattar alla som utövar myndighet. Av tredje stycket framgår emellertid att ledamöter av beslutande församlingar, dvs. riksdag, landstingsfullmäktige och kommunfullmäktige, inte omfattas av stadgandet. Undantaget motiverades i förarbetena med att det ”är fråga om i allmänna val utsedda personer med ett direkt ansvar inför sina väljare”.<sup>13</sup> Förekomsten av politiskt ansvar har således fått motivera ett begränsat rättsligt ansvar.

Det politiska ansvarets förekomst används tydligen i vissa fall som ett argument för ett begränsat rättsligt ansvar. Emellertid gör de stora skillnaderna mellan det politiska och det rättsliga ansvaret att dessa ansvarsformer i praktiken inte är jämförbara. Det är fråga om två olika system som fyller olika funktioner och som i det avseendet skall användas parallellt och understöjda varandra.

Ytterst är det politiska ansvaret ett uttryck för demokratiska värden, ifråga om folkviljans genomslag. Det rättsliga ansvaret är främst ett ut-

tryck för rättsstatliga värden. Men som bidrag till att skapa respekt för rättsreglerna fullgör även rättsligt ansvar en viktig demokratisk funktion.

## Historisk bakgrund

Vad gäller riksdagens ledamöter har ansvarsbilden i stort inte förändrats alls under 1900-talet. Som huvudregel lyder ledamöterna under sedvanliga straffrättsliga regler.<sup>14</sup>

För statsråden har den rättsliga ansvarsbilden under det senaste seklet påverkats framför allt av avskaffandet av riksrätten, upphävandet av ansvarighetslagen och tjänsteansvarsreformen.

I 1809 års regeringsform fanns ett riksrättsinstitut. Riksrätten bestod av tolv ledamöter, både representanter från den rättsliga sidan av samhällslivet (bl.a. presidenten för Svea hovrätt) och representanter från den offentliga förvaltningen. Sammansättningen var sålunda mycket olik ”riksrätten” i exempelvis Danmark och Norge.

Konstitutionsutskottet hade en väsentlig roll vad gällde statsrådets rättsliga ansvar. Utskottet hade en granskande roll, varför det också var naturligt att eventuella rättsliga övertramp upptäcktes. I 1809 års regeringsform stadgades att om konstitutionsutskottet vid sin granskning av protokollen fann att ett statsråd uppenbarligen handlat emot rikets grundlag eller allmän lag, eller tillstyrkt någon överträdelse därav, skulle utskottet ställa vederbörande inför riksrätten under åtal av justitieombudsmannen (106 §).

Riksrätten i Sverige dömde över brott begångna i tjänsten av statsråd, ledamöter i Högsta domstolen och ledamöter i Regeringsrätten. Riksrätten var aktiv fem gånger, sista gången 1854. I inget av fallen fälldes den tilltalade.<sup>15</sup> Institutet upplevdes som delvis överspelat och en anakronism i det svenska systemet.<sup>16</sup>

Institutets misstroendeförklaring blev viktigare för utkrävande av ansvar av statsråd. Detta gav riksdagen möjlighet att snabbt och effektivt utkräva ansvar då detta ansågs nödvändigt. Ansvarsutkrävandet fick därigenom en tydlig politisk vinkling.

Diskussionen kring riksrättens avskaffande var knapphändig. Då riksrätten inte använts på över ett sekel framstod frågan sannolikt inte som en av de brännande vid 1974 års grundlagsreform. Fri- och rättighetsutredningen föreslog att riksrätten skulle fortleva. Förslaget avvisades av departementschefen som menade att specialdomstolar, vilket riksrätten onekli-

gen var, endast skulle inrättas om tungt vägande skäl fanns. Några sådana skäl ansågs inte finnas utan man bedömde att Högsta domstolen kunde fullgöra riksrettens uppgifter.<sup>17</sup>

Riksrettens avskaffande gjorde inte några djupare avtryck i den juridiska doktrinen. I princip fullgör nu Högsta domstolen de uppgifter som riksretten tidigare hade. Denna förändring kan därför inte sägas vara av avgörande betydelse, särskilt eftersom den inte varit i bruk sedan 1854 och både riksretten och HD i princip är opolitisk till sin sammansättning.

Väsentligare vad gäller statsrådets ansvar är förändringen av de materiella ansvarsreglerna. Ifråga om ansvarsregler fanns tidigare en särskild ansvarighetslag som reglerade statsrådets speciella ansvarsbild.<sup>18</sup> Det ansvar som stadgades i lagen avsåg uppdragets utövande och innebar att det fanns straffrättsliga sanktioner mot ett statsråd som underlät att uppfylla sina plikter. Ansvarighetslagen hade vissa beröringspunkter med den gamla regleringen av tjänsteansvaret. Ett antal grundlagsstadganden räknades upp i ansvarighetslagen. Dessa var således skyddade genom straffrättsliga sanktioner.

Det är en rimlig tanke att statsrådsuppdragets natur är så speciellt att sedvanliga straffrättsliga regler inte förslår utan särskild reglering krävs. Detta handlar i stor utsträckning om lagstiftarens syn på uppdraget som statsråd.

Upphävandet av den särskilda ansvarighetslagen var därför en viktig förändring. Dagens situation är att statsråden lyder under de ordinarie straffrättsliga reglerna som anges bl.a. i brottsbalken. De regleringar som är av intresse är framför allt 20 kap. brottsbalken.<sup>19</sup> Där regleras bl.a. tjänstefelet, vilket har aktualitet då statsråden beslutar i frågor som rör myndighetsutövning mot enskild. I dessa fall är statsråden att jämställa med vilken offentlig tjänsteman som helst.

Det offentliga ansvaret för tjänstemän och förtroendevalda har varierat över tiden. I denna grupp ingår, i det här avseendet, även statsråd. Det straffrättsliga tjänsteansvaret för dessa grupper var kraftigt inskränkt mellan 1976 och 1989.<sup>20</sup> Anledningen till detta var den hämmande inverkan som alltför stränga ansvarsregler ansågs ha på den offentliga förvaltningen.<sup>21</sup>

1976 års tjänsteansvarsreform hade i huvudsak tre syften: att avsevärt inskränka det straffbara området, att tydliggöra den personkrets som var underkastad straffansvar samt att närma den offentliga arbetsmarknadens sanktionssystem till den privata. Reformen byggde på en privaträttslig

grundsyn på anställningsförhållandet. Förseelser i tjänsten skulle betraktas som i första hand brott mot anställningsavtalet och inte mot allmänheten. I konsekvens därmed ansågs de sanktionsmedel som förekommer i privaträttsliga avtalsförhållanden som tillräckliga. En viktig skillnad mellan privat och offentlig tjänst ansågs dock fortfarande finnas. Utövdandet av myndighet var specifikt för den offentliga funktionären och allmänhetens intresse av en korrekt myndighetsutövning medförde att detta område efter reformen fortfarande var kriminaliserat.<sup>22</sup>

Förändringarna i tjänsteansvarssystemet blev kritiserade.<sup>23</sup> En rad motioner väcktes under åren med krav på utvärdering av förändringarna och utredningsarbetet mynnade till sist ut i att tjänsteansvaret utökades 1989.<sup>24</sup> Motiveringen var att ett sanktionssystem som inte var effektivt riskerade medföra att allmänhetens förtroende för rättsväsendet minskade.<sup>25</sup> Denna ändring *i riktning* mot det gamla tjänstefelet utökade det bestraffningsbara området och gäller än idag. Men dagens läge är en avsevärd inskränkning av det rättsliga ansvaret i jämförelse med rättsläget innan 1976.

Ansvarsreformen och avskaffandet av ansvarighetslagen innebär en förändring av ansvarsbilden ifråga om statsrådets ansvar. Från att ha utövat uppdraget under en mer generell skyldighet att respektera gällande rättsregler är rättsläget idag att endast vissa företeelser innebär konkreta skyldigheter i meningen att sanktioner kan inträda. Framst gäller att i det sedvanliga statsrådsuppdraget ingår en del då regeringen faktiskt utövar myndighet mot enskild. Det är framför allt fråga om besvärssärenden där enskilda överklagar förvaltningsmyndigheters beslut.

Ansvarsbilden har förändrats stegvis, vilket innebär att lagstiftaren inte uttryckligen tagit ställning till frågan. Att frågan är politiskt känslig kan vara en förklaring till att tydliga motiveringar till det uttunnade rättsliga ansvaret för statsråd saknas. Tydligt är att tanken bakom framst var att det politiska ansvaret skulle ersätta det rättsliga. De förtroendevalda skulle stå till svars inför folket eller inför riksdagen.

## Konstitutionella ansvarsregler

### Inledning

Av regeringsformen framgår mycket lite om det rättsliga ansvaret för statsråd och riksdagsledamöter. Det finns immunitetsregler för riksdagens ledamöter i RF 4 kap. 8 §. Vidare finns i 12 kap. 3 § en reglering av statsrådets

ansvar. Där framgår att statsråd får fällas till ansvar för brott i tjänsten endast om denne därigenom grovt åsidosatt sin tjänsteplikt. I övrigt saknas explicita regler om det rättsliga ansvaret för dessa grupper. Generellt sett kan sägas att regeringsformen även saknar speciella straffregler avseende riksdagsledamöternas och statsrådets verksamhet och beslut.

### **Immunitet för riksdagsledamöter**

#### *Skyddet av uppdragets utförande*

Regler om parlamentarisk immunitet finns i många nationella system. Det innebär typiskt att det krävs parlamentets samtycke ifråga om att väcka åtal mot ledamot av parlamentet. I Sverige är immuniteten kopplad till uppdragets utförande. I övrigt kan riksdagens ledamöter åtalas enligt sedvanliga regler. Samma system finns i princip i Finland och Norge.<sup>26</sup>

I RF 4 kap. 8 § stadgas att ingen får väcka talan mot den som utövar eller har utövat uppdrag som riksdagsledamot eller beröva honom friheten eller hindra honom från att resa inom riket. Denna immunitet gäller yttranden eller gärningar under utövandet av uppdraget. Riksdagen kan dock medge att immuniteten upphävs om minst fem sjättedelar av de röstande i riksdagen beslutar det.<sup>27</sup> Detta kan ses som ett värnande av ledamöternas yttrandefrihet i kammaren och självständighet i riksdagsarbetet.<sup>28</sup>

Väsentligt är att skyddet är begränsat till uppdragets utövande. Enligt förarbetena avser det endast förhandlingar i kammaren samt i vissa riksdagsorgan. Om exempelvis en ledamot yppar en sekretessbelagd uppgift i kammaren som han anförtrots i ett utskott omfattas detta av skyddet. Om han däremot säger det till en besökare i riksdagshuset eller i sin bostad på hemorten gäller inte immunitetsreglerna.<sup>29</sup>

Avsikten är att immunitetsskyddet skall tolkas restriktivt.<sup>30</sup> Detta illustreras av ett uttalande från konstitutionsutskottet huruvida en riksdagsman i ett enskilt fall kunde åtalas för mutbrott utan att riksdagen gav sitt medgivande. För tjänster som denne utfört hade ledamoten erhållit 96 000 kr från ett privat företag. Beloppet hade enligt gärningsbeskrivningen utgjort otillbörlig belöning för tjänster som hört till uppdraget som riksdagsledamot eller haft anknytning till detta. Utskottet var av uppfattningen att gärningarna hade utförts i riksdagsledamotens kontakter med företag och väljare. Immunitetsskyddet avser endast den direkta verksamheten i riksdagen och dess organ. Konstitutionsutskottet uttalade därför att riksdagens medgivande inte var nödvändigt. Åklagaren var därför oförhindrad att gå vidare med sitt åtal.

Immunitetsskyddet för riksdagens ledamöter är mycket begränsat. De är endast skyddade i det direkta arbetet i riksdagen och dess organ. I det ovan nämnda fallet var det tydligt att de gärningar som var aktuella hade en direkt koppling till uppdraget som riksdagsledamot. Den som senare åtalades hade bl.a. utfäst att han skulle verka för vissa intressen i sitt arbete, han skulle utföra visst lobbyarbete. Trots denna tydliga koppling till uppdraget som riksdagsledamot så ansågs inte immunitetsreglerna tillämpliga. Ledamoten åtalades därför i vanlig straffprocessuell ordning, men friades.<sup>31</sup>

### *Skyddet i andra fall*

I RF 4 kap. 8 § 2 st. stadgas att om riksdagsledamot misstänks för brott utanför uppdragets utövande, skall bestämmelser i lag om gripande, anhållande eller häktning tillämpas endast om han erkänner brottet eller har tagits på bar gärning eller det är fråga om brott för vilket ej är föreskrivet lindrigare straff än fängelse i två år. Det existerar således ett visst skydd för riksdagsledamöterna även utanför själva uppdragets utförande. I motiven framhålls att immuniteten kan ”komma att tjäna som ett värn i orostider mot att folkrepresentationen sätts ur spel genom förhastade eller annars ogrundade myndighetsingripanden”.<sup>32</sup>

Skyddet omfattar inte grova brott, där minst två år är stadgat, eller brott där det är tydligt att riksdagsledamoten är skyldig, dvs. vid erkännande eller bar gärning. Stadgandet hindrar inte lagföring av riksdagsledamöterna. Det är endast ett skydd mot ett tvångsvis omhändertagande av polis, åklagare eller domstol. Syftet är att möjliggöra att riksdagsledamot kan fullgöra sitt uppdrag innan dom fallit.

Värt att notera är att immunitetsreglerna inte omfattar omhändertaganden på sociala eller medicinska grunder.<sup>33</sup> Det framstår som ett förbiseende, då tillämpning av denna lagstiftning kan få samma konsekvenser som ett gripande, anhållande eller häktande.

### **Immunitet för statsråd**

Det finns ett antal olika konstruktioner vad gäller formerna för hur rättsligt ansvar för statsråd skall utkrävas. Det finns inga självklara lösningar på hur dessa frågor skall hanteras. Fyra huvudmodeller kan urskiljas:<sup>34</sup>

- Den svenska modellen representerar en möjlig variant: ett politiskt or-

gan beslutar om åtal medan den dömande funktionen fullgörs av ett rättsligt organ (se vidare nedan).

- En modell med övervägande politiskt inflytande i båda led finns i Norge, där beslut om åtal fattas av ett politiskt organ (en avdelning av Stortinget) medan den dömande funktionen fullgörs av Riksretten, där två tredjedelar utgörs av ledamöter av Stortinget och en tredjedel av ledamöter av Høyesterett (Högsta domstolen).
- En tredje variant är att både åtalsbeslut och själva dömandet sker genom rättsliga organ. Ett exempel är det engelska systemet där det rättsliga ansvarsutkrävandet hanteras inom ramen för det normala rättsliga systemet.
- Den fjärde varianten är att åtalsbeslut fattas av ett rättsligt organ och domsfunktionen ligger hos ett i det väsentliga politiskt. Så är fallet i Frankrike, där utredning genomförs och beslut om åtal fattas av en rättsligt sammansatt avdelning med nära anknytning till Cour de cassation.<sup>35</sup> Den dömande funktionen fullgörs sedan av Cour de justice de la République, vars sammansättning är huvudsakligen politisk.

Dagens processuella regler avseende statsrådets rättsliga ansvar i Sverige har stora likheter med systemet enligt 1809 års regeringsform. Åtal beslutas fortfarande av konstitutionsutskottet (KU), som är ett politiskt organ, och prövas av en rättslig instans, numera Högsta domstolen. För brott i tjänsten krävs viss grovhet för att åtal skall kunna väckas. För andra brott kan åtal väckas enligt allmänna regler.

I RF 12 kap. 1–3 §§ regleras statsrådets rättsliga ansvar och granskningen därav. KU innehar en särskild ställning såsom granskare av statsrådsuppdragets utövande. Granskningen är endast i mindre utsträckning inriktad på individuellt rättsligt ansvar utan framför allt på administrativa frågor och på tillämpningen av offentligrättsliga regler, exempelvis förbudet mot ministerstyre.<sup>36</sup> Likaväl är det KU som beslutar om åtal för statsråd.

Vid sidan av immunitetsskyddet av processuell karaktär har statsråden visst skydd rörande vad som är åtalbart. RF 12 kap. 3 § är inte ett självständigt straffstadgande. Det krävs att statsrådet bryter mot någon straffrättslig regel för att ansvarsfrågan skall aktualiseras. Stadgandet har självständig betydelse i det att den som är eller har varit statsråd får fällas till ansvar för brott i utövningen av tjänsten om denne grovt har åsidosatt sin tjänsteplikt. Det innebär att det finns ett visst utrymme för att göra avsteg

från gällande regelverk utan att rättsligt ansvar kan utkrävas. Detta är avsiktligt och bygger på liknande tankegångar som institutet konstitutionell nödrätt.<sup>37</sup> I förarbetena räknas några situationer upp då denna fråga aktualiserats, bl.a. vid Norrmalmstorgsdramat 1973 och sprängningen av Förbundsrepubliken Tysklands ambassad i Stockholm 1975. I dessa situationer fanns det visst fog för att inte i alla delar följa ordinarie regelverk. I varje fall skulle inte statsråden riskera rättsliga sanktioner i efterhand.

Immuniteten avser endast sådant som omfattas av uppdraget som statsråd. I förarbetena uttrycks det så att det är statsrådets "handlande i de lägen där de uppträder med den auktoritet som följer av att de är ledamöter av regeringen",<sup>38</sup> typiskt sett beslutsfattande vid regeringssammanträden, kontakter med förvaltningsmyndigheter och liknande situationer. Omfattningen av uppdragets utövande skall emellertid tolkas relativt snävt. Det framgår exempelvis av förarbetena att mutbrott inte omfattas av immunitetsskyddet, då mottagande av muta inte ingår i tjänsten som statsråd.<sup>39</sup> Inte heller skall brott mot tystnadsplikt omfattas av den särskilda åtalsprövningen som 12 kap. 3 § stadgar. Det innebär att immunitetsskyddet för statsråd är mycket begränsat och hänför sig endast till tjänsteutövningen i snäv mening.<sup>40</sup>

### **Domstols skiljande från uppdrag som riksdagsledamot eller statsråd**

Av RF 4 kap. 7 § framgår att en ledamot av riksdagen kan skiljas från sitt uppdrag efter beslut av domstol. För att detta skall kunna ske krävs att ledamoten genom brott visat sig uppenbarligen olämplig för uppdraget.

En liknande regel återfinns i 20 kap. 4 § brottsbalken. Där stadgas att domstol kan skilja förtroendevald från sitt uppdrag om denne döms för ett brott där maximistraffet är fängelse i minst två år. Det innebär att den som döms för mutbrott riskerar att skiljas från sitt uppdrag, men inte den som döms för brott mot tystnadsplikt. En förutsättning för att stadgandet skall aktualiseras är att uppdraget innefattar myndighetsutövning. Det är tveksamt om riksdagens verksamhet skall anses utgöra myndighetsutövning i någon del.<sup>41</sup>

Kopplingen mellan regeringsformens regel och brottsbalkens regel är något oklar.<sup>42</sup> Emellertid bör stadgandet i RF ses som ett självständigt sådant och tillräcklig grund för att ge domstol kompetens att skilja en riksdagsledamot från uppdraget om skäl därför finns.<sup>43</sup> I sådana fall saknas rekviritet att uppdraget måste innehålla myndighetsutövning.

Väsentligt är att olämpligheten skall vara en följd av det brott som rät-

ten dömer över. Men de gärningar som bedöms som brottsliga behöver inte vara utförda under mandatperioden. Gärningarna behöver heller inte vara kopplade till uppdragets utförande. Det är således inte fråga om misskötsel av uppdraget. Denna möjlighet för domstol att skilja ledamot från uppdraget är ett uttryck för ett slags uppvisad personlig olämplighet, en yttersta "skamgräns" för en riksdagsledamots personliga egenskaper.

Att domstol skiljer en riksdagsledamot från uppdraget på denna grund är mycket sällsynt. I modern tid finns endast ett fall. En ledamot av riksdagen åtalades för grovt bedrägeri för mottaget presstöd på oriktiga grunder. Den tilltalade fälldes för detta av rätten. Tillika beslutade domstolen att denne skulle skiljas från sitt uppdrag som han genom brottet visat sig uppenbarligen olämplig att inneha. Det måste ställas särskilt höga krav på en riksdagsledamot. Då denne dömts för allvarlig brottslighet samt att han lämnat uppgifter i målet som domstolen bedömde osanna var det, enligt domstolen, uppenbart att han inte var lämplig att vara ledamot av Sveriges riksdag.<sup>44</sup>

Även ett statsråd kan skiljas från sitt uppdrag av domstol. Särskilda regler om detta saknas i RF varför brottsbalken måste tillämpas självständigt. Att statsrådsuppdraget innefattar myndighetsutövning är klart. Därmed kan också 20 kap. 4 § brottsbalken tillämpas och ett statsråd skiljas från sitt uppdrag om övriga förutsättningar föreligger. Det har dock aldrig inträffat i modern tid.

### **Är regeringsformens regler straffsanktionerade?**

Det rättsliga ansvaret för statsråden är begränsat. Situationen är märklig i så måtto att regeringsformens regler i sig inte är straffsanktionerade. Sanktionerna finns på lägre normativ nivå och egentlig koppling till det konstitutionella regelverket saknas.

Vid ett närmare betraktande är det svårt att se vilka regler i regeringsformen som kan upprätthållas med rättsliga sanktioner. Möjligen kan brott mot RF 11 kap. 7 § om myndigheternas självständighet i vissa fall åtminstone väcka frågan om ansvar för tjänstefel.<sup>45</sup> I övrigt synes regeringsformen rättsligt osanktionerad. Bristen på sanktioner ifråga om regeringsformen innebär att tillämpningen av denna, som i viss utsträckning ligger på statsrådsnivå, inte utförs under ett rättsligt ansvar. Respekten för grundlagen, i denna del, synes därför vara en fråga för det enskilda statsrådets samvete.

Emellertid finns självfallet möjligheten, och den är inte oväsentlig, att

ett statsråd som inte iakttar regeringsformens regler drabbas av politiska sanktioner. Ytterst kan en misstroendeförklaring riktas mot denne. Det innebär att svaret på frågan om i vilken mån regeringsformen måste respekteras av statsråd och även av riksdagen ytterst måste sökas hos dem själva. Problemet blir extra tydligt då det är fråga om en majoritetsregering.

## Avslutande diskussion

Genomgången av det svenska systemet ger vid handen att de ansvarsregler som finns avseende statsråd och riksdagsledamöter är tämligen begränsade. Det beror inte primärt på att dessa gruppers ansvar är av särskilt liten omfattning utan på att det straffrättsliga ansvaret generellt för ämbetsmän är mycket begränsat.

Vidare finns det en viss immunitet för både riksdagens ledamöter och statsråden. Likheter i utformningen av detta skydd är stora. Det avser endast uppdragets utförande och det i mycket snäv mening. Men syftet med skyddsreglerna är olikartade. Främst i syftet att ge manöverutrymme i särskilt komplicerade situationer är skyddet för statsråden begränsat ifråga om mindre regelöverträdelser. Vad gäller riksdagsledamöterna har skyddet två funktioner. Inskränkningen av möjligheten att frihetsberöva en ledamot av riksdagen är ett skydd mot att ledamoten förhindras att utöva sitt uppdrag. Immuniteten avseende själva uppdragets utövande ger ledamöterna ett visst svängrum inom riksdagen och dess organ och omfattar främst deras yttrandefrihet. Endast uppdragets utövande i mycket snäv betydelse omfattas av skyddet. För statsråden saknas helt ett skydd mot att frihetsberövas på rättsliga grunder.

Det konstitutionella skyddet avseende dessa båda grupper framstår som nästan överdrivet begränsat. Sannolikt beror det på att Sverige i modern tid förskonats från inre eller yttre oroligheter där immunitetsskydd eller brist på sådant aktualiserats. Förarbetena synes präglas av tanken på allas likhet inför lagen och att undantag därifrån endast kan göras mycket sparsamt.

I en internationell jämförelse framstår inte detta som anmärkningsvärt. Det finns likheter med våra nordiska grannländer.<sup>46</sup> I flera andra länder, exempelvis Frankrike, täcker immuniteten i princip även gärningar som en parlamentsledamot begått som privatperson. Det är sannolikt ett uttryck för synen på riksdagsuppdraget. Parlamentsledamöter i Norden synes be-

traktas som vanliga medborgare som utövar ett speciellt uppdrag, men bara i riksdagens lokaler.

Ett exempel från Danmark, den s.k. Tamilaffären i slutet på 1980-talet, belyser till viss del frånvaron av ansvarsregler i det svenska systemet. Bakgrunden var utlänningsrättslig. Tamilska flyktingar hade ansökt om att få komma till Danmark för att därigenom kunna återförenas med sina familjer. Ansökningarna handlades i sedvanlig ordning av Justitieministeriet. Emellertid fattades inte beslut i de olika ärendena och väntetider på mellan ett och två år uppstod, trots att förutsättningarna för återförening enligt utlänningslagen förelåg. Den rättsliga problematiken kom bl.a. att handla om ministeriets passivitet. Riksrätten, som prövade åtalet, fann att justitieminister Erik Ninn-Hansen, var informerad om situationen och aktivt hade medverkat till att ansökningarna inte blev slutbehandlade i enlighet med lagen. Han befanns därför skyldig för underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som åligger ett statsråd och dömdes till fyra månaders fängelse.<sup>47</sup>

En liknande problematik om rättsligt ansvar för ansvarig minister skulle inte kunna uppkomma i Sverige. Den konstitutionella arbetsfördelningen mellan regeringen och förvaltningsmyndigheterna innebär att den direkta myndighetsutövningen mycket sällan ligger på statsrådsnivå. Med tanke på hur de svenska straffrättsliga reglerna är utformade, där ett väsentligt moment är myndighetsutövning, kan i vart fall inte tjänstefelsbrottet, som är typiskt för offentliga funktionärer, aktualiseras ifråga om statsråd.

Att den direkta maktutövningen, i formell mening, i princip inte ligger hos statsråden är en förklaring, och kanske ett skäl, till att det rättsliga ansvaret för deras del är begränsat. Att ett enskilt statsråd formellt har mycket begränsad makt kan också förklara bristen på intresse för problemområdet. Till skillnad från system där ministerstyre är huvudregeln, kan regeringens kollektiva ansvar för de beslut som fattas möjligen göra frågan om statsrådets individuella rättsliga ansvar mindre intressant.

En annan aspekt av problemet är övervakningen av att de få regler som faktiskt finns också efterlevs. Vad avser riksdagen finns inget övervakande organ. Det är knappast förvånande och får ses som ett uttryck för riksdagens suveränitet. Mer intressant är att notera den brist på tillsyn som finns avseende regeringen och statsrådets aktiviteter. Konstitutionsutskottet fyller här en väsentlig funktion. Dess granskning av regeringen och enskilda statsråd är en väsentlig del av kontrollsystemet. Vid sidan av detta politiska organ finns emellertid inget annat.

En förklaring till att det rättsliga ansvaret rönt så lite intresse kan självfallet vara parlamentarismens införande, i sin nuvarande form med 1974 års regeringsform. Möjligheten till misstroendeförklaring innebär att det finns effektiva sanktioner mot ett felande statsråd. Det kan dock finnas situationer då ett politiskt ansvarsutkrävande behöver kompletteras med ett rättsligt sådant, exempelvis då statsrådet redan avgått.<sup>48</sup>

En jämförelse med ett system som i mycket liknar det svenska ger vid handen att synen på ansvar och ansvarsutkrävande kan vara en annan än den nu rådande i Sverige. Enligt den finländska grundlagen står regeringen och presidenten under både Justitiekanslerns och Justitieombudsmannens tillsyn. Det är fråga om en ”systematisk övervakning av statsrådets och presidentens beslutsfattande”.<sup>49</sup> Granskningen avser inte lagförslag till riksdagen, utan endast i de fall då organen beslutar i enskilda ärenden eller annars utövar offentlig makt.

Granskningen av president och regering i Finland syftar dels till att besluten som fattas skall vara lagliga och dels att ansvar för eventuella felaktigheter kan utkrävas.<sup>50</sup> I jämförelse med Sverige, där regeringen är explicit undantagen från JK:s och JO:s granskning, framstår det finska systemet mer fokuserat på rättslig kontroll och ansvar.

Genomgången av det svenska regelverket ger också vid handen att många frågor inte uppmärksammas alls. Frågan om konstitutionen är straffsanktionerad har redan berörts. I princip saknas det även regler för att upprätthålla riksdagsledamöternas oberoende i sin verksamhet. Privata intressen, bindningar till andras privata intressen har inte i egentlig mening betraktats som ett problem. Synen på uppdraget som ledamot av riksdagen framstår som något föråldrad.

Även på denna punkt står det svenska regelverket i kontrast mot den finländska grundlagen, som exempelvis stadgar att riksdagsledamöterna skall iaktta grundlagen och uppträda sakligt (29 och 31 §§). Regler som stadgar att en ledamot skall vara objektiv och iaktta grundlagen kanske inte har någon egentlig betydelse. Stadgandet i 29 § Finlands grundlag, där riksdagsledamotens oberoende uttrycks, har emellertid en klar rättslig betydelse. Syftet är att riksdagsledamoten skall vara obunden av sina väljares krav. Mandatet som ledamoten utövar skall vara fritt.<sup>51</sup> Endast det egna omdömet och grundlagen skall styra riksdagsledamoten. Syftet är bl.a. att tydliggöra att riksdagsledamoten verkar under ett individuellt ansvar.

Vårt att nämna är också att tillämpningsområdet för immunitetsreglerna i Sverige är mycket snävt. Endast i beslutsfattandet och verksamheten i

övrigt i kammare, utskott och övriga riksdagsorgan skyddas ledamöterna av dessa regler. I övrigt skall de stå till svars som vilken enskild som helst. Det kan få paradoxala konsekvenser ifråga om gärningar kopplade till uppdraget.

I det ovan redovisade fallet angående mutbrottets tillämpningsområde fann domstolen att ledamot av riksdagen har ett mycket större område för att ikläda sig förbindelser i förhållande till privata intressen, bisysslor etc. än en offentlig tjänsteman. Detta verkar bygga på en syn att det är vanliga medborgare som utför uppdraget som riksdagsledamot och att detta utförs endast i riksdagen och dess organ. Ett rimligt antagande är dock att de själva, och deras omgivning, uppfattar sig som riksdagsledamöter under dygnets alla tjugofyra timmar.<sup>52</sup> Att det i rättslig mening är acceptabelt att ledamöter av rikets högsta beslutsorgan har formella bindningar till olika intressen framstår som märkligt.

## Noter

- 1 En väsentlig aspekt av detta är också att de svenska förvaltningsmyndigheterna enligt RF 11 kap. 7 § slutgiltigt bestämmer i vissa ärenden.
- 2 Mina erfarenheter och kontakter med förtroendevalda på kommunal nivå ger vid handen att det finns en stor okunskap om ansvarsregler och att uppfattningen är att den som omfattas av ett politiskt ansvar saknar ett rättsligt sådant.
- 3 Se vidare Smith 1997, s. 13.
- 4 Se i inledningen till denna bok om rättsregler, även regeringsformen, som uttryck för demokratiskt fattade beslut.
- 5 Se Taxell s. 160 ff.
- 6 Låt vara att valet ibland i praktiken kan bero av händelser inträffade i förfluten tid. Syftet med processen är emellertid att utse förtroendevalda till nästa mandatperiod. Att lägga en röst på ett politiskt parti är en positiv akt. Det kan svårligen betraktas som en missnöjesdemonstration mot de partier som *inte* får den rösten. Det kan jämföras med misstroendeförklaring, se nedan.
- 7 För en vidare diskussion kring detta se Nordström s. 1 ff och Riberdahl s. 125 ff.
- 8 Om bakgrund till institutets införande se Sterzel 1969, s. 77–81 samt Sterzel 1999, s. 29–49.
- 9 Med kausaliteten följer ett krav på adekvans som underförstås i den fortsatta diskussion om kausalitet. För en vidare diskussion se exempelvis Hellner 1995, s. 195 ff.
- 10 Arbetsrättsligt disciplinansvar kan exempelvis utkrävas ensidigt av arbetsgivaren, men den anställda har möjlighet att få detta prövat av domstol, vanligen AD.
- 11 Se vidare avsnitt 4.
- 12 Se domskälen i dom från Hovrätten för Nedre Norrland, RH 1995:99. Domen kommenteras vidare under avsnittet om immunitetsreglerna.
- 13 Prop. 1975:78 s. 145.
- 14 Viss immunitet finns, se nedan.
- 15 Se vidare Sterzel 1969 s. 29.
- 16 Se Sterzel 1988, s. 678.
- 17 Prop. 1973:90 s. 422.

- 18 Ansvarighetslagen för statsrådets ledamöter, föredragande och Konungens rådgivare i kommandomål, antagen den 10 februari 1810. Se vidare Jermsten s. 55 f.
- 19 20 kap. brottsbalken tar inte sikte på personkrets utan på den verksamhet som utövas, relevant rekvisit är ”vid myndighetsutövning”.
- 20 För en detaljerad redovisning av tjänsteansvarsreformerna se Warning-Nerep s. 455–468.
- 21 Prop. 1975:78 s. 145.
- 22 BrB-kommentaren s. 440–443.
- 23 Se bl.a. Riberdahl 1979 s. 139–142.
- 24 Se BrB-kommentaren s. 442–449 där bakgrunden till 1989 års reform redovisas.
- 25 Prop. 1988/89:113 s. 7 ff.
- 26 Se 30 § Finlands grundlag och § 86 Norges grundlag.
- 27 Immunitetsskyddet återfinns även i rättegångsbalken. Se 20 kap. 10 § och 22 kap. 8 § RB.
- 28 Holmberg och Stjernquist s. 180.
- 29 SOU 1972:15 s. 137, Holmberg och Stjernquist 1980 s. 180.
- 30 SOU 1972:15 s. 138.
- 31 Se i avsnitt 3 ovan. Han friades på grund av att domstolen menade att förekomsten av politiskt ansvar innebär att reglerna om mutbrott inte skulle tillämpas lika strikt ifråga om riksdagens ledamöter.
- 32 Prop. 1973:90 s. 268.
- 33 Se t.ex. lag (1988:870) om vård av missbrukare.
- 34 Se vidare i Smiths artikel Alternativer til Riksretten, i *Nytt Norsk Tidsskrift* nr 2 2000, även i Smith, *Stat og rett*, Oslo 2002 s. 470–479, där han redogör för olika alternativ för organiseringen av rättsligt ansvar.
- 35 Som är den högsta domstolen i Frankrike rörande straffrättsliga processer.
- 36 Se vidare Holmberg och Stjernquist s. 402.
- 37 Även om konstitutionell nödrätt inte är ett erkänt institut i svensk statsrätt så finns liknande tankesätt vad gäller statsrådets rättsliga ansvar. Se vidare Holmberg och Stjernquist s. 405 och 216 f. En väsentlig skillnad är dock att statsrådets regelvidriga handlande inte blir rättsenligt på grund av att en extraordinär situation föreligger. Däremot kan sanktioner undgås.
- 38 Prop. 1973:90 s. 423.
- 39 Resonemang framstår som något märkligt. Utgångspunkten för uppdraget torde vara att endast sådant agerande som inte är brottsligt ingår i uppdragets utförande. Då ett statsråd bryter mot gällande regelverk torde detta inte ingå i själva uppdraget. I så fall kan ett statsråd aldrig utföra brott inom ramen för uppdraget och immunitetsreglerna i denna del vara meningslösa. Det är klart inte tanken med regelverket. Lagstiftarens tankegångar kring mutbrott framstår som dunkla. Att ett mottagande av muta har klara beröringspunkter med uppdraget som statsråd synes självklart. Det är ju själva poängen från bestickarens sida.
- 40 En följd av uttalandet skulle kunna vara att en domstol drar liknande slutsatser som i processen mot riksdagsledamoten. Att mottagande av ersättningar eller dylikt inte påverkar uppdraget och heller inte är brottsligt, något som vore djupt olyckligt. Detta har dock inte prövats i domstol i ny tid.
- 41 Se Holmberg och Stjernquist s. 178 f.
- 42 I Holmberg och Stjernquist s. 178–179 behandlas reglerna i ett sammanhang.
- 43 Se hovrättsdomen nedan. Domstolen behandlar stadgandena i en kombination men bortser från rekvisitet ”myndighetsutövning”. Brottsbalkens stadganden används till ledning för brottets svårhetsgrad.
- 44 RH 1997:48.
- 45 Detta är dock mycket långsökt. Gärningsmannen torde bli den tjänsteman som fattat det felaktiga beslut och inte det statsråd som utövat otillbörlig påtryckning. Frågan kan dock diskuteras och är inte avgjord i praxis.

- 46 Notera att även parlamentets ledamöter i Norge, för brott begångna under uppdragets utövande, kan dömas i ett riksrettsförfarande. Formellt har dessa således ett längre gående skydd än sina kolleger i Finland och Sverige.
- 47 Dom föll den 22 juni 1995. Tamilaffären kommenteras bl.a. av Henning Koch, "Rigsretten i Danmark", i Eivind Smith (red.), *Makt uten ansvar?*, Oslo 1997, s. 27–42.
- 48 Vilket var fallet i Tamilaffären med den tidigare danske justitieministern. – Om varför parlamentariskt ansvar inte är tillräckligt, se även Eivind Smith i "Alternativer til Riksretten", op. cit.
- 49 Suksi s. 436.
- 50 Framgår av 108, 109 och 112 §§ i Finlands grundlag. Se vidare Suksi s. 271 och 294 f.
- 51 Till skillnad från ett s.k. imperativt mandat där ledamoten är rättsligt bunden av sina väljares önskemål och vad som utlovats under valrörelsen. Se vidare Suksi s. 35–37.
- 52 En riksdagsledamot som möter sina väljare utanför riksdagen, vilket torde vara det vanliga, uppfattas sannolikt som ledamot av riksdagen och inte som privatperson.

## Referenser

- Beckman, E. m.fl., (1990), *Brottsbalken jämte förklaringar, 2, Brotten mot allmänheten och staten*, Stockholm: Norstedts.
- Holmberg, E. & N. Stjernquist, (1980), *Grundlagarna med tillhörande författningar*, Stockholm: Norstedts.
- Jermsten, H., (1992), *Konstitutionell nödrätt*, Stockholm: Juristförlaget.
- Nordström, C. (1980), "Politiskt ansvar, vad är det?", i *Förvaltningsrättslig tidskrift*, s. 1–11.  
Prop. 1973:90  
Prop. 1975:78  
Prop. 1988/89:113
- Riberdahl, C. (1979), "De förtroendevaldas politiska och juridiska ansvar", i *Förvaltningsrättslig tidskrift*.
- Smith E. (red.), (1997), *Makt uten ansvar*, Oslo: Tano.
- Smith E., (2000), Alternativer til Riksretten, i *Nytt Norsk Tidsskrift* nr 2 s. 119–142.
- Smith, E., (2002), *Stat og rett*, Oslo: Universitetsforlaget.  
SOU 1972:15
- Sterzel, F., (1969), *Riksdagens kontrollmakt*, Stockholm: Norstedts.
- Sterzel, F., (1988), *Kontrollmakten i 1974 års svenska författning*, i Svensk Juristtidning.
- Sterzel, F., (1999), *Parlamentarismen i författningen*, 2:a uppl., Stockholm: Norstedts juridik.
- Suksi M., (2002), *Finlands statsrätt*, Åbo: Åbo Akademi.
- Taxell, (1987), *Demokrati*, Åbo: Åbo Akademi.
- Warnling-Nerep, W. (1995), *Kommuners lag- och domstolstrots*, Stockholm: Juristförlaget.

## 7. Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag?

Karin Åhman

### Inledning

#### Bakgrund

Som ett av motiven för att begränsa även en demokratiskt vald majoritets makt anges i kap. 1 att skydda individers och minoriteters fri- och rättigheter.<sup>1</sup> Alla moderna demokratiska stater har ett statsskick som bl.a. innehåller skydd för enskildas och minoriteters rättigheter. Syftet med ett sådant är att vissa grundläggande rättigheter skall vara undandragna en majoritets oinskränkta makt. Detta i sin tur kan härledas till tanken om individens värdighet och okränkbarhet, vilket bl.a. framgår av FN:s allmänna deklaration om mänskliga rättigheter från 1948.<sup>2</sup> Rättigheterna anses ta tillvara ett minimum av skydd för enskildas oberoende och integritet. Enighet föreligger om själva principen, men lösningarna är många när man kommer till frågor om *vilka* rättigheter som skall skyddas, vilken *styrka* skyddet skall ges etc.

I Sverige saknades länge – ur ett jämförande europeiskt perspektiv – grundlagsreglering av fri- och rättigheter. Före 1974 års RF fanns överhuvudtaget inget sådant skydd utan endast den berömda 16 § i 1809 års RF: Med ord, som kan härledas ända från gamla tiders konungaförsäkringar, ålades kungen – men inte ständerna – att rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda m.m. Det skydd som den nya grundlagen gav var också från början mycket knapphändigt. Först genom reformer 1976 och 1979 etablerades ett verkligt rättighetsskydd.

Det sades vara möjligt att utveckla en demokrati och välfärdsstat utan att fastslå rättigheter för enskilda i grundlagen. Det var främst genom lagstiftningsreformer som enskilda skulle komma i åtnjutande av det gryende välstånd och den materiella utveckling som hade påbörjats. Detta gällde med ett undantag; regleringen i tryckfrihetsförordningen (TF) av vissa former av yttranden. Rättighetstanken – i bemärkelsen konstitutionell reglering – med inspiration från den franska och amerikanska revolutionen, fann med andra ord inget starkt fäste i landet.

En milstolpe för enskildas fri- och rättigheter får anses vara det svenska tillträdet 1952 till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Europakonventionen. Konventionen trädde i kraft 1953. Till en början påverkades inte det svenska samhället i någon större omfattning av denna konvention och den i konventionen reglerade europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, Europadomstolen. Domstolen avkunnade heller inte så många mål inledningsvis. Först 1966 godkändes Europadomstolens kompetens för svensk del. Allteftersom tiden gick framstod det alltmer som omöjligt att bortse från den praxis som kom att produceras i Strasbourg. Flera mål kom också att beröra den svenska staten och dess förmåga att leva upp till skyddet av rättigheterna.

Som bl.a. en konsekvens av EU-anslutningen 1995 införlivades därför Europakonventionen till svensk lag.<sup>3</sup> I samband med detta infördes också ett stadgande i RF 2:23 som innebär att lag eller annan föreskrift ej får meddelas i strid med de svenska åtagandena på grund av Europakonventionen. Trots att konventionen "enbart" har lags status bör den ges särskild vikt när fråga kan uppkomma om en svensk föreskrift skulle strida mot konventionen.<sup>4</sup> I annat fall erhålls inga garantier för att konventionen verkligen beaktas av rättstillämpande myndigheter, vilket måste sägas vara ett av syftena med införlivningen.

En annan framtida milstolpe för den enskildes rättigheter skulle kunna bli det tillfälle när (och om) EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna från den 7 december 2000 antas av Ministerrådet såsom rättsligt bindande. I dag har stadgan status av ett politiskt dokument men det pågår ett intensivt arbete med att försöka införliva den i EU:s framtida konstitutionella fördrag och därmed göra den rättsligt bindande för staterna.<sup>5</sup>

Det finns med andra ord ett gediget material för att skydda och ta tillvara enskildas rättigheter. Materialet som redovisats ovan har inte, med undantag för RF, någon konstitutionell status, men reglerna som avses har överordnad juridisk dignitet. Såväl lagstiftaren som rättstillämparen har att ta hänsyn till RF och Europakonventionen vid beslut om nya regler och vid tillämpning av lag. Båda regelverken fungerar som begränsningar för den valda majoritetens beslutsfattande. Frågan är om inte Europakonventionen genom sin praxis *de facto* utövat det största inflytandet på lagstiftningen. Till detta återkommer jag längre fram i uppsatsen.

Om vi lägger till andra internationella dokument, härrörande från t.ex. FN, blir listan över rättigheter än längre. Emellertid uppfattas inte dessa dokument i regel "annat" än som rena folkrättsliga källor varför de utesluts från denna uppsats. De rena folkrättsliga dokumenten genomförs också ofta nationellt med motsvarande inhemska lagstiftningsåtgärder (i motsats till reglering i grundlag). Detta gäller t.ex. för FN:s konvention om barnets rättigheter, Barnkonventionen, i kraft 1990. I och för sig hindrar inte detta att svenska domstolar och myndigheter använder sig av internationella dokument för att tolka de svenska reglerna i ljuset av en konvention.

Svenska domstolar och myndigheter har således idag två parallella rättighetsregleringar att beakta när det gäller att slå fast om en svensk föreskrift står i strid med enskildas rättigheter. För det första gäller att utröna att den föreskrift som tillämpats i målet inte är i uppenbar strid med grundlagen (2 kap. RF, om riksdagen eller regeringen beslutat om den) jämligt RF 11:14. Om föreskriften beslutats av annan än riksdagen och regeringen gäller inte enligt samma regel uppenbarhetskravet. Det gäller också att beakta Europakonventionens rättigheter och den praxis som utmynnar från Europadomstolen. Trots att den inte har grundlags status bör den på grund av sitt innehåll ges särskild vikt. Den normkontroll som domstolarna utför är konkret, med vilket åsyftas att föreskriften inte kan bedömas om den inte har tillämpats i ett enskilt fall. Någon abstrakt kontroll får inte äga rum.

### **Frågeställning och disposition**

Den fråga som står i centrum är vilken betydelse rättighetsskyddet har haft i vårt land. Har reglerna väsentligen blivit ett skydd på papperet, som många förutsade tidigare, eller har det fått ett verkligt genomslag? I anslutning härtill diskuteras frågor om rättighetsskyddets omfattning och styrka och om prövningens innehåll och begränsningar. Vad har hänt sedan Europakonventionen blev svensk lag? En annan fråga är hur Europadomstolen har bedömt svenska klagomål och om (och i så fall hur) fällande domar har följts upp i svensk rätt. Uppsatsen behandlar rättsfall mellan åren 1995 och 2002. Efter en systematisk översikt över rättighetsreglerna i avsnitt 2 ägnas avsnitten 3 och 4 åt praxis dels vid svenska domstolar, dels vid Europadomstolen. I avsnitt 5 förs en sammanfattande diskussion.

## Översikt över fri- och rättigheter

I detta avsnitt redovisas rättigheterna som domstolar och andra myndigheter har att tillämpa. Europakonventionen lyfts fram för att bl.a. belysa hur den kompletterar det svenska regelverket på flera områden men också för att visa hur rättigheterna ibland regleras parallellt.

### Regeringsformen

I 2 kap. RF föreskrivs främst om politiska och medborgerliga fri- och rättigheter. Ett programstadgande ges i 1:2 med mål för den offentliga verksamheten som kan sägas innefatta även vissa ekonomiska och sociala rättigheter. Eftersom 1 kap. inte är rättsligt bindande bortses från detta i det följande.

I sin ursprungliga lydelse från 1974 innehöll 2 kap. bara fem paragrafer. Det utvidgades 1976 till tjugo. Då tillades bl.a. den viktiga 12 § med begränsningar av möjligheterna att inskränka fri- och rättigheter. Den utvidgades 1979 med det s.k. kvalificerade förfarandet. År 1994 fick kapitlet sin nuvarande lydelse då skyddet för äganderätten förstärktes och bestämmelser om näringsfrihet och rätt till utbildning infördes jämte ett stadgande om Europakonventionen.

Flera av rättigheterna är absoluta, dvs. de kan begränsas endast genom grundlagsändring. Hit hör t.ex. förbudet mot dödsstraff i 4 § och förbudet mot landsförvisning av svensk medborgare i 7 §.

Andra rättigheter är relativa, vilket i första hand betyder att de kan inskränkas genom lag enligt 12 §. Här låg den stora politiska stötestenen i grundlagsarbetet. De som ville ha grundlagsskydd pekade på att lag kan ändras genom vanligt majoritetsbeslut och krävde till en början kvalificerad majoritet, vilket motståndarna motsatte sig. Kompromissen blev begränsningar i rätten att inskränka fri- och rättigheter genom lag utan krav på kvalificerad majoritet.

År 1976 infördes tre krav i 12 §. En begränsning får göras för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. En begränsning får inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den eller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen. En begränsning får inte göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. För de s.k. positiva opinionsfriheterna finns ytterligare ändamål angivna, också införda 1976, för att begränsningar skall få ske. Detta regleras i 13 och 14 §§. Likaså finns det i 18 § särskilda krav angivna för att begränsa äganderätten.

I 12 § stycke tre regleras de möjligheter som finns att fördröja ett förslag till lag om begränsning av en rättighet. Denna reglering infördes 1979. Regleringen innebär i korthet att ett förslag – på yrkande av lägst tio av riksdagens ledamöter – skall vila i minst tolv månader från det att det första utskottsytttrandet över förslaget anmäldes i riksdagens kammare. En majoritet om 5/6 av de röstande kan dock anta förslaget. Syftet med regleringen är att det i ”alla fall som inte är uppenbara eller oomstridda skall finnas tid för upplysning och debatt, innan en inskränkning beslutas” (Holmberg och Stjernquist 2003, s. 65). Det är enbart i ett fåtal fall som denna reglering har tillämpats sedan sin tillkomst.

Vilka materiella rättigheter återfinns i regeringsformen? För det första finns de positiva opinionsfriheterna i 1 §. Hit hör t.ex. yttrandefriheten, informationsfriheten och mötesfriheten. I följande 2 och 3 §§ finns de negativa opinionsfriheterna. Hit hör t.ex. skydd mot tvång att ge till känna sin åskådning i politiskt hänseende. I de följande 4–8 §§ behandlas skydd för den kroppsliga integriteten och rörelsefriheten (t.ex. förbud mot dödsstraff i 4 § och förbud mot kroppsstraff och mot tortyr i 5 §). I 9 § anges en rätt till domstolsprövning eller prövning av domstolsliknande organ vid frihetsberövande och 10 § förbjuder retroaktiv straff- och skattelag. I 11 § regleras förbudet mot tillfälliga domstolar och att förhandling vid domstol skall vara offentlig. Efter de regleringar som anger skydd mot vissa typer av begränsningar följer rättigheterna i 15–21 §§. Här återfinns uppmaningen att lag eller annan föreskrift inte får innebära att någon missgynnas på grund av att han tillhör minoritet (15 §) eller på grund av sitt kön (16 §). I 17 § regleras rätten att vidta fackliga stridsåtgärder. Vidare och slutligen återfinns egendomsskyddet (18 §), skyddet för upphovsrätten (19 §), näringsfriheten (20 §) och rätten till grundläggande utbildning i allmän skola (21 §).

### **Europakonventionen**

De rättigheter som garanteras i konventionen och dess tilläggsprotokoll är s.k. minimistandarder. Inget i staternas åtaganden hindrar dem från att tillhandahålla ett starkare skydd än vad som anges i konventionen. Rättigheterna som anges är huvudsakligen politiska och medborgerliga. Tilläggsprotokollen innehåller ytterligare rättigheter där några dock kan karaktäriseras som sociala. Rättigheterna uttrycks på olika sätt. Vissa av dem är absoluta (t.ex. artikel 3: förbudet mot tortyr och fjärde tilläggsprotokollets artikel 4: förbudet mot kollektiv utvisning av utlänningar) och vissa kan

begränsas under vissa angivna förutsättningar (t.ex. artikel 8: rätten till skydd för privat- och familjeliv och första tilläggsprotokollets artikel 1: äganderätten). De förutsättningar som anges för begränsningar kan variera. I artiklarna 8 till 11 föreskrivs att det får ske om det är lagligt, nödvändigt i ett demokratiskt samhälle samt har något av de syften som anges specifikt för varje rättighet. Artikel 8 anger som godtagbara syften t.ex. statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter. Denna angivna metod återfinns också i fjärde tilläggsprotokollets artikel 2 som behandlar rätten att fritt röra sig. Äganderätten enligt första tilläggsprotokollet kan begränsas (vad gäller berövanden) om det finns lagstöd, är i ett allmänt intresse och enligt folkrättens allmänna grundsatser.

Konventionen kompletterar den svenska grundlagen väl. Flera rättigheter som uttrycks däri återfinns med andra ord inte i sin *uttryckliga* motsvarighet i 2 kap. RF. Exempelvis stadgar artikel 2 om rätten till liv och artikel 3 förbjuder slaveri och tvångsarbete. Vidare anges i artikel 6 rätten till en rättvis rättegång liksom artikel 13 garanterar rätten till ett effektivt rättsmedel. Artikel 8 skyddar privat- och familjelivet, den enskildes hem och korrespondens. Artikel 12 garanterar rätten att ingå äktenskap. Artikel 2 i det första tilläggsprotokollet garanterar rätten till undervisning och föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn sådan utbildning och undervisning som står i överensstämmelse med deras religiösa och filosofiska övertygelse.

I vissa fall ger konventionen ett skydd som svarar mot 2 kap. (men inte alltid är uttryckt identiskt). Sålunda garanteras t.ex. tankefriheten, samvetsfriheten och religionsfriheten i artikel 9, yttrandefriheten i artikel 10 och föreningsfriheten i artikel 11. Värt att nämna är också att det första tilläggsprotokollets artikel 1 garanterar äganderätten, det fjärde tilläggsprotokollets artikel 2 föreskriver rätten att fritt röra sig och artikel 3 i samma tilläggsprotokoll förbjuder utvisning av medborgare.

Det förbud mot diskriminering som återfinns i artikel 14 gäller för samtliga rättigheter i konventionen och dess tilläggsprotokoll. Diskrimineringsgrunderna är inte uttömmande. Skyddet mot diskriminering i RF är inte lika heltäckande (se 2:15–16 RF).

Sammantaget upptas en rad olika fri- och rättigheter i konventionen och dess tilläggsprotokoll. De uttrycks ofta i generella ordalag och har genom Europadomstolens praxis fått en mer preciserad innebörd. Vid en

jämförelse med 2 kap. RF ser vi att flera rättigheter numera kan sägas regleras parallellt men också att flera rättigheter – vilket getts några exempel på ovan – endast (såsom de uttrycks) återfinns i konventionen. Både i konventionen och i regeringsformen stadgas om under vilka förutsättningar ingrepp i en rättighet får ske. I konventionen anges det särskilt för varje rättighet i fråga. I t.ex. artikel 8 anges att ingrepp i familjelivet får ske med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till bl.a. statens säkerhet och den allmänna ordningen. Vad som också bör framhållas är den olika innebörd som begreppet lag har i de olika sammanhangen. I regeringsformen åsyftas med lag (jämför 12 §) en av riksdagen beslutad föreskrift. I konventionen har begreppet lag getts en annan betydelse genom Europadomstolens praxis. Även andra sorters föreskrifter inryms i begreppet men också fastslagen domstolspraxis.<sup>6</sup> Slutligen bör något sägas om de olika regelverkens struktur. RF har en något annorlunda uppbyggnad och systematik än konventionen. Inte alla stadganden i RF är uttryckta som rättigheter – vissa innebär enbart s.k. grundlagsförankring (se t.ex. allemansrätten i RF 2:18:2). Vidare ges i RF en särskild reglering vad avser utlänningars (här i riket) rättigheter (RF 2:22). Värt att notera slutligen är att det endast är vissa rättigheter som åtnjuter skydd mot begränsningar enligt vad som framgår av 2:12.

## Fri- och rättigheter i svenska domstolar

### Bakgrund

I detta avsnitt analyseras de svenska domstolarnas roll när det gäller tillämpningen av rättigheter. Domstolarna har inte alltid haft en möjlighet att pröva lagstiftning gentemot högre normer i grundlagen. Först 1979 grundlagsfästes denna rätt till lagprövning trots att den redan tidigare, av vad som framgår av förarbetena till RF hade erkänts. I avsnittet redovisas i vilken grad domstolarna har använt sig av denna sin möjlighet. Hur vanligt förekommande är det med mål där 2 kap. i RF åberopas? Vilka rättigheter förekommer? Hur behandlar domstolarna rättighetsfrågan? I avsnittet redovisas också i vilken mån domstolarna har tillämpat Europakonventionen efter det att konventionen och dess praxis 1995 fick status av svensk rätt. Vilka rättigheter förekommer i detta sammanhang? Hur vanligt är det att nationella domstolar använder Europadomstolens praxis i sina domskäl? Diskussionen fokuserar på de inledningsvis ställda frågorna om rättighetsskyddets omfattning och styrka, prövningens innehåll och begränsningar.

Lagprövningsrätten (RF 11:14) som ligger till grund för domstolarnas tillämpning av rättigheterna är tänkt att utövas *ex officio*. Dock skall den inte anses ingå i den mera normala tillämpningen av föreskrifter. Tvärtom skall den användas om en påstådd normkonflikt uttryckligen åberopas som grund för ett yrkande *eller* om det finns särskild anledning att förmoda att det finns en konflikt mellan normer. En restriktiv syn på denna rätt kan därmed sägas vara utgångspunkten, vilket också framgår av förarbetena till stadgandet. Frågan som väcks är hur hållbart detta synsätt (restriktivitet från domstolarna) är för framtiden med tanke på det alltmer ökade inflytande som EG-rätten och Europakonventionen har på svensk lag. En annan fråga är i vilken mån detta stadgande måste användas när prövningen sker mot rättigheter i Europakonventionen.

Materialsamlingen är gjord i samband med en rapport som avlämnats till Justitiedepartementet i juni 2003.<sup>7</sup> De synpunkter och slutsatser som framförs är dock författarens egna.

#### *Material och studiens omfattning*

Det material som ligger till grund för denna uppsats består av 131 rättsfall (men 151 avgöranden) från svenska domstolar. Av dessa kommer 71 fall från HD och 38 fall från Regeringsrätten. 22 fall avser lagakraftvunna mål från hovrätterna. Kammarrättsavgöranden ingår inte i studien såvitt de inte har tagits upp av Regeringsrätten.) I uppsatsen ges exempel på rättsfall vilka ingår i denna materialsamling.

De svenska rättsfall som omfattas är utvalda genom sökningar i två rättsfallsdatabaser i Rättsbanken: *HD 1960- och hovrätterna 1980- (fulltext)* och *Regeringsrätten (kortform och fulltext)*. Databaserna innehåller digitala versioner av referat och notiser i Nytt juridiskt arkiv (NJA, med rättsfall från Högsta Domstolen), Rättsfall från hovrätterna (RH) och Regeringsrättens årsbok (RÅ). Alla sökningar är avgränsade i tiden till att avse avgöranden under åren 1995 till och med 2002.

Det torde vara värt att anges att det avgörs flera tusen mål per år i respektive domstolar. I hovrätterna avgjordes t.ex. under år 2000 22 287 mål, under år 2001 21 369 mål och under år 2002 21 926 mål. I HD avgjordes under år 2000 5 165 mål, år 2001 5 005 mål och under år 2002 4 487 mål. I Regeringsrätten avgjordes t.ex. under år 2000 9 002 mål, år 2001 8 569 mål och under år 2002 8 080 mål. En stor del av målen avslås emellertid och prövas alltså inte i sak.<sup>8</sup>

### *Tidigare studier*

År 1988 presenterade Håkan Strömberg en undersökning i Förvaltningsrättslig tidsskrift om normprövning i nyare rättspraxis. Studien omfattade inte Europakonventionen. En av hans slutsatser var att domstolarna i mycket få fall underlåtit att tillämpa lagar till skillnad från lägre föreskrifter. Han menade också att normprövningsfallen var fler från Regeringsrätten än från HD och att största gruppen av fall rörde skatter och avgifter. Slutligen undrade Strömberg om HD såg ”som sin främsta uppgift att vara ett värn för medborgarnas rättssäkerhet eller att fungera som maktens förlängda arm” (Strömberg 1988, s. 143).

Tio år senare skrev Iain Cameron en uppsats om hur svenska domstolar tillämpat konventionen efter dess införlivning i svensk rätt. Undersökningen byggde på 42 publicerade rättsfall. Han menade bl.a. att konventionen 3 år efter att den införlivats fått betydelse för flera olika rättsområden. Detta gäller för t.ex. familjerätten, straffrätten och bolagsrätten. Cameron menade också att konventionen redan var ”a living part of the Swedish legal system, and as regards the courts, more relevant, or at least more often invoked, than the national rights catalogue in Chapter 2 of the Instrument of Government” (Cameron 1998, s. 43).

### **Vilka rättigheter förekommer?**

#### *Rättigheter som återfinns i både RF och i Europakonventionen*

Här redovisas de mål som rör liknande bestämmelser i RF och i Europakonventionen. De åberopas inte alltid parallellt utan ibland förekommer enbart ett av regelverken. Rättigheterna som avses är yttrandefriheten (RF 2:1 och artikel 10), retroaktivitetsförbudet/legalitetsprincipen (RF 2:10 och artikel 7) samt äganderätten (RF 2:18 och artikel 1 första tilläggsprotokollet).

Yttrandefriheten behandlas i sex fall vid *allmän domstol* (se RH 1997:47, NJA 1996 s. 577, NJA 1998 s. 838, NJA 1998 s. 817, NJA 2002 s. 314 och NJA 2001 s. 409). Av dessa mål är fyra brottmål och avser hets mot folkgrupp, brott mot förbudet mot politisk uniform, brott mot lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, och publicering av integritetskränkande och andra personuppgifter på Internet. De återstående två målen rör verkställighet av en utländsk skadeståndsdom samt skadestånd för förtal i tv-program.

Den straffrättsliga legalitetsprincipen förekommer i tre mål i *hovrätten*;

de gäller räckvidden av straffansvaret för tjänstefel, behandling av handlingar som utgör ett brott men begåtts före och efter straffskärpning och frågor om preskription och tillämplig lag (se RH 1996:133, RH 2002:24 och RH 2002:70). I ett mål i *förvaltningsdomstol* rörande vandelsprövning för förarlegitimation prövades om RF 2:10 kunde anses tillämplig analogt som en särskild rättsverkan för brott på ett utfärdat yrkesförbud. Detta ansågs inte vara fallet (se RÅ 1995 not 178).

Förbudet mot retroaktiv skattelag förekommer i fyra mål i *allmän domstol*. Frågan gällde (i samtliga fall) om ställföreträdare för juridiska personer kunde åläggas personligt betalningsansvar för skatter och avgifter enligt en ny regel, som enligt övergångsbestämmelserna skulle vara tillämplig även på fall där skatter eller avgifter förfallit till betalning före lagens ikraftträdande (se NJA 2000 s. 132, NJA 2000 C 61, NJA 2001 C 31 och NJA 2002 C 21).

I Barsebäck-målet diskuterade Regeringsrätten mer allmänt legalitetsprincipen utan att finna att vare sig RF 2:10 eller artikel 7 var tillämpliga (se RÅ 1999 ref. 76).

Äganderätten är den mest förekommande rättigheten i denna grupp och den berörs av så många som 25 mål. Av dessa behandlades 18 fall i *Regeringsrätten* och sju i *allmän domstol* (varav sex i HD). Av de mål som förekommer inför Regeringsrätten tog 15 mål sin utgångspunkt i rättsprövningslagen. Dessa rörde t.ex. beslut om naturreservat, strandskyddsdispens, detaljplan, områdesbestämmelser eller fastighetsplan, bygglov eller fastighetsbildning. I övrigt rörde målen inför Regeringsrätten diskriminering av personer mantalsskrivna i utlandet ifråga om församlingsskatt samt avvecklingen av Barsebäck (se RÅ 1997 ref. 6 samt RÅ 1999 ref. 76).

Målen i allmän domstol rörde olika fastighetsrättsliga frågor. De berörde tvångsrätt enligt vattenlagen, omarrondering av fastigheter, ändring av servitut, organiserad försränning på annans mark, arrendenämnds behörighet att pröva villkor om mjölkkvot, plan- och bygglagen (1987:10), PBL, samt resningsansökan ifråga om en dom i Marknadsdomstolen.

## 2 kap. RF

Nedan återges de mål vilka *enbart* berör rättigheter i RF. Långt ifrån samtliga stadganden kommer ifråga. De som är ifråga rör skyddet mot integritetskränkande ADB-registrering (RF 2:3 stycke två), skyddet mot husrannsakan (RF 2:6), förbudet mot diskriminering på grund av bl.a. etniskt ursprung (RF 2:15), allas tillgång till naturen enligt allemansrätten (RF

2:18 stycke tre), upphovsrätten (RF 2:19) och näringsfriheten (RF 2:20 stycke ett). Av de i RF angivna rättigheterna (23 stycken) har med andra ord sex stadganden prövats i inhemska domstolar (förutom vad gäller yttrandefriheten, legalitetsprincipen och äganderätten som finns med i både RF och i konventionen). Några rättigheter som inte har förekommit alls under den ifrågavarande perioden är t.ex. religionsfriheten (RF 2:1 punkten 6), skyddet mot frihetsberövande och rörelsefriheten (RF 2:8) samt näringsfriheten (RF 2:20).

Två mål skall återges lite närmare. I ett mål (se RÅ 1999 not 234) som hamnade i Regeringsrätten behandlades RF 2:15. I målet var det fråga om rättsprövning av ett beslut att upplåta statlig mark inom en samebys renbetesområde i syfte att bygga ett observatorium. Samebyn invände att de ägde marken ifråga – alternativt att de hade en stark nyttjanderätt till den – och att deras rätt inte bedömdes ha samma betydelse som andra rättssubjekts motsvarande rättigheter. Domstolen fann att rennäringslagen (1971:437) uttömmande fick anses reglera äganderätten till marken. Det fanns inget i utredningen som visade att någon annan grundlagsbestämelse hade överträtts.

I ett mål rörande allemansrätten (se NJA 1996 s. 495) hävdade en markägare att forsränning som svaranden organiserade på hans fastighet gick utöver vad han måste tåla på grund av allemansrätten. Domstolen fann att utnyttjandet i förvärvssyfte och i den omfattningen hade inneburit avsevärda skador och olägenheter för markägaren i strid med vad allemansrätten innebär.

### *Europakonventionen*

Det är betydligt vanligare att inhemska domstolar (och parter i processer) åberopar konventionen och dess tilläggsprotokoll än rättigheterna i RF. Av sammanlagt 25 rättigheter (artiklar som behandlar rättigheter) förekommer åtta rättigheter i svenska domstolar (förutom yttrandefriheten, legalitetsprincipen och äganderätten som finns med i båda regelverken). De olika rättigheter som skyddas av artikel 6 förekommer flest antal gånger.

I två mål behandlades *artiklarna 2 och 3* i samband med framställning om utlämning. HD konstaterade att det inte förelåg något hinder för utlämning på grund av förbuden mot dödsstraff och tortyr m.m. (se NJA 1999 C 57 och NJA 2001 C 43).

*Artikel 5* som behandlar skyddet mot frihetsberövande förekommer i två mål. Det första målet rörde en resningsansökan från en person som va-

rit häktad en längre tid utan att tiden hade avräknats från fängelsestraffet (se NJA 2001 C 9). Enligt föredraganden i målet stred detta mot artikel 5 och denne anförde att ett ”sådant brott mot konventionen skall domstol förhindra.” HD beviljade resning och räknade av viss tid från fängelsestraffet. Det andra målet rörde utlämning till Polen (se NJA 2002 C 20). HD fann utan närmare motivering att ett beslut om häktning i Polen inte ansågs strida mot artikel 5 (eller artikel 6).

I hela 15 fall förekommer rätten till domstolsprövning enligt *artikel 6*. Åtta fall är från *allmän domstol* och sju från *förvaltningsdomstol*.

Vissa av målen rörde frågan om taleberättigade. Detta gäller t.ex. ett mål från Regeringsrätten angående yrkesfiskare (se RÅ 1997 ref. 38). Frågan som prövades var om de var så berörda av ett beslut i Koncessionsnämnden att de hade rätt att överklaga detta. En annan sorts mål handlar om avsaknad av rätt att överklaga. I ett mål uppkom frågan om Resegarantinämnden var en domstol i enlighet med artikel 6. Regeringsrätten fastställde kammarrättens dom (se RÅ 2002 ref. 104). I denna anförde kammarrätten bl.a. att mot bakgrund av nämndens sammansättning och i enlighet med praxis från Europadomstolen nämnden fick anses tillgodose kraven i artikel 6. I vissa sammanhang kommer artikel 6 in i diskussionen när det rör frågan om domstol skall anses behörig pröva en tvist. Detta gällde t.ex. i ett mål om krav på utbetalning av presstöd (se NJA 2002 s. 288). En tidning ansökte om att utfå resterande del av presstöd inför allmän domstol. Normalt sett betalades stödet ut av Presstödsnämnden. HD ansåg i och för sig att Presstödsnämnden utgjorde ett sådant organ som är att likställa med en domstol enligt konventionen. I målet ansågs dock inte nämnden kunna inta sådan opartiskhet som krävs eftersom den var målsägande i ett tidigare brottmål där tidningen fällts för bedrägeri vad gäller utbetalning av del av det ifrågasatt stödet. Frågan blev då vilken domstol (allmän eller förvaltningsdomstol) som skulle pröva målet.

När det gäller övriga rättigheter enligt artikel 6 så förekommer rätten till oavhängig och opartisk domstol i nio fall, rätten till muntlig och offentlig förhandling i hela 30 fall, rätten till en rättvis rättegång i 16 fall, rätten till rättegång inom skälig tid i fyra fall, rätten att betraktas som oskyldig i fem fall och slutligen vissa minimirättigheter i brottmål i nio fall. Sammantaget är det denna artikel som dominerar till sin förekomst.

Vad gäller den första måltypen så uppkommer den i regel i samband med jävsinvändning. I tre mål ifrågasatte t.ex. den tilltalade rätten som helhet då den först beslutat om rättspsykiatrisk undersökning och därefter

återupptagit huvudförhandlingen för att ta ställning till ny bevisning (se NJA 1998 s. 82, RH 1997:74 och RH 2001:23).

Den andra måltypen rör mestadels rätten till muntlig förhandling som enligt klagomål till överrätten borde ha hållits i underrätt. I ett brottmål (se NJA 2000 s. 661) hade det dock varit huvudförhandling utan att den tilltalade personligen hade varit närvarande.

De mål som behandlar rätten till en rättvis rättegång har olika karaktär. I det s.k. Volvomålet prövades om det skulle strida mot denna rätt att verkställa ett skattetillägg innan beslutet vunnit laga kraft (se RÅ 2000 ref. 66 I). Domstolen fann att det inte förelåg hinder för verkställighet under förutsättning att ”den enskilde i efterhand har möjlighet att få saken prövad av en domstol som fullt ut kan tillgodose de rättssäkerhetsgarantier som uppställs i artikeln, dels möjlighet finns att undvika att verkställigheten medför att rättsläget överhuvudtaget inte kan återställas i den efterföljande domstolsprövningen”. I vissa mål uppkommer frågan om det förelegat ett s.k. kontradiktoriskt förfarande (se NJA 1995 C 59, NJA 1996 s. 343, NJA 1998 s. 278, NJA 1998 A 1, NJA 2000 C 48, och RH 1998:6). Slutligen förekommer det mål som rör rätten att inte belasta sig själv. I ett mål från Regeringsrätten invände två bolag som inte följt ett föreläggande från skattemyndigheten om att lämna ut handlingar för skatterevision mot att det stred mot denna rätt (se RÅ 1996 ref. 97). Ansökan om revision innebar enligt bolagen att de misstänktes för brott och att artikel 6 därför hindrade myndigheterna från att utfå handlingarna. Domstolen ansåg inte att artikeln var tillämplig och inte heller att omfattningen av ett eventuellt skydd (analogt) skulle hindra myndigheterna från husrannsakan i syfte att erhålla visst material för skatteutredning.

Oskuldspresumtionen behandlas i bl.a. mål om skatter och skattetillägg (se RÅ 2000 ref. 66 I och II, RÅ 2000:70 och RÅ 2002 ref. 55) men också i ett mål avseende resning och domvillobesvär (se NJA 2000 C 49). I det senare målet handlade det om domskäl som var besvärande för de som anfört besvär till HD. Det fanns antecknat i domskälen till en i övrigt friande brottmålsdom att de begått brott mot griftefriden enligt Brottsbalken men att brottsligheten var preskriberad. HD ansåg dock att den hade ”betydande utrymme att ingå i prövning av en sådan fråga i den mån domstolen anser att den har betydelse för bedömningen av det mål som domstolen har att avgöra”. Av denna anledning vann inte resningsansökan bifall.

De minimirättigheter i brottmål som har behandlats rör bl.a. rätten till underrättelse om anklagelse för brott och rätten att få tillräcklig tid och

möjlighet att förbereda sitt försvar (se NJA 1996 s. 27 och NJA 1996 s. 471). Rätten till bistånd av advokat förekommer i ett fall (se NJA 2001 s. 344) och i två fall behandlas anonyma uppgifter (se NJA 1998 s. 204 och RH 2001:71).

*Artikel 8* aktualiseras både i fall som rör privatlivet och sådana som rör familjelivet. Ett fall rörde hur s.k. överskottsinformation från telefonavlyssning fick användas i samband med uteslutning av advokat ur Advokatsamfundet (se NJA 2001 s. 535). Informationen tjänade som underlag för ingripandet mot denne. HD fann, bl.a. mot bakgrund av att disciplin-nämnden upptagit ärendet efter underrättelse från domstol, att det inte kunde antas att nämndens behandling av ärendet innebar ett åsidosättande av konventionen. I två fall behandlades artikeln i samband med utlämning (se NJA 1999 C 45 och RH 2002:42) och i två fall omnämndes den i samband med behandlingen av artikel 10 (yttrandefriheten) och de begränsningar som tillåts i denna artikel (se NJA 2001 s. 409 och RH 1999:97).

Rätten till ett effektivt rättsmedel enligt *artikel 13* förekommer i tre fall (se NJA 1996 C 8, NJA 2001 C 49 och RÅ 2002 not. 75). Det ena fallet har behandlats tidigare och rörde en resningsansökan och domvillobesvär. Ett av de övriga målen rörde rättsprövning av beslut om antagande av fastighetsplan. Domstolen ansåg inte skäl att närmare utreda frågan om artikel 13 blivit kränkt.

I fem fall behandlas förbudet mot diskriminering enligt *artikel 14* och det i samband med yttrandefriheten och äganderätten. Ett av målen som rörde yttrandefriheten (vilket inte tidigare är omnämnt) handlade om publicering på Internet (se NJA 2001 s. 409). Innebar undantaget från straffansvar vid publicering av personuppgifter på Internet för uteslutande journalistiskt ändamål att journalister åtnjuter högre grad av yttrandefrihet än andra? Domstolen svarade nekande på den punkten. De mål som rörde äganderätten togs upp av Regeringsrätten. Ett av målen avsåg taxeringsbeslut grundat på lagstiftning som åtskilde mantalsskrivna från icke-mantalsskrivna för skattelindring av församlingsskatt (se RÅ 1997 ref. 6). Ett annat rörde turordningen för att stänga kärnkraftverk i Barsebäckmålet (se RÅ 1999 ref. 76). Slutligen togs artikel 14 upp i ett mål om förhandsbesked enligt PBL (se RÅ 1997 not 96). Fastighetsägaren anförde att han diskriminerats i förhållande till grannar när det gällde villkor för bygglov.

Den sista konventionsrättigheten som behandlas rör rätten att inte åtalas på nytt i samma sak enligt *artikel 4 tilläggsprotokoll 7*. I fem fall har

det s.k. dubbelbestraffningsförbudet återopats. Tre av målen avsåg frågor om skatter (och skattetillägg) i kombination med skattebedrägeri (se NJA 2000 s. 622 RH 2000:61 och RÅ 2000 ref. 79). De två övriga målen behandlade återkallande av körkort som en följd av dom för grovt rattfylleri och olovlig körning respektive vårdslöshet i trafik (se RÅ 2000 ref. 65 och RÅ 2000 not 203).

I de flesta fall uppkommer frågan om tillämpningen av en rättighet först i HD eller i Regeringsrätten. I HD förekommer det i 39 procent av fallen att part för rättigheten på tal och i Regeringsrätten aktualiserar parten frågan i hela 55 procent.

Det är vanligt förekommande att domstolarna, i den mån konventionen återopas, refererar till praxis från Europadomstolen. Det är inte heller ovanligt att det refereras till doktrin (såsom Danelius bok *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*), svenska förarbeten eller rättsfall där frågan tidigare behandlats. I enbart 28 procent av de mål som förekommer i denna uppsats (och där fri- och rättigheter diskuteras) refereras uttryckligen till sådan praxis. Det förekommer ibland att hänvisningen till praxis sker genom en s.k. andrahandskälla. Sammanlagt återopas 75 stycken olika avgöranden från Strasbourg (av dessa är 72 avgöranden från Europadomstolen).

Av materialet ovan framgår att regeringsformens genomslag i rättstillämpningen varit betydligt mindre än konventionens. Detta gäller både rättigheterna som sådana men också det antal mål i vilka rättigheterna prövas. Flera rättigheter av stor betydelse för rättsstaten prövas sålunda enbart utifrån konventionsperspektivet. Framst gäller detta för de rättssäkerhetsgarantier som uppställs i artikel 6 (rätten till domstolsprövning, till en oavhängig och opartisk domstol, rätten till en rättvis rättegång m.m.) men också förbudet mot diskriminering enligt artikel 14. Undantaget gäller för äganderätten som också är vanligt förekommande i inhemsk praxis; denna skyddas ju av både RF och Europakonventionen. En sista anmärkning som bör göras rör vilka sakfrågor som behandlas. Av redovisningen framgår att det rör sig om flera olika rättsområden. Det handlar inte enbart om skatter och avgifter utan om t.ex. processuella, fastighetsrättsliga, straffrättsliga och kanske främst förvaltningsrättsliga frågor. Domstolarnas behandling av rättigheterna berör med andra ord flera viktiga rättsområden.

## Hur behandlar domstolarna rättigheterna?

Rättigheterna har aktualiserats på olika sätt. I vissa fall behandlas de kortfattat och utan att utgången påverkas. I andra fall görs mer noggranna genomgångar av rättsläget, vilket också kan medföra att utgången i målet påverkas. Frågan är hur en eventuell konflikt mellan en föreskrift på lägre nivå och en grundlagsregel (eller regel i Europakonventionen) skall hanteras. Enligt propositionen om inkorporeringen av konventionen (prop. 1993/94:117 s. 35 f.) skall en domstol (eller myndighet) som ställs inför ett påstående om en konflikt mellan nationell föreskrift och *konventionen* hantera frågan i olika steg.

Först skall man analysera de båda lagrummen för att förvissa sig om en konflikt verkligen är för handen. Härfter, om det fortfarande finns tvekan, skall principen om fördragskonform tolkning tillämpas. Detta innebär att den lägre föreskriften om möjligt skall tolkas så att den inte strider mot överordnade normer. Om det inte går att tillämpa denna princip – och det visar sig föreligga en konflikt – måste konflikten lösas enligt någon erkänd metod. (Propositionen anger t.ex. *lex posterior* – principen, *lex specialis* – principen samt den om att regler om mänskliga rättigheter på grund av sin karaktär bör ges särskild vikt.) Slutligen om det rör sig om en konflikt mellan grundlag och föreskrift på lägre nivå tillämpas RF 11:14. I denna situation gäller det att konflikten måste vara uppenbar för att domstolen skall kunna åsidosätta att tillämpa den lägre föreskriften.

Flera mål (23 stycken) ingår inte i analysen. Detta beror bl.a. på hur de åberopas i processen. I vissa sammanhang anses inte rättigheten tillämplig. I andra sammanhang finns det inte anledning att pröva frågan om en konflikt föreligger.

När det gäller den första frågan – om det föreligger en konflikt – ansåg domstolarna i ett stort antal mål (hela 70 stycken) att någon sådan inte var för handen. Domstolarna ägnade sig åt frågeställningen i olika grad. I vissa fall handlade det om obefogade påståenden vilka avfärdades snabbt. Ibland tvingades domstolen till att fördjupa sig i frågan och t.ex. titta närmare på praxis från Europadomstolen. I 64 av dessa mål innebar detta att den som hade haft fördel av att rättigheten getts företräde ”förlorade” målet. Av dessa 64 mål rörde 14 äganderätt enligt konventionen och/eller RF, nio avsåg rätten till muntlig och offentlig förhandling, 23 rörde andra rättigheter enligt artikel 6 och 18 rörde andra rättigheter i konventionen eller RF. I de resterande sex målen innebar konstaterandet att part drog fördel av domstolens ställningstagande.

Nästa fråga är om konflikten går att undvika genom tolkning. I 46 av de undersökta fallen använde sig domstolarna av fördragskonform tolkning (eller motsvarande för RF). Ibland är det tveksamt om rättigheten påverkade själva tolkningen eftersom det inte alltid framgår av domskälen om någon konform tolkning gjorts. Emellertid omnämns rättigheten i samband med själva tolkningen av den föreskrift som var ifråga varför man får utgå från (med tanke på utgången i respektive mål) att en sådan bedömning faktiskt gjorts. De rättigheter som kommer ifråga här är bl.a. äganderätten, rätten till muntlig och offentlig förhandling, rätten till ett kontradiktoriskt förfarande, rätten till prövning av oberoende och opartisk domstol samt övriga rättigheter enligt artikel 6.

I två fall ingick fördragskonform tolkning som ett led i beaktandet av den EG-rättsliga regleringen (med hänvisning till Europakonventionen) som låg till grund för den svenska lagstiftningen som prövades. Målen rörde åtal för publicering av personuppgifter på Internet samt fråga om arrendenämnds behörighet att pröva villkor om mjölkkvot (se NJA 2001 s. 409 och (hovrätten i) NJA 2000 s. 100).

I tolv mål kvarstod konflikten mellan en rättighet och en föreskrift på lägre nivå. I nio av dessa fall väcktes frågan om lagprövningsrätten enligt 11:14 även om det inte alltid uttryckligen sades så. I fem av dessa nio fall *underlät* domstolen att tillämpa en föreskrift eftersom den stred mot grundlag. Ett av dessa mål avsåg förbudet mot politiska uniformer i vilket hovrätten fann att det inte tolkningsvägen gick att förena med RF 2:1 om yttrandefriheten. Som en följd av detta ogillades åtalet (se RH 1997:47). De andra målen där domstolen underlät att tillämpa en föreskrift rörde samtliga skattelagstiftning. Frågan gällde tillämpningen av övergångsbestämmelser till skattebetalningslagen (1997:483) och hur dessa kom att verka. De ansågs strida mot RF 2:10 stycke två som förbjuder retroaktiv skattelag (se NJA 2000 s. 132, NJA 2000 C 61, NJA 2001 C 31 och NJA 2002 C 21).

Av de mål som undersökts finns det inget fall där en domstol med uttryckligt stöd av RF 11:14 har underlåtit att tillämpa svensk lagstiftning som skulle anses strida mot Europakonventionen.

Däremot har domstolarna i fyra (av de nio målen ovan) *inte åsidosatt* en föreskrift eftersom kravet på uppenbarhet inte ansetts som uppfyllt. I de två första målen uttrycktes detta explicit. I det första fallet (se RH 1995:85) rörde det sig om talerätsregler i faderskapsmål och om dessa stred mot artikel 8. Hovrätten konstaterade att det saknades auktoritativa

uttalanden från Europadomstolen och att föräldrabalkens regler (FB 3:5) därför inte kunde anses uppenbart strida mot konventionen. I det andra fallet (se RH 2000:61) prövade hovrätten om det var uppenbart att skatte-tillägg stred mot förbudet inte nytt åtal för samma sak (artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet). Så menade man inte var fallet. De två övriga fallen rörde rätten till domstolsprövning.

I det första målet (det s.k. Stallknecht-målet, RÅ 1995 ref. 58) ansåg Regeringsrätten – mot bakgrund av europeisk praxis – det inte vara säkert om det slags talan som var ifråga i målet verkligen rörde en sådan civil rättighet som anges i artikel 6. Av denna anledning åsidosattes inte fullföljdsförbudet i förordningen ifråga. I det andra målet (RÅ 2002 ref. 104) – som också slutade i Regeringsrätten – hänvisades till kammarrättens bedömning om att Resegarantinämnden fick anses utgöra en sådan domstol som artikeln hänvisar till. Samtliga dessa mål rör konflikt mellan svensk lag och konventionen. Domstolarna har bedömt förenligheten med stöd av uppenbarhetsrequisitet, vilket författaren till denna uppsats ställer sig något frågande till. I samtliga fall prövades inhemsk lagstiftning tillkommen *innan* konventionen införlivades, vilket gör att RF 2:23 inte kan ges någon betydelse motsvarande den som domstolarna tycks ha gett den.

I ett av de tre resterande målen där en konflikt ansetts föreligga har den i ett fall lösts delvis genom EG-rättens företräde. Detta skedde i Lassa-gårdsfallet (RÅ 1997 ref. 65). Domstolen underlät att tillämpa ett fullföljdsförbud i en förordning under hänvisning till EG-rättens företräde framför svensk rätt. Någon prövning om föreskriften uppenbart stred mot EG-rätten (och därmed också artikel 6) var det inte fråga om.<sup>9</sup>

I de resterande två målen – i vilka svensk rätt *åsidosattes* – fanns inga uttryckliga hänvisningar till 11:14 (se RÅ 1997 ref. 6 och RÅ 2001 ref. 56). I det första fallet underlät Regeringsrätten att tillämpa en bestämmelse som innebar att personer skrivna utomlands diskriminerades då de inte kunde få lindring av församlingsskatten om de inte tillhörde Svenska kyrkan. Ett rättsfall från Europadomstolen åberopades dock.<sup>10</sup> I det andra fallet åsidosatte Regeringsrätten ett i lag intaget fullföljdsförbud som den ansåg strida mot rätten till domstolsprövning enligt konventionen.

Inte i alltför stor omfattning ges rättigheterna någon egentlig, saklig inverkan. I få fall påverkar de utgången av målen. Trots att de omnämns i flera fall (på initiativ av parterna eller domstolen) ges de alltså ingen saklig innebörd. Domstolarna tar mera sällan steget fullt ut och ifrågasätter de

regler de har att tillämpa. Om än att rättigheterna behandlas i ökad omfattning och i fler sammanhang än innan 1995 finns det med andra ord fortfarande en viss tendens till försiktighet från domstolarna. En fråga som därmed inställer sig är om Europadomstolen kompletterar denna situation.

## Sverige inför Europadomstolen

I avsnittet redovisas de svenska målen inför Europadomstolen och vilka rättigheter som behandlas. Vidare redovisas hur många förlikningar som staten har ingått och i vilka frågor detta ägt rum. En annan fråga som berörs är i vilken mån som staten blivit dömd att utge skadestånd för en konstaterad kränkning. En sista följdfråga är hur de fällande domarna följts upp nationellt. Vilka åtgärder har ansetts befogade att vidta efter det att staten fällts till ansvar? I samtliga fall där hänvisningar sker till rättsfall används enbart namnet på klaganden ifråga. Första gången ett rättsfall omnämns ges dess svenska officiella benämning i en fotnot.

### Vilka mål är det?

#### *Allmänt*

Sverige godkände som sagt inledningsvis Europadomstolens kompetens 1966, dvs. 13 år efter det att konventionen trädde i kraft (prop. 1966:33). Till en början förekom det inte några svenska mål inför domstolen. Det förekom inte så många andra mål i övrigt heller. Först 1976 i Svenska Lokmannaförbundet prövades om staten hade kränkt en fackförenings rätt att sluta kollektivavtal enligt artikel 11. Målet var det tjugonde i ordningen för domstolen, som emellertid friade Sverige från ansvar.<sup>11</sup>

Fram till den 12 november 2002 har 42 mål avdömts *i sak* mot Sverige.<sup>12</sup> I 26 mål har fällande dom meddelats på en eller flera av de punkter vilka varit uppe för prövning. I 16 mål har staten med andra ord friats helt och hållet.<sup>13</sup> Utöver detta finns det åtta förlikningar mellan åren 1984 och 2002 vilka ingåtts efter det att domstolsförhandling påbörjats. Fem av dessa ägde rum under 2000-talet.

Det bör redan här sägas att de flesta mål mot Sverige otvetydigt rör artikel 6. (Jämför med vad som sagts om målen inför de svenska domstolarna.) De frågor som kommit upp rör rätten till domstolsprövning, rätten till muntlig förhandling, rätten till oavhängig och opartisk domstol, rätten till

rättegång inom skälig tid samt rätten till effektiv domstolsprövning. Likaså förekommer artikel 8, som bl.a. behandlar rätten till skydd för privat- och familjeliv, artikel 13 som behandlar rätten till ett effektivt rättsmedel och artikel 1 första tilläggsprotokollet som rör äganderätten.

### *Närmare om målen*

Till en början kan det vara av intresse att se *när i tiden* målen har förekommit. Mellan åren 1987 och 1992 prövades t.ex. hela 21 mål (i sak) mot Sverige. Med andra ord var det hälften av alla mål mot Sverige som förekom under denna sexårsperiod. Sverige hade ännu inte införlivat konventionen med svensk rätt. Av dessa mål var det 16 fall i vilka kränkningar ansågs förekomma (76 procent). I 15 av de 21 fallen förekom artikel 6 och i två av dessa friades staten från ansvar. (De målen rörde rätten till muntlig förhandling i hovrätten.) Efter denna intensiva period och efter det att konventionen blev svensk lag blev fällningarna färre. Mellan åren 1994 och 1997 prövades t.ex. sex mål mot Sverige och staten friades i fem av dessa mål. Det mål i vilket staten fälldes avsåg rätten till muntlig förhandling i Regeringsrätten enligt artikel 6. Mellan åren 1995 och 2002 förekom det 20 mål mot Sverige (varav 6 förlikningar och ett mål som inte togs upp till prövning). Under 2000-talet (och så långt som denna uppsats redovisar praxis) har det inte varit fråga om så många konstaterade brott mot konventionen. Däremot har flera förlikningar ingåtts under denna tid efter påbörjad domstolsförhandling.

Vad avser *inhållet* i de olika domarna kan konstateras att domstolen prövat både yttrandefriheten (artikel 10) och föreningsfriheten (artikel 11) utan att konstatera någon kränkning. Detta ägde bl.a. rum i Leander<sup>14</sup> (som rörde yttrandefriheten) respektive Svenska Lokmannaförbundet, Schmidt och Dahlström<sup>15</sup> samt Gustafsson<sup>16</sup> (vilka rörde föreningsfriheten).

Europadomstolen har vidare inte tagit ställning överhuvudtaget i frågor som rör rätten till liv (artikel 1), förbudet mot tvångsarbete (artikel 4) och förbudet mot retroaktiv strafflag (artikel 7). Likaså har inte de tilläggsprotokoll som anger ytterligare rättigheter prövats i någon större omfattning med undantag för bl.a. äganderätten (artikel 1 första tilläggsprotokollet).

Om vi inleder med att beröra de mål i vilka staten förklarats ha *kränkt* konventionen kan följande sägas. Först och främst handlar det om en rad mål angående artikel 6. Som ovan visats förekom de flesta av dessa mål

under en viss angiven period. Mellan åren 1987 och 1992 förekom det sålunda 13 fällningar rörande denna artikel. Största delen av samtliga mål i denna del rör rätten till domstolsprövning (tolv fall<sup>17</sup>). I fem mål har Sverige ansetts brutit mot rätten till muntlig förhandling<sup>18</sup> och i två mål har rätten till en oavhängig och en opartisk domstol förklarats kränkt.<sup>19</sup> Slutligen rör de övriga konstaterade kränkningarna rätten till rättegång inom skäligen tid<sup>20</sup> (tre fall) och rätten till effektiv domstolsprövning<sup>21</sup> (två fall).

I övrigt har Sverige fram till utgången av 2002 fällts i ett fall för brott mot artikel 5 vad avser rätten att ställas inför en domstol efter frihetsberövande,<sup>22</sup> i fyra fall för brott mot artikel 8 vad avser omhändertaganden av barn,<sup>23</sup> i ett fall för brott mot artikel 14 vad avser diskriminerande skattelag<sup>24</sup> och i två fall slutligen för brott mot första tilläggsprotokollets artikel 1 vad avser expropriationstillstånd och byggförbud i kraft under lång tid samt den tidigare nämnda skattelagen.<sup>25</sup>

De mål som prövats i sak men *inte ansetts utgöra något brott* mot konventionen berör ytterligare rättigheter än som beskrivits ovan. Jag skall här ge ett par exempel på frågor som prövats men som inte har ansetts utgöra något konventionsbrott. För det första har domstolen prövat ett klagomål rörande artikel 3 i samband med avvisningsbeslut enligt utlänningslagen (1989:529).<sup>26</sup> Frågan rörde om klaganden som avvisats riskerade att utsättas för behandling i strid med artikeln om beslutet verkställdes.<sup>27</sup> Efter en noggrann genomgång av samtliga fakta i målet fann domstolen att det inte fanns grund för klagomålet.

Vid hela sju tillfällen har artikel 13 prövats utan att brott har ansetts föreligga.<sup>28</sup> Artikeln anger rätt till effektivt rättsmedel. I några fall har domstolen prövat om den inhemska rättsprocessen varit i enlighet med artikel 13 (Svenska Lokmannaförbundet och Olsson). I Leander prövades om Rikspolisstyrelsen och kammarrätten samt JO och JK utgjort ett tillräckligt rättsmedel för klaganden. I Anne-Marie Andersson slutligen ansåg domstolen att klaganden inte kunnat visa att hon på rimliga grunder fått rätten till privatlivet kränkt.

I fyra fall har domstolen slutligen bedömt äganderätten enligt första tilläggsprotokollet utan att konstatera kränkning.<sup>29</sup> I samtliga av dessa fall har man däremot fällt staten för brott mot artikel 6 (rätten till domstolsprövning). Målen rörde indragning av utskänkningstillstånd, långvarigt byggnadsförbud, avslag om förvärvstillstånd för köp av jordbruksfastighet och indragning av tillstånd att utvinna grus. Sammanfattningsvis lät domstolen staten dra fördel av ett s.k. vitt tolkningsutrymme. De faktorer som

tycks ha avgjort utgången i respektive mål var olika. En klagande hade t.ex. köpt sin fastighet medveten om byggförbudet och det kunde likaså omprövas med jämna mellanrum. De klaganden som hade köpt jordbruksfastigheten i ett annat mål erhöll ersättning som var "reasonable related to the value of the estate".

Slutligen *förlikningarna*. Under den undersökta perioden har staten ingått åtta förlikningar sedan klagomålen har kommit under domstolens prövning. Dessa förlikningar finns sålunda stadfästa genom dom. Förlikning kan förstås också träffas i ett tidigare skede i processen. Ofta sker detta genom en överenskommelse mellan parterna där eventuellt skadestånd inte publiceras. Det första målet förekom 1984 parallellt med McGoff som behandlade artikel 5:3 och tillåten tid för ett frihetsberövande utan domstolsprövning.<sup>30</sup> Klaganden erhöll ersättning för sina rättegångskostnader. Regeringen åtog sig också att bringa svensk rätt i överensstämmelse med konventionens rättigheter. År 1990 träffade staten ånyo en förlikning; denna gång i frågor som rörde omhändertaganden av barn.<sup>31</sup> Klaganden tillerkändes 225 000 kr jämte rättegångskostnader. En motsvarande förlikning (omhändertagande av barn) träffades 2000.<sup>32</sup> Klagomålet fördes av samtliga familjemedlemmar och avsåg ett av barnen. Skadestånd utgick med hela 2,1 miljoner kr. En förlikning från 1998 avsåg en iransk medborgare som avvisats och som slutade med att uppehållstillstånd beviljades.<sup>33</sup> Genom förlikningen utgick också ersättning för rättegångskostnader.

Under 2001 fastställdes tre förlikningar av domstolen.<sup>34</sup> Samtliga avsåg rättssäkerhetsgarantier i artikel 6 (rätt till domstolsprövning, rätt till förhandling inom skälig tid och rätt till muntlig förhandling). I målen utgick skadestånd med 65 000 kr, 20 000 kr respektive 35 000 kr. I en förlikning från 2002 som också rörde rätt till förhandling inom skälig tid enligt artikel 6 utgick ett skadestånd på 250 000 kr.<sup>35</sup> Tvisten hade pågått i över tio år när målet kom inför domstolen. Sammanlagt har skadestånd betalats ut till en summa om 2 695 000 kr.

#### **Skadestånd enligt artikel 41**

Enligt vad som följer av artikel 41 skall domstolen tillerkänna den förfördelade parten skälig gottgörelse under vissa förutsättningar. Förutom att det måste föreligga ett brott mot konventionen anges ett krav på nödvändighet och att den nationella rätten endast till en del medger att gottgörelse lämnas. I vissa situationer anses det därför inte erforderligt med skadestånd när domen i sig anses innebära en tillräcklig gottgörelse. Ibland har

de nationella myndigheterna också vidtagit åtgärder motsvarande gottgörelse varför någon sådan inte utgår enligt artikel 41. Om den enskilde t.ex. har erhållit straff lindring, eftersom det förflutit lång tid sedan brottet begåtts, kan denna faktor påverka Europadomstolens bedömning. I vissa situationer menar också domstolen att det är svårt att komma fram till ett korrekt belopp. Nedan skall redogöras för vilka skadestånd som utgått i enlighet med denna artikel.

I uppsatsen granskas inte den möjlighet som kan finnas att erhålla gottgörelse för konventionsbrott direkt grundat på konventionen, i nationell domstol (enligt artikel 13 som anger en rätt till ett effektivt rättsmedel). Genom bl.a. principen om att konventionen i första hand skall tillämpas av nationella domstolar (subsidiaritetsprincipen) och att Europadomstolen inte i *första hand* skall avgöra kränkningar med därpå följande skadestånd, har denna utveckling tagit fart (Crafoord 2001, s. 520 ff). I en nyligen i Stockholms tingsrätt avkunnad dom använde sig tingsrätten direkt av artikel 13 eftersom de svenska reglerna om skadestånd enligt skadeståndslagen inte medgav någon uttrycklig rätt till skadestånd (se dom 2003-12-03, T 4136-02). Domen är överklagad av JK.

Sammanlagt har svenska staten betalat ut 2 063 000 kr i skadestånd (för ideell eller ekonomisk skada) på grund av brott mot konventionen. Detta har skett i 15 fall (av sammanlagt 26 fällande domar).<sup>36</sup> Det högsta skadestånd som betalats ut är på 800 000 kr, vilket tillerkändes en av klagandena i Sporrong och Lönnroth. I övriga fall har klaganden tillerkänts ersättning för sina rättegångskostnader.

De mål där inget skadestånd utgått (trots att kränkning konstateras) rör t.ex. frihetsberövande i strid med artikel 5 (3)<sup>37</sup>, brott mot rätten till domstolsprövning enligt artikel 6<sup>38</sup> och brott mot rätten till opartisk domstol enligt artikel 6.<sup>39</sup> I McGoff yrkade inte klaganden på annan ersättning än för sina kostnader. I Allan Jacobsson yrkades skadestånd för bl.a. förlorad inkomst med 10 procent av egendomens värde som ett resultat av att byggförbudet var i kraft samt 213 000 kr som ersättning för sänkt levnadsstandard orsakad av att klaganden inte kunde underhålla sitt hus. Domstolen – som dömde för kränkning av rätten till domstolsprövning – fann att ”there is no causal link between the violation of Article 6 (...) and of any of the alleged pecuniary damages”.<sup>40</sup> Samma resonemang fördes i Håkansson och Sturesson.<sup>41</sup> I Holm – som rörde juryns sammansättning i en rättegång om förtal – yrkades på 400 000 kr utöver ersättning för rättegångskostnader. Domstolen menade att den inte kunde bedöma om

den nationella domstolen hade kommit till ett annat domslut om den be-  
stått av andra ledamöter. Oavsett detta ansåg den att domen i sig fick ut-  
göra skälig gottgörelse.<sup>42</sup>

Sammantaget utgår i regel skadestånd för konventionsbrott om inte do-  
men om kränkning i sig kan anses utgöra gottgörelse eller den enskilde ge-  
nom inhemska reglerna redan erhållit annan form av sådan gottgörelse.  
Denna kan t.ex. bestå av strafflindring. För svensk del är den framtida frå-  
gan i vad mån den enskilde skall kunna påräkna sådant stöd redan nation-  
ellt enligt den praxis som håller på att växa fram både i Europadomstolen  
men också i de svenska domstolarna. En sådan utveckling vore önskvärd  
av flera skäl. Det skulle möjliggöra (eller snarare framtvunga) nationella  
domstolar att i högre utsträckning ta med konventionen i beaktande när  
den prövar ett mål. Likaså skulle detta kunna föra med sig att färre mål  
kom inför Europadomstolens prövning.

### **Hur har målen följts upp?**

#### *Allmänt*

Av artikel 46 framgår att staten är bunden av Europadomstolens dom och  
att den skall rätta sig efter den. Samma artikel anger att det är Minister-  
kommittén som övervakar domars verkställighet. Eftersom varje dom är  
unik med tanke på de omständigheter som avhandlas krävs det också olika  
metoder för att följa upp en dom som innebär kränkning av konventionen.  
Vissa situationer kräver lagändringar och andra situationer kan innebära  
att domstolspraxis måste ändras. En annan metod att rätta sig efter en dom  
är att regeringen genom vad som stadgas i RF 11:6 styr sina myndigheter.

Den vanligaste formen för uppföljning för svensk del är att lag ändras.  
Detta framgår av de rapporter Sverige lämnar efter en fällande dom.<sup>43</sup>  
Ofta har denna dock korrigerats redan *innan* dom avkunnats eller under  
processens gång. En slutsats som möjligen kan dras av detta är att målen  
inte så mycket rör tillämpningen av lagen som själva dess utformning eller  
avsaknad av utformning. Oavsett om en dom innebär ett brott mot kon-  
ventionen eller inte följs den också upp genom bl.a. information till berör-  
da myndigheter. Domstolsverket publicerar t.ex. i *Domstolsverket infor-  
merar* rättsfall som berör Sverige. Sedan något år tillbaka utges också *Nytt  
från Europadomstolen* av samma myndighet där aktuell internationell och  
nationell praxis refereras. Även andra förvaltningsmyndigheter hålls un-  
derrättade och det ankommer på både Utrikesdepartementet och respekti-  
ve fackdepartement att svara för informationen.

### *Närmare om svensk uppföljning av Europadomstolens domar*

Nedan ges några exempel på hur uppföljning av vissa fällande domar gått till. Jag ger exempel på både lagstiftningsreformer (större som mindre) samt på andra tillvägagångssätt. Redovisningen är kronologisk.

Det var först efter tre fällande domar rörande rätten till domstolsprövning som nya regler infördes för att hindra att Sverige fälldes ånyo. Rättsprövningslagen genomfördes som en direkt följd av bl.a. Sporrong och Lönnroth. Lagstiftaren hade valt mellan en fortsatt områdesvis översyn av svensk lagstiftning och en mer generell lösning och valde den senare metoden. Emellertid förordades, enligt vad som framgår av en promemoria,<sup>44</sup> att man också skulle se över lagstiftningen områdesvis.

I två mål (Eriksson och Olsson II) fälldes staten för brott mot samma rättighet (rätten till domstolsprövning), men som en följd av hur dåvarande lag om vård av unga, LVU, var utformad. Efter Eriksson-målet trädde den nya LVU (1990:52) i kraft vilken bl.a. (§ 41) anger att länsrätten prövar en socialnämnds beslut om umgänge.

De förhållanden som prövades i Sporrong och Lönnroth och som avsåg äganderätten (långvariga expropriationstillstånd i förening med byggförbud) hade till viss del upphört att gälla när domen avkunnades i och med att den nya expropriationslagen (1972:719) trädde i kraft. Lagen gav fastighetsägaren en möjlighet att få tidsfristerna för väckande av talan avkortade. Någon rätt till skadestånd medgavs inte. Fem år efter domen trädde PBL i kraft, vilken innebär att möjligheterna att besluta om långvariga byggförbud reducerades. Darby redovisas längre ned.

Redan innan McGoff-målet avdömdes mot Sverige tillsattes en statlig kommitté i syfte att reformera rättegångsbalken, RB, vad gäller tidsgränser för frihetsberövanden utan domstolsprövning jämlikt artikel 5. År 1987 (tre år efter domen ifråga) infördes en tidsgräns om fyra dagar i RB 24:13. I samband med domen informerades polis, åklagare och domstolar om innehållet i domen.

Inte i något av de fyra fall som inneburit kränkning av rätten till familjeliv har själva lagstiftningen i sig kritiserats. Snarare har sättet för hur omhändertagandena av barn (och därpå följande beslut om umgänge och flyttningsförbud) ägt rum kritiserats; kravet på nödvändighet såsom det anges i artikel 8 har inte ansetts vara uppfyllt. I två fall har det dock ansetts sakna lagstöd för en begränsning av rättigheten (Eriksson och Olsson II). I samband med att nya LVU trädde i kraft 1990 infördes en regel som innebär att länsrätten fattar beslut om flyttningsförbud som skall ske enligt

socialtjänstlagen (§ 24) samt att socialnämnden minst vart tredje månad skall överväga om ett flyttningsförbud fortfarande behövs.

År 1988 fälldes staten för första gången för att inte ha tillgodosett rätten till muntlig förhandling i hovrätten enligt artikel 6 (Ekbatani). Redan 1984 ändrades RB (numera RB 51:13) rörande muntlig förhandling i hovrätt. Efter Helmers vidtogs inga förändringar av svensk lag. Slutligen vad gäller Fredin II från 1994 (muntlig förhandling enligt rättsprövningslagen) så ändrade Regeringsrätten sin praxis i överensstämmelse med praxis. Detta skedde i samband med att konventionen 1995 blev svensk lag.

Två år efter Langborger – som rörde Bostadsdomstolens sammansättning och om den uppfyllde kraven på opartisk domstol – infördes nya regler för att hindra att motsvarande situation skulle kunna uppstå igen. Reglerna återfinns i lag (1973:188) om arrendenämnder och hyresnämnder samt i lag (1974:1082) om bostadsdomstolen. Numera är Bostadsdomstolen avvecklad och Svea hovrätt prövar mål från hyresnämnderna (se lag (1994:831) om rättegången i hyresmål i Svea hovrätt).

Efter Holm 1993 – som avsåg juryns sammansättning i tryckfrihetsmål, alltjämt enligt kravet på opartisk domstol – vidtogs inga ändringar av svensk lag. Det ansågs räcka med de regler som fanns i RB 4:13 om domarejäv. Vidare kunde domstolarna använda sig av det prejudikat som Holm utgjorde. Frågan utreddes dock inom Regeringskansliet.<sup>45</sup>

Den lag som sattes ifråga i Darby (dissenterskattelagen) ändrades tre år innan staten fälldes i denna fråga, dvs. 1987. Ändringen innebar att en skattskyldig inte längre behövde vara mantalsskriven i landet för att åtnjuta förmånen av skattereduktion från Svenska kyrkan.

I tre mål har Sverige fällts för brott mot rätten till förhandling inom skälig tid. Det första målet från 1998 (Paulsen–Medalen), som rörde tidsåtgången i Regeringsrätten, resulterade i att resurser omfördelades från allmänna domstolar till förvaltningsdomstolar. Likaså tillsattes en domargrupp inom Domstolsverket med uppgift att se över målen i förvaltningsdomstolarna. Vad rör målen från 2002 (Janosevic m.fl.), som avsåg skattetillägg, så har en ny regel i taxeringslagen 5:14 införts från den 1 juli 2003 med innebörd att en enskild kan befrias från skattetillägg eller få jämkning om det har förflutit oskäligt lång tid efter det att skattemyndigheten har funnit anledning att anta att den skattskyldige skall påföras skattetillägg utan att den skattskyldige kan lastas för dröjsmålet.

Av ovan redovisade ser vi att svensk lagstiftning ändrats i en rad olika hänseenden på grund av fällande domar. Det rör sig regelmässigt inte om

några större reformer (undantaget rättsprövningslagen). Relativt sällsynta är de fall där enbart ändring av inhemsk praxis skett eller där ökade resurser utgått till t.ex. domstolarna som ett direkt resultat av en fällande dom. Europadomstolen har med andra ord i flera fall direkt påverkat utformningen av svensk lagstiftning. I större omfattning än vad som sker i svenska domstolar påverkas här den svenska rättens utformning.

## Slutsatser och utvecklingslinjer

I uppsatsen har jag visat att både nationella, men också internationella (Europadomstolen) domstolar, har betydelse för enskildas rättigheter. Domstolarna torde därmed vara de som i första hand fungerar som rättigheternas uttolkare. Övriga uttolkare (vars praxis inte omfattas av uppsatsen) är riksdagen och Lagrådet. Dessa båda (med olika grund och funktion) bedömer lagförslag som ännu inte beslutats eller trätt i kraft och inte heller tillämpats i ett enskilt fall. De är inte bundna av något uppenbarhetsrekvisit. Riksdagens och Lagrådets uppgifter är därför av förhållandevis olika karaktär om än att de fungerar parallellt med domstolskontrollen. I och med att domstolarna hanterar rättigheterna under det att underordnad lagstiftning tillämpas kan de utgöra den primära uttolkaren av rättigheterna. I denna fas blir därför rättigheterna praktiska och verkliga för enskilda. Denna motsvarande verkan kan inte uppnås genom att riksdagen eller Lagrådet granskar lagstiftning på förhand. Rättigheterna påverkas dock på längre sikt och i ett större perspektiv.

Uppsatsen ger vid handen att normkontrollen är en realitet idag om än med vissa tillkortakommanden. Tendensen torde vara en ökning av kontroll. Ökningen torde direkt kunna hänföras till Europakonventionens införlivande samt anslutningen till EU. I ett större perspektiv lever vi också i vad som kan benämnas en rättighetsepok. Frågan som man bör ställa sig är om detta leder till att rättigheterna får större betydelse materiellt sett. Blir rättigheterna med andra ord starkare och begränsningarna som tillåts färre? Jag tror inte att det är så. Snarare innebär nog allt detta att rättigheterna tolkas in i rättssystemet och den vägen får betydelse. Normkontrollen utövas till största delen av HD respektive Regeringsrätten och i de flesta fall som ett utslag av domstolarnas egen (*ex officio*) granskning. Parterna påverkar dock också denna prövning.

Strömbergs i inledningen omnämnda tes att HD fungerar som maktens förlängda arm torde inte längre stå sig. Trots att Regeringsrätten bedömer

många fall med rättigheter inblandade visas i uppsatsen att de allmänna domstolarna – i takt med praxis från Europadomstolen – konfronteras med konventionen i allt ökad grad. Allt fler aspekter på rättighetsskyddet aktualiseras i dessa domstolar. EG-rättens inflytande gör också sitt till. Att HD skulle bedöma frågorna annorlunda än Regeringsrätten finns det inget i uppsatsen som tyder på. Möjligen att HD kommer i kontakt med olika typer av frågor och rättigheter och härigenom tar en annan ställning, vilket kan leda till andra bedömningar.

Vidare visas i uppsatsen att RF inte har den praktiska betydelse för enskildas rättigheter som den borde/kunde ha. En fråga som bör ställas är om någon förändring bör ske och vilka skäl som talar för detta. Vad krävs för att ändra inställning till RF? En annan fråga som är intressant är varför RF inte används i den omfattning som skulle kunna vara möjligt.

Det finns olika skäl för att öka RF:s betydelse när det gäller tillämpningen av fri- och rättigheter. Bl.a. skulle detta kunna medföra en ökad medvetenhet kring konstitutionella frågor och värderingar. Det skulle lika så kunna innebära att grundlagens betydelse som normativt grunddokument ökar. Om grundlagen skall ges någon normativ verkan bör den kunna kompletteras med praxis som anpassas till tiden och omständigheterna, men med hänsyn tagen till grundlagens värderingar. Utan konstitutionell praxis blir det alltså lättare att få utrymme att förändra RF:s texter. Slutligen måste vi också i första hand ha ett fungerande rättighetsskydd på nationell nivå – oavsett om konventionen är införlivad eller ej. Det finns ett egenvärde i att lösa dessa frågor nationellt.

Vad krävs för att ändra inställning till 2 kap. RF? Möjligen att man bör fundera på om andra kapitlet behöver omarbetas. Om kapitlet vänder sig till såväl lagstiftaren som till rättstillämparen skulle det kanske ha en annan utformning: Mer fokus på rättigheter i stället för s.k. grundlagsförankring av vissa rättsområden. Vidare måste man ställa sig frågan om det behövs ytterligare rättigheter i RF (som t.ex. rätten till domstolsprövning och rätten till en rättvis rättegång). Dessa rättigheter har oerhört stor betydelse i bl.a. besparingstider; de bör fungera som en minsta nämnare och garanti för domstolväsendets funktion och kvalitet. I detta sammanhang uppkommer frågan om vissa rättigheter behöver omarbetas. Religionsfriheten i 2:1 som en absolut rättighet är närmast otidsenlig till sin utformning och stadgandet motsvaras inte av hur verkligheten är beskaffad. Äganderätten i 2:18 finner heller inte sin motsvarighet i europeisk praxis vad gäller t.ex. skyddet för lös egendom. En sista fråga som inställer sig i

detta sammanhang är om kapitlet behöver struktureras om. Skulle en annan utformning, mer i linje med konventionen, vara att föredra? Möjligen att inspiration också kan hämtas från EU:s stadga om grundläggande rättigheter. Slutligen en förändring som bör funderas över – och som är aktuell – är i vad mån uppenbarhetsrekvisitet i 11:14 skall tas bort. Är det möjligen denna reglering som hindrar grundlagen från att utvecklas och ges praktisk betydelse vad avser rättigheter? Många menar att så är fallet. Jag ställer mig dock något tveksam.

Varför används då inte 2 kap. RF i någon större omfattning? Ett svar, vilket närmast utgörs av ett cirkelresonemang, är att det saknas *praxis*. Ett annat svar är att respekten för *lagstiftaren* är stor och att utrymmet för att vägra tillämpning av vissa regler därför är litet. Slutligen skulle de kunna bero på avsaknad av respekt för själva *grundlagen*. Den är relativt ung och har ändrats relativt ofta (ur ett europeiskt perspektiv).

Europadomstolen fungerar som ett komplement till svenska domstolar. Om man inte får gehör i den interna rättsordningen kvarstår Strasbourg som en möjlig väg. De fall som inneburit att Sverige brutit mot konventionen är inte få idag. Hela 26 mål (mellan åren 1976 och 2002) talar om att vår rättsordning (och hur den har fungerat i praktiken) inte har hållit måttet. Denna siffra kan jämföras med de 8 fall som redovisas i uppsatsen i vilket lagstiftning (eller annan föreskrift) underkänts av nationella domstolar. Som följd av domarna från Strasbourg har lagstiftning ändrats. Många gånger har det rört sig om luckor i lagstiftningen eller att det saknats vissa rättssäkerhetsgarantier. I få fall har man låtit den gällande ordningen vara kvar. Riksdagen har med andra ord direkt påverkats av Europadomstolens *praxis* genom de ändringar som man tvingats att vidta. En annan följd är att staten tvingas utge skadestånd i enlighet med vad konventionen föreskriver.

Om rättighetsmålen i högre utsträckning skulle avgöras nationellt (och inte hamna i Strasbourg) kunde dessa ovan beskrivna sidoeffekter möjligen undvikas. Domstolarna skulle genom fördragskonform tolkning i första hand kunna – i den utsträckning detta medges – tillämpa rättigheterna samt undvika att de träds för när med skadestånd som en direkt följd. Om de skulle underkänna lagstiftningen slapp enskilda vända sig till Strasbourg med krav på upprättelse. Möjligen att frågan om skadestånd på grundval av konventionsbrott skulle beslutas av domstolarna. Frågan om eventuell justering av lagstiftning skulle inte heller kunna undvikas – men den skulle inte vara direkt att hänföra till en fällande dom i Strasbourg.

För framtiden bör de inhemska domstolarna beakta den ökade måtillströmning som sker i Strasbourg vad avser främst de forna öststaterna. Detta bör få som konsekvens att en ytterligare ökad normprövning sker *ex officio* oavsett om parterna i målet åberopar rättigheterna eller inte och oavsett uppenbarhetsrequisitet. Parterna i ett mål har emellertid också ett ansvar för att rättigheterna aktualiseras. En ökad benägenhet att föra upp frågorna på dagordningen efterfrågas alltså. Uppfattningen är ingalunda ny utan har förts fram tidigare av andra, men är värd att upprepas. I sak behöver det inte föra med sig att ett ökat antal föreskrifter sätts åt sidan till förmån för enskildas rättigheter. Det skulle lika gärna kunna medföra att inhemsk rätt i ökad omfattning tolkas i enlighet med rättigheterna. Att förekomma resultatet av en ökad prövning är således inte avsikten. Det är heller inte nödvändigt att göra en sådan prognos så länge som det finns ett fungerande domstolväsende.

## Noter

1 Kapitel 1, s. 9.

2 Universal Declaration of Human Rights (1948); GA Resolution 217A (III). I sin inledning lyder deklARATIONEN att ”recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”.

3 I direktiven till Fri- och rättighetskommittén anger regeringen som ett skäl för att överväga införlivning av Europakonventionen att den inom EU anses utgöra en del av de rättsprinciper som gäller inom gemenskapen. (Se dir. 1991:119, s. 5.)

4 Detta påpekas också i propositionen som föregick inkorporeringen. Vid en eventuell konflikt mellan konventionen och en svensk föreskrift skulle konventionen ”på grund av sin speciella karaktär ges en särskild vikt i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser”. (Se prop. 1993/94:117, s. 38.)

5 För en analys av stadgan och dess framtid, se Hellner, M; Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU, Preliminär rapport, Sieps, 2003:11.

6 Se t.ex. Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Ser. A, vol. 30, §. 47.

7 Som ett led i den svenska regeringens arbete med mänskliga rättigheter utarbetades en nationell handlingsplan för de mänskliga rättigheterna 2001. Som en följd av den nationella handlingsplanen (vilken var en av de första i Europa) påbörjades olika nationella projekt för att fullfölja arbetet. Bl.a. uppdrogs åt en utredare att göra en kartläggning av vissa förhållanden vad gäller mänskliga rättigheter. Utredaren skulle bl.a. göra en kartläggning av i vilka fall svenska domstolar tillämpat bestämmelserna i 2 kap. regeringsformen och i Europakonventionen. Det angavs att en sådan kartläggning skulle kunna ge en bild över hur vanligt det är att reglerna om mänskliga rättigheter åberopas i mål hos svenska domstolar och i vilka situationer detta förekommer. Uppdraget lämnades till Uppsala universitet och rapporten färdigställdes av författaren till denna uppsats. Arbetet presenterades i en i juni 2003 avlämnad rapport till Justitiedepartementet.

8 Se Domstolsverkets årsredovisning för år 2000, 2001 och 2002 ([www.dom.se](http://www.dom.se)).

9 Cameron skriver att ”(i)n fact, there was no conflict any more. The Court’s duty was to apply EC law” (Cameron 1999, s. 49).

- 10 Regeringsrätten återopade Darby från 1990 genom vilket den svenska dissenterskattelagen kom att förändras. Emellertid hade den lagen ingen retroaktiv effekt men Regeringsrätten (som prövade förhållanden från 1985) ansåg att det inte fanns något förbud mot att tillämpa konventionen (och dess praxis) på förhållanden som uppstått innan Sveriges förpliktelser inträtt.
- 11 Svenska Lokmannaförbundet (dom 1976-02-06, Ser. A, No. 20).
- 12 I denna siffran ingår inte de mål som förliktas eller mål som skrivits av, av andra skäl efter det att domstolsprövning påbörjats. I siffran ingår inte heller det mål som avser ansökan om resning (Gustafsson, dom 1998-07-30, RJD 1998-V, s. 2084).
- 13 Under 2003 prövades tre mål mot Sverige vilka inte redovisas i denna uppsats. Målen avsåg rättigheter enligt artiklarna 6, 13 och artikel 1 första tilläggsprotokollet. I Stockholms Försäkrings- och skadeståndsjuridik AB fälldes Sverige för brott mot artikel 13 och första tilläggsprotokollet. I Allard konstaterades också kränkning av första tilläggsprotokollet. (Se vidare Lagerblom där inget brott förelåg (dom 2003-01-14), Allard (dom 2003-06-24) och Stockholms Försäkrings- och skadeståndsjuridik AB (dom 2003-09-16)).
- 14 Leander (dom 1987-03-26, Ser. A, No. 116).
- 15 Schmidt och Dahlström (dom 1976-02-06, Ser. A, No. 21).
- 16 Gustafsson (dom 1996-04-25, RJD 1996-II s. 637).
- 17 Denna period inleddes med Sporrong och Lönnroth (dom 1982-09-23, Ser. A, No. 52) och avslutades med Zander (dom 1993-11-25, Ser. A, No. 279-B). De flesta målen behandlar s.k. offentligrättsliga tillstånd där ingen domstolsprövning medgavs. I de flesta fallen har det varit fråga om äganderätt/näringsfrihet men också i två mål om skyddet för familjeliv såsom en civil rättighet enligt konventionen.
- 18 Ekbatani (dom 1988-05-26, Ser. A, No. 134), Helmers (dom 1991-10-29, Ser. A, No. 212-A), Fredin II (dom 1994-02-23, Ser. A, No. 283-A), Lundevall (dom 2002-11-12) och Salomonsson (dom 2002-11-12). I fyra mål rörde det sig om att överrätten (hovrätten respektive kammarrätten) borde ha hållit muntlig förhandling och i ett mål om att Regeringsrätten i ett mål enligt rättsprövningslagen, som första och enda instans, borde ha prövat en fråga i muntlig förhandling.
- 19 Langborger (dom 1989-06-22, Ser. A, No. 155) och Holm (dom 1993-11-25, Ser. A, No. 279-A). I det första målet behandlades dåvarande Bostadsdomstolens sammansättning med intresseledamöter. I Holm rörde det sig om ett tryckfrihetsmål där fem av nio juryledamöter var socialdemokrater. Åtalet för förtal hade väckts mot ett förslag som hade anknytning till samma parti.
- 20 Paulsen-Medalen och Svensson (dom 1998-02-19, RJD 1998-I, s. 131), Janosevic (dom 2002-07-23, RJD 2002-VII) och Västberga Taxi AB och Vulic (dom 2002-07-23). Det första målet avsåg en prövning (om umgängesrätt) i Regeringsrätten som tog 3 år i anspråk från ansökan om prövningstillstånd till dess att Regeringsrätten tog ställning. De två andra målen rörde mål om skattetillägg. År 1995 beslutades om skattetillägg för samtliga. I december 2001 avgjorde länsrätten Janosevics ärende. I mars 2000 avslög länsrätten Vulics ärende, vilket fastställdes av kammarrätten samma år i december.
- 21 Janosevic och Västberga Taxi AB och Vulic.
- 22 McGoff (dom 1984-10-26, Ser. A, No. 83). Frågan rörde hur länge en person får hållas frihetsberövad innan en domstol måste pröva grunderna för frihetsberövandet (jfr artikel 5:3). Domstolen fann att 15 dagar stred mot konventionen.
- 23 Olsson (dom 1988-03-24, Ser. A, No. 130), Eriksson (dom 1989-06-22, Ser. A, No. 156), M. och R. Andersson (dom 1992-11-27, Ser. A, No. 226-A) och Olsson II (dom 1992-11-27, Ser. A, No. 250). I samtliga fall rörde det sig om omhändertaganden av barn och därpå följande frågor om flyttningsförbud och umgängesrätt. I två av målen ansågs det saknas laglig grund för vissa beslut (Eriksson och Olsson II) och i de två andra målen ansågs inte besluten ha varit nödvändiga i enlighet med artikel 8 (Olsson och M. och R. Andersson).
- 24 Darby (dom 1990-10-23, Ser. A, No. 187). Målet rörde en finländsk läkares skyldighet att

- betala skatt i Sverige trots att han inte var mantalsskriven här. Syftet ansågs inte vara legitimt enligt artikel 14, vilket också regeringen vid förhandling i domstolen medgav.
- 25 Sporrong och Lönnroth och Darby. Det första målet rörde tillämpningen och utformningen av dåvarande expropriationslagen och bygglagen. Klagandenas fastigheter hade varit belagda med expropriationstillstånd under 25 respektive 12 år och med byggförbud under 23 respektive 8 år. I Darby ansågs första tilläggsprotokollet vara tillämpligt i kombination med artikel 14.
- 26 Cruz Varas m.fl. (dom 1991-03-20, Ser. A, No. 201).
- 27 Det gällde med andra ord artikelns s.k. extraterritoriella effekt.
- 28 Svenska Lokmannaförbundet, Leander, Olsson, M. och R. Andersson, Gustafsson, Anne-Marie Andersson (dom 1997-08-27, RJD-IV, s. 1407) och M.S. (dom 1997-08-27, RJD 1997-IV, s. 1437).
- 29 Tre Traktörer (dom 1989-07-07, Ser. A, No. 159), Allan Jacobsson (dom 1989-10-25, Ser. A, No. 163), Håkansson och Stuesson (dom 1990-02-21, Ser. A, No. 171-A) och Fredin (dom 1991-02-18, Ser. A, No. 192).
- 30 Skogström (dom 1984-10-02, Ser. A, No. 83).
- 31 Nyberg (dom 1990-08-31, Ser. A, No. 181-B).
- 32 Lindelöf (dom 2000-06-20).
- 33 Hatami (dom 1998-10-09, RJD 1998-VII, s. 3038).
- 34 Muonio sameby (dom 2001-01-09), Beck (dom 2001-01-09) och Jakola (dom 2001-03-06).
- 35 Ervin och Olga de Laczay (dom 2002-09-24).
- 36 Sporrong och Lönnroth; 800 000 kr respektive 200 000 kr, Pudas (dom 1987-10-27, Ser. A No. 125); 20 000 kr, Olsson; 200 000 kr, Eriksson; 300 000 kr, Mats Jacobsson (dom 1990-06-28, Ser. A No. 180-A); 10 000 kr, Skärby m.fl. (dom 1990-06-28, Ser. A No. 180-B); 30 000 kr, Darby; 8 000 kr, Fredin; 10 000 kr, Helmers; 25 000 kr, M. och R. Andersson; 50 000 kr, Olsson II; 50 000 kr, Zander; 30 000 kr, Fredin II (dom 1994-02-23, Ser. A No. 283-A); 15 000 kr, Janosevic; 15 000 Euros och Västberga Taxi och Vulic; 20 000 Euros.
- 37 McGoff.
- 38 Se t.ex. Bodén, (dom 1987-10-27, Ser. A No. 125), Tre Traktörer, Allan Jacobsson, och Håkansson och Stuesson.
- 39 Holm.
- 40 Allan Jacobsson, § 82.
- 41 Håkansson och Stuesson, § 72.
- 42 Holm, § 35-36.
- 43 Rapporterna återges i de resolutioner som antas av Ministerkommittén med anledning av domen.
- 44 Ds 1986:3, Europarådskonventionen och rätten till domstolsprövning i Sverige.
- 45 Se prop. 1997/98:43, s. 129-135.

## Referenser

- Cameron, Iain (1998), "Swedish Case-Law on the ECHR Since Incorporation and the Question of Remedies" s. 9–65 i Iain Cameron och Alessandro Simoni (red.) *Dealing with Integration, volume 2, Perspectives from Seminars on European Law 1996–1998*, Uppsala, IUSTUS förlag.
- Cameron, Iain (1999), "The Swedish Experience of the European Convention on Human Rights since Incorporation" s. 20–56 i *International Comparative Law Quarterly*, 1999:48.
- Crafoord, Clarence (2001), "Inhemska gottgörelse för kränkning av Europakonventionen" s. 519–547 i *Europarättslig tidskrift*, 2001:4.
- Hellner, Mikael (2003), *Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*, Preliminär rapport, Stockholm: Sieps.
- Holmberg, Erik & Stjernquist, Nils (2003), *Vår författning*, Stockholm: Norstedts juridik.
- Strömberg, Håkan (1987), "Normprövning i nyare rättspraxis" s. 121–143 i *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 1988:9.
- Warnling-Nerep, Wiveka (2000), *Rättsprövning & rätten till domstolsprövning*, Stockholm: JureCLN.

## 8. System för lagstiftningskontroll

Caroline Taube

### Inledning

Syftet med denna uppsats är att presentera politiska och rättsliga former för lagstiftningskontroll utifrån ett komparativt perspektiv; därefter skall det svenska systemets utvecklingsmöjligheter diskuteras. Utländska exempel är hämtade framför allt från Europa och särskilt länder som liksom Sverige är enhetsstater. Urvalet koncentreras, men är inte begränsat, till Estland, Frankrike och Norge, länder som sinsemellan är väldigt olika vad gäller såväl politiska erfarenheter som konstitutionellt arv. Båda faktorerna kan inspirera till vidare tankar om konstitutionell kultur och institutionellt nytänkande.

Med "lagstiftningskontroll" förstås här kontroll av lagstiftningens förenlighet med konstitutionen i ett givet land. De kontrollformer som avses är politiska eller rättsliga och har en fast institutionell form. Med "politisk" lagstiftningskontroll avses den kontroll som utförs av politiska organ, och med "rättslig" lagstiftningskontroll den kontroll som utförs av oavhängiga rättsliga instanser. Det bör understrykas att detta är en institutionell uppdelning som inte tar sikte på att klassificera själva kontrollens karaktär som antingen renodlat politisk eller rättslig. Exempelvis kan den kontroll som ett politiskt organ genomför baseras på rättsliga argument och avvägningar. Likaså kan kontrollen i domstol ifråga om t.ex. tillåtligheten av en rättighetsinskränkning explicit eller implicit baseras på en lämplighetsavvägning och därmed innebära ett slags politisk bedömning.

Lagstiftningskontroll befinner sig inom spänningsfältet mellan politik och juridik. Detta leder till flera principiella frågor som anknyter till demokratins innebörd och omfattning. Är det bara beslut fattade av en majoritet i ett lands folkvalda parlament som är demokratiskt acceptabla eftersom de valda politikerna har ett politiskt ansvar? Kan domare ha en legitim roll ifråga om bedömningen av lagstiftnings giltighet eller tillämplighet, trots att de saknar politiskt ansvar?

I Sverige har dessa frågeställningar inneburit en polarisering av debatten så att det hela framstår som ett nollsummespel, en dragkamp mellan

politikermakt och juristmakt. Detta är både missvisande och destruktivt. Både politikermakt och juristmakt verkar utifrån de roller som den konstituerande makten har givit dem i konstitutionen. Detta bör inte betraktas som konkurrens om makt utan som komplement i en ständig process. Politiken har dock per definition ett företräde eftersom den också kan ändra den konstitutionella ramen.

Det finns många sätt att organisera lagstiftningskontrollen på inom den politiska respektive rättsliga sfären. De kontrollformer som avses inkluderar som nämnts institutionaliserade former för kontroll av lagförslag eller stiftad lag. Typiskt sett kan det handla om förfarandet i ett tvåkammarsparlament, granskning i ett särskilt parlamentariskt utskott och/eller en rådgivande rättslig instans, lagprövning i allmän domstol, författningsdomstol eller annan särskilt inrättad instans. Effekten av lagstiftningskontrollen varierar beroende på vilken institution som utför kontrollen och i vilket skede den äger rum.

Det faktum att det finns den ena eller den andra institutionen i ett land säger dock inte så mycket om helheten. Därför är det viktigt att se hur den ena institutionen samspelar med andra. Därigenom kan man tala om ett *system* för lagstiftningskontroll i och med att en helhet framträder. Som exempel kan anföras Sverige med en kvalificerad politisk och rättslig förhandskontroll (utskott, Lagrådet) men med en svag rättslig efterhandskontroll (lagprövning). I Norge finns ingen egentligen fungerande oavhängig förhandskontroll men däremot en något mer aktiv rättslig efterhandskontroll, åtminstone har det varit så. Det estniska systemet kan inte förstås bara genom en analys av Högsta domstolens lagprövning utan måste ses i samklang med presidentens roll i lagstiftningsprocessen liksom justitiiekanslerns för- och efterhandskontroll.

Här inbegriper jag *inte* andra instrument för kontroll som främst används i andra politiska/parlamentariska syften såsom t.ex. interpellationer, frågor, utskottsförhör och liknande. Även det svenska remissförfarandet faller utanför eftersom det inte har en tillräckligt fast form. Det är också svårt att klassificera denna typ av kontroll. Även om både politiska grupperingar och rättsliga instanser kan uttala sig fyller remissförfarandet mest av allt ett slags demokratisk dialogfunktion. Vilken effekt det har kan diskuteras. Lite tillspetsat framstår remissförfarandet som ett öppet och oförpliktande sätt att ventilera kommande lagstiftning där de råd och synpunkter som presenteras kan beaktas efter behag. Beroende på tidspunkt, tidsfrister osv. kan betydelsen av remissförfarandet reduceras ytterligare,

samma sak om en reform presenteras i flera delar eller som en helhet.

Media har utan tvekan en central kontrollerande funktion i en demokrati. Dess art och arbetssätt är dock långtifrån jämförbar med de institutionaliserade kontrollformer som uppmärksammas i denna undersökning.

## Lagstiftningskontroll: grundbegrepp

När olika former för kontroll av lagstiftning analyseras är det flera övergripande frågor som aktualiseras: Omfattar kontrollen en abstrakt fråga eller ett konkret fall? När äger kontrollen rum? Skall kontrollen vara obligatorisk? Vilken betydelse skall den ha inför det vidare lagstiftningsarbetet eller rättslivet? Vem omfattas av ett rättsligt beslut angående lagstiftningskontroll och från vilken tidpunkt skall det gälla? Syftet här är att presentera centrala begrepp som brukar användas i ett komparativt vetenskapligt sammanhang för att sedan kunna använda dem i den kommande diskussionen om olika institutionella varianter av lagstiftningskontroll.

Kontroll av lagstiftning brukar karaktäriseras som *abstrakt* eller *konkret*. Abstrakt kontroll innebär att en norms förenlighet med konstitutionen undersöks utifrån principiella grunder och utan samband med en specifik tillämpningssituation. Detta kan ske både före och efter antagandet av en lag. Konkret kontroll innebär däremot att frågan om en lag eller norms förenlighet med konstitutionen uppkommer i samband med rätts-tillämpningen, dvs. inför eller under behandlingen av ett enskilt fall.

Vad gäller frågan om *när*, dvs. i vilket skede som lagstiftningskontrollen skall äga rum, finns två huvudsakliga möjligheter – före och/eller efter det att en lag har antagits, proklamerats eller börjat tillämpas. Förhandskontrollen (kontroll *ex ante* eller *a priori*) är per definition abstrakt och kan organiseras på olika sätt i såväl politiska som rättsliga instanser. Efterhandskontrollen (kontroll *ex post* eller *a posteriori*) äger rum efter det att lagen har börjat tillämpas i det praktiska rättslivet. Det ligger i sakens natur att denna kontroll främst aktualiseras i rättsliga instanser. Den kan dock vara antingen abstrakt eller konkret eller rymma en kombination av båda.

Ytterligare ett begreppspar rör huruvida lagstiftningskontrollen är *fakultativ* eller *obligatorisk*, alltså om kontrollen måste företas eller ej enligt konstitutionen eller lagstiftningen i ett givet system. Detta gäller särskilt den kontroll som måste eller kan initieras politiskt. Här finns olika varianter beroende på en rad faktorer: Vilket sakområde skall lagen reglera? Vil-

ken typ av lag är det fråga om? Vilken instans skall utföra kontrollen? I vissa länder föreskriver konstitutionen obligatorisk förhandskontroll av vissa lagar av särskild dignitet eller som rör ett särskilt område (t.ex. mänskliga rättigheter) medan den kan vara fakultativ för övriga lagar (angående konstitutionella lagar och *lois organiques* och deras position i förhållande till vanliga lagar, se Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshavister.

Flera begrepp aktualiseras apropå *resultatet* av själva kontrollen. Inledningsvis rör detta ett besluts politiska och/eller rättsliga effekt som sådant – det kan vara *rådgivande* eller ha *tvingande* karaktär. Det sistnämnda innebär att den kontrollerande instansens beslut måste respekteras i den vidare lagstiftningsprocessen eller rättslivet.

Ifråga om domstolsbeslut uppkommer ytterligare två begreppsuppsättningar. Den första rör frågan om vilka som omfattas av ett domstolsbeslut. Ett domstolsbeslut kan ha formellt bindande effekt endast mellan parterna i en rättsprocess (effekt *inter partes* vid konkret lagstiftningskontroll) eller omfatta alla – parterna i processen, politiska organ, myndigheter osv. (effekt *erga omnes* vid abstrakt lagstiftningskontroll). Den andra rör de benämningar som brukar användas för att ange ett besluts verkan i tiden, alltså från vilken tidpunkt en lag eller en del av en lag skall anses vara grundlagsstridig. Detta kan bestämmas till att gälla retroaktivt, dvs. från och med dagen för lagens antagande (*ex tunc*) eller från och med dagen för domstolens beslut (*ex nunc*). I vissa länder kan ett beslut ges framtida verkan så att grundlagsstridigheten inträder vid ett senare stipulerat skede, t.ex. ett år efter domen (*pro futuro*). Detta kan ge lagstiftaren tid till att anta nya regler som ersätter dem som faller bort till följd av domstolsbeslutet.

## Standardvarianter av politisk kontroll

Sättet att organisera det politiska systemet i ett land innebär att flera grundläggande val görs beträffande de politiska organens funktioner och befogenheter. Här skall några aspekter behandlas i relation till de former för lagstiftningskontroll som kan bli aktuella. Det är framför allt parlamentets organisation, särskilt tvåkammerssystemet, som är relevant liksom exekutivens roll ifråga om lagstiftningskontroll.

## Parlamentets organisation

Folkrepresentationens organisation kan medföra olika moment av lagstiftningskontroll. En uppdelning av ett parlament i två kammare innebär i de flesta fall att varje lagförslag måste behandlas flera gånger än i ett enkamarsystem. Det är dock inte samma sak som att dubbel behandling innebär en politisk kontroll av högre kvalitet än i ett enkamarsystem – detta beror bl.a. på hur den övre kammaren är vald och organiserad i förhållande till den undre, liksom på vilka befogenheter den har.

Motiveringen till tvåkamarsystem har kunnat sökas i ett önskemål om maktdelning där en övre kammare kan balansera och eventuellt dämpa en ivrig majoritet i en undre kammare (Elster 1995, s. 11 ff). I ett historiskt sammanhang har det också handlat om en balansering mellan å ena sidan adelns eller de besuttna klassernas successiva tillbakaträdande och å andra sidan andra samhällgruppers växande politiska framträdande. På så sätt kunde system med en övre kammare sammansatt helt eller delvis på grundval av särskilda villkor förklaras såsom *House of Lords* i Storbritannien och riksdagens första kammare i Sverige 1866–1920 (då rösträtt graderad utifrån en medborgares inkomst togs bort). Argument om samhällsklass och/eller förmögenhet som grund för representation är sedan länge oförsvarliga ur demokratisk synpunkt, och är följaktligen inte längre i bruk i demokratiska länder (*House of Lords* utgör ett undantag och är för övrigt föremål för reformer).

Ett tvåkamarsystem som sådant är däremot möjligt att försvara av helt andra skäl. Särskilt i federala stater som t.ex. Tyskland och USA kan en delstatsrepresentation vara motiverad av hänsyn till delstaternas respektive särintressen samt ett motsvarande behov av inflytande över lagstiftningsprocessen. I enhetsstater kan man tänka sig ett huvudsakligt skäl till ett tvåkamarsystem: en övre kammare kan fungera som forum för extra reflektion i syfte att motverka förhastad och otillräckligt genomtänkt lagstiftning. I detta fall finns det dock inget givet recept på hur den övre kammarens representativitet skall skilja sig från den undre kammaren. De kriterier som verkar naturligast att försvara på objektiva grunder är ålder (högre ålder för valbarhet än till en undre kammare), längre valperioder eller territoriell anknytning (jfr federala stater) som t.ex. Senaten i Frankrike och Italien. I Norge baseras däremot Stortingets uppdelning i Lagting och Odelsting (en respektive tre fjärdedelar av Stortingets ledamöter; §73 Norges grunnlov) varken på ålder eller territoriell anknytning. I praktiken betyder detta nu att partiproportionaliteten är densamma i de båda kamrar-

na och att inga specifika egenskaper eller intressen är representerade i Lagtinget.

Beroende på hur den övre kammaren är sammansatt kan den bli något mindre präglad av partipolitik. Med eventuellt längre mandatperioder än för den undre kammaren kan också ett annat arbetslagn förväntas inträda. Kvaliteten och betydelsen av lagstiftningskontrollen beror dock på vilken kompetens den övre kammaren ges i förhållande till den undre och på dess roll och inflytande i den helhetliga lagstiftningsproceduren. Inte minst avgörande är respektive kammares organisation i kommittéer liksom tillgången på utredningsresurser. Den tröghet i lagstiftningsprocessen som ett tvåkammerssystem kan sägas syfta till kan därmed variera.

Utöver frågan om en eller två kammare är parlamentets organisation i kommittéer eller utskott av stor betydelse. Den kontroll som genomförs vid behandlingen av lagförslag i utskott/kommittéer utgör kanske den viktigaste och effektivaste formen för politisk lagstiftningskontroll i parlamentariskt organiserade stater. Det är först då som lagförslaget ligger framme för granskning och kan diskuteras mer ingående med den politiska oppositionen. Detta blir särskilt relevant i det fall det finns ett särskilt utskott som har ett övergripande ansvar för bl.a. kontroll av lagförslagets förenlighet med konstitutionen.

Här bör Finlands grundlagsutskott nämnas. Enligt 2000 års grundlag §74 skall det avge utlåtanden om ”grundlagsenligheten i fråga om lagförslag och andra ärenden som föreläggs utskottet samt om deras förhållande till internationella fördrag om mänskliga rättigheter”. Vid utövandet av denna abstrakta kontroll kan grundlagsutskottet (utöver sin administration) också anlita juridisk och annan expertis. Detta sker ofta och i praktiken har utomstående experter ett relativt stort inflytande på grundlagsutskottets utlåtanden (Hidén 1989, s. 243f, Hidén 1998, s. 73ff, Hautamäki 2002).

### **Exekutivt veto**

Det är av intresse i detta sammanhang att uppmärksamma några exempel på exekutivt veto i republikanska system. Utländska exempel kan belysa de frågor som uppkommer i en diskussion om vilken roll en president med en större politisk makt än en konstitutionell monark skulle kunna ha, om Sverige någon gång i framtiden införde republik och valde att ge den nya statschefen en större konstitutionell roll än dagens. Det faktum att en president har ett demokratiskt mandat genom att vara direkt eller indirekt

vald innebär att helt andra anspråk kan göras vad gäller hans eller hennes politiska roll jämfört med monarkens dito.

En presidents roll kan utformas på olika sätt beroende på vilken övergripande plats i det politiska systemet som den konstituerande makten vill ge presidenten. Möjligheten att uttala ett veto mot lagstiftning som antagits av parlamentet har därför en varierande politisk och/eller rättslig betydelse. Direktvalda presidenter har ofta ett större inflytande över lagstiftningsprocessen än indirekt valda presidenter, men det behöver inte alltid vara så.

I länder med direktvald president sträcker sig skalan från ett absolut presidentveto på såväl politiska som rättsliga grunder för att stoppa ny lagstiftning (såsom i USA) till ett presidentveto som endast kan fördröja lagstiftningsprocessen i parlamentet (i t.ex. Finland och Litauen<sup>1</sup>). Där emellan finns flera varianter, t.ex. i Polen där presidenten kan hänskjuta en av parlamentet antagen lag till Författningsdomstolen för en abstrakt prövning av lagens förenlighet med konstitutionen. Den polske presidenten har också en möjlighet att meddela parlamentet sina invändningar mot lagen och för att därigenom tvinga parlamentet att anta lagen på nytt med tre-femtedels majoritet (Polens konstitution art. 122, s. 3 och 5).

Vad gäller indirekt valda presidenter finns varianter där presidentvetot kan knytas till utlysning av folkomröstning om ett visst lagförslag (se t.ex. Lettlands konstitution art. 72). Liknande det polska exemplet kan ett presidentveto också reduceras till att avse ett slags rättslig kontroll av en lags förenlighet med konstitutionen. Detta är fallet i Estland där presidentens konstitutionella invändning mot en lag antagen av parlamentet måste prövas av konstitutionskammaren i Högsta domstolen. Om konstitutionskammaren finner att lagen är förenlig med konstitutionen måste presidenten proklamera lagen (Estlands konstitution §107).

Det sista exemplet visar hur den politiska lagstiftningskontrollen kan kopplas till den rättsliga sfären. Särskilt betydelsen av vilka som är taleberättigade i (författnings)domstolar kommer att belysas nedan i avsnittet om förhållandet mellan politisk och rättslig kontroll.

### **Effektivitet hos olika typer av politisk lagstiftningskontroll**

Av flera skäl framstår någon form av politisk lagstiftningskontroll som mycket viktig. Dels understryker den det krav på politikens egen förmåga till kvalitativt arbete och eftertanke som folket i ett land (uppdragsgivarna) kan och bör ställa på sina representanter, dels främjar den rättssäkerheten

för enskilda individer i ett längre perspektiv eftersom risken för grundlagsbrott minskar. Om lagstiftningen till form och innehåll är förenlig med konstitutionen redan från det att lagen börjar tillämpas främjas förutsebarheten för dem lagstiftningen gäller.

Vilken form av politisk lagstiftningskontroll som är mest effektiv är dock svårt att avgöra. Detta beror delvis också på vad man menar med effektivitet i detta sammanhang – effektivitet i betydelsen *demokratisk* eller effektivitet i betydelsen *kvalitativ* avseende teknisk nivå. Man kan argumentera för att den lagstiftningskontroll som sker i ett parlament har ett speciellt värde genom att den äger rum i den representativa demokratins högsta organ. Därmed åtnjuter denna typ av lagstiftningskontroll en oomtvistlig hög demokratisk legitimitet och kan därför betecknas som den mest ”demokratiskt effektiva”. Dess kvalitet beror dock på parlamentets organisation och utredningsresurser, och dessutom på motivationen till att lägga mer än ett snävt politiskt perspektiv till grund för kontrollen.

Samtidigt kan den lagstiftningskontroll som utförs av en direkt eller indirektvald president vara av väl så god teknisk kvalitet. Men om vetot i praktiken endast fungerar som en nödbroms kan denna kontrollform knappast betraktas som särskilt effektiv ur demokratisk synpunkt.

## **Standardvarianter av rättslig kontroll**

Den rättsliga lagstiftningskontrollen grupperas i två delar beroende på om den kontroll som en rättslig instans utför är rådgivande eller tvingande. Medan den första kan behandlas ganska kortfattat kommer däremot den senare – domstolar – att systematiseras ytterligare beroende på domstolstyp. En grundförutsättning för diskussionen är att dessa typer av rättsliga instanser är oavhängiga i sin verksamhet. Således kan varken den granskning av lagförslag som sker i Rosenbad eller i det norska justitiedepartementets *Lovavdeling* behandlas här eftersom ett departement per definition är en del av den exekutiva makten och därför inte heller oavhängig.

### **Rättsliga instanser med rådgivande funktion**

I många länder finns en oavhängig rättslig instans som liksom Lagrådet i Sverige träder in någon gång under lagstiftningsprocessens förberedande stadium, dvs. innan ett lagförslag har presenterats för parlamentet eller innan ett parlament har fattat beslut om att anta lagförslaget ifråga. Variationen är stor vad gäller typ av instans och befogenheter. Det är svårt att

formulera en fungerande systematik avseende dessa typer av instanser; här kommer endast några exempel att presenteras.

Frankrikes *Conseil d'Etat* (CE) är ett av de viktigaste exemplen på en rådgivande rättslig instans. CE är inte bara Frankrikes högsta förvaltningsdomstol utan har också funktionen som rådgivare till regeringen ifråga om lagstiftning under beredning. Därtill har CE stått modell för motsvarande instanser i en rad europeiska (Belgien, Grekland, Italien) och utomeuropeiska länder (främst i de f.d. franska kolonierna) samt haft inflytande som rådgivare i ytterligare länder.

Artikel 39 i 1958 års konstitution föreskriver att alla lagförslag (vanlig lag, *loi organique*, budgetlag, konstitutionella ändringar, ratificeringar etc.) som initieras av regeringen måste prövas av CE innan de kan behandlas av regeringen tillsammans med presidenten. Först därefter kan de presenteras för en av parlamentets två kammare. Den kontroll som CE utför är alltså obligatorisk. Granskningen utmynnar i ett omarbetat lagförslag där ändringarna till stor del är av teknisk natur (stringent språk, konsekvent terminologi, fullständighet och korrekthet i förhållande till lagstiftning och institutionella arrangemang), avser uppfyllande av internationella förpliktelser och förenligheten med konstitutionen. Därtill kan CE bifoga kommentarer och ändringsförslag av hänsyn till rättssäkerhetsaspekter, däremot inte överväganden av politisk art. Här finns naturligen inga skarpa gränser.<sup>2</sup>

Yttrandet från CE är rådgivande och det står därför regeringen fritt att följa det eller ej. I praktiken följs dock dessa utslag i stor utsträckning. Yttrandet är däremot inte offentligt<sup>3</sup>, till skillnad från det svenska Lagrådets yttranden. Denna sekretess framstår som betänkelig. Kommentarer av detta slag bör tåla offentlighetens ljus. Precis som i Sverige måste Frankrikes regering hantera den påföljande politiska debatten samt granskningen i parlamentets två kammare.

Den möjliga prestigeförlust som regeringen riskerar kan också komma i ett senare skede (även om den inte är öppet relaterad till CE:s granskning). Detta kan ske om lagstiftningskontroll i författningsdomstolen *Conseil constitutionnel* (CC, som alltid erhåller CE:s yttranden) initieras efter det att lagstiftningen antagits av parlamentet men innan presidenten promulgerat lagen (se vidare nedan). Regeringens val att inte följa det rådgivande yttrandet kan leda till en hårdare bedömning i de aktuella frågorna av CC.

I Estland finns en helt annan typ av rådgivande rättslig instans, *Justitie-*

*kanslern* (Estlands JK), som inte har mycket mer gemensamt med den svenske justitiekanslern än själva namnet (konstitutionen kap. 12, §§139–145). Estlands JK, som måste vara en kvalificerad jurist, utses av presidenten för en period om sju år. Till uppgifterna hör bl.a. en obligatorisk granskning av alla lagförslag (förslag till lagar, förordningar, presidentdekret och lokala regler med generell verkan) och att avge ett rådgivande yttrande angående deras förenlighet med konstitutionen. Efter att lagstiftningen har antagits har Estlands JK också en möjlighet att följa upp denna funktion genom utövande av talerätten i Högsta domstolens konstitutionskammare. På så sätt kan Estlands JK söka få genomslag för sina argument angående lagstiftningens stridighet med konstitutionen vid en abstrakt lagprövning. Den övergripande uppgiften att vaka över lagstiftningen har populärt gett Estlands JK benämningen ”lagstiftningsombudsman” innan han genom en reform 1999 också fick sådana uppgifter som traditionellt brukar förknippas med ombudsmannainstitutet (Tau-be 2001, s. 108–111).

Det sista exemplet avser den rådgivande funktion som vissa högsta domstolar, förvaltningsdomstolar eller författningsdomstolar kan ha. *Høyesterett* i Norge kan avge råd efter förfrågan från Stortinget (grunnloven § 83), men denna möjlighet har använts ytterst sparsamt i praktiken, totalt endast åtta gånger sedan 1814, varav senaste gången 1945 (Nissen, Hiorthøy och Gaarder 1967, s. 182–185). *Høyesteretts* rådgivande roll kan därför inte jämföras med lagrådet i Sverige eller CE i Frankrike som båda avger ett stort antal yttranden varje år och som dessutom gör det rutinmässigt. Ytterligare ett exempel är Finland där presidenten enligt grundlagen §77 har möjlighet att begära utlåtande om en lag av högsta domstolen eller högsta förvaltningsdomstolen innan lagen stadfästes.

Vissa författningsdomstolar kan ha en rådgivande roll i specifika frågor. Det kan typiskt sett gälla internationella avtals förenlighet med konstitutionen, eller snarare konstitutionens förenlighet med det internationella avtalet (beroende på vilket förhållningssätt ett land har till internationell rätt), en prövning som av naturliga skäl äger rum före ratificering. En sådan ordning finns i Litauen. Vad gäller kontrollen av internationella avtal är det annars inte ovanligt att den rättsliga instansens beslut är tvingande; detta är fallet med författningsdomstolar eller motsvarande i t.ex. Frankrike, Portugal, Tyskland och Österrike.

## Rättsliga instanser vars beslut är tvingande

De rättsliga instanser som är aktuella här är domstolar. Meningen med beslut i domstol är att de har just tvingande verkan och att domstolens beslut utgör den sista länken i en kedja från politisk idé omformulerad till lagstiftning tillämpad i rättslivet. Här skall de två vanligaste domstolstyperna presenteras, vanliga domstolar och författningsdomstolar, samt kombinationer och mellanformer.

Lagstiftningskontroll i vanlig, allmän domstol – ”lagprövning” enligt gängse svensk terminologi – ägde rum på nationell nivå första gången i USA år 1803 i det välkända fallet *Marbury v. Madison*. En motsvarande utveckling skedde i Norge några år efter införandet av 1814 års grundlag. I båda ländernas respektive högsta domstol var grundtanken densamma: vid en konflikt mellan vanlig lag och konstitutionen ansåg sig domaren förpliktad att ge konstitutionen företräde, trots bristen på uttryckligt stadgande därom i konstitutionen. Detta ställningstagande begrundades med att olikheten mellan konstitution och vanlig lag beträffande ändringsprocedur annars inte skulle ge konstitutionen någon rättslig mening som landets högsta rättsliga norm, *lex superior*, i förhållande till annan lagstiftning. Konstitutionen tillämpades alltså direkt som positiv rätt (Smith 1993, s. 31f, 148ff, Zoller 1999, s. 105ff).

Lagstiftningskontrollen i allmänna domstolar och, där jurisdiktionen är uppdelad, i förvaltningsdomstolar, innebär alltså att en domare i ett konkret fall tar ställning till en lags förenlighet med konstitutionen. Domaren kan därvid välja mellan att tillämpa, kanske med hjälp av en inskränkande tolkning, eller låta bli att tillämpa den aktuella lagen. Om lagen inte är förenlig med konstitutionen är det i stället regeln i konstitutionen som ges företräde och tillämpas. En fördel med sådan konkret kontroll *ex post* är att den fungerar som en säkerhetsventil för alla de situationer som omöjliga kan förutses under beredningen av en lag.

Inget hindrar att konkret kontroll äger rum i olika domstolar på flera nivåer. Därför brukar sådana system karaktäriseras som *decentraliserade*. Avgöranden från den högsta instansen i ett land förblir dock de mest centrala eftersom de har prejudikatvärde. Därigenom får de också större effekt generellt, utöver den rent formella effekten *inter partes* i det mål som instansen har dömt i. Detta kompenserar i viss mån bristen på enhetlighet som i stället uppnås genom en författningsdomstols centraliserade kontroll.

I doktrinen har denna form för domstolskontroll av lagstiftning benämnts ”den amerikanska modellen” eftersom den har sitt ursprung i USA

(Favoreu 1996, s. 6). Förutom i USA och Norge finns denna kontrollform också i bl.a. Danmark, Finland och Sverige, även om den där används ytterst sällan. I dessa fem länder är lagprövningen reglerad i den skrivna konstitutionen endast i Finland (§106) och i Sverige (RF 11:14), länder med ny eller förhållandevis ung konstitution. I moderna konstitutioner i Central- och Östeuropa är det vanligt att reglera domstolarnas lagstiftningskontroll som en plikt för varje domare att inte tillämpa en lag som strider mot landets konstitution. Lagstiftningskontroll i allmänna domstolar/förvaltningsdomstolar förekommer i många europeiska länder (bland undantagen kan nämnas Nederländerna och Frankrike), i flera av dem i kombination med en författningsdomstol.

En författningsdomstol är som namnet antyder en specialdomstol; en internationellt vanlig term är konstitutionsdomstol. Den har monopol på att slutligt avgöra tvister som gäller konstitutionella frågor. Därför benämns denna form av rättslig lagstiftningskontroll *centraliserad*. Detta gäller oavsett tidpunkten för den rättsliga prövningen.

Denna modell skapades under tidigt 1920-tal efter inspiration av den österrikiske rättsvetenskapsmannen Hans Kelsen. Tanken var att en författningsdomstol bäst kunde vaka över att lagstiftningen till sin form följde konstitutionen (grundnormen). De första författningsdomstolarna (i Tjeckoslovakien respektive Österrike 1920, Spanien 1931) överlevde inte de auktoritära strömningar som snart skulle ta vid. Efter andra världskrigets fasor ansågs det nödvändigt att införa helt nya institutioner som skulle medverka till att de nya konstitutionerna gjordes operativa på ett konsekvent sätt. Författningsdomstolar framstod som en institution som effektivt skulle kunna bidra till att försvara demokratin och skydda grundläggande mänskliga rättigheter; därför infördes författningsdomstolar i både Tyskland och Italien. Detsamma skedde under det sena 1970-talet i Spanien och Portugal och allra senast i Central- och Östeuropa i samband med att nya demokratiska regimer ersatte de tidigare socialistiska. Med tanke på att författningsdomstolen har utvecklats i Europa benämns den ofta "den europeiska modellen".

Kontrollen i en författningsdomstol är oftast abstrakt till sin karaktär även om det i vissa fall kan finnas en anknytning till ett enskilt fall och därmed också fungera närmast som en konkret kontroll. Som en logisk följd av en centraliserad och abstrakt prövning har en författningsdomstols beslut (oftast) effekt *erga omnes*. Detta är en fördel ur rättvisesynpunkt eftersom beslutet omfattar alla och därmed också alla framtida fall, något som

inte kan uppnås lika enkelt med den amerikanska modellen där ett fall kan bedömas olika av olika domare och där ett beslut formellt bara gäller *inter partes*.

Förutom att fungera som slutinstans för lagstiftningskontroll har en författningsdomstol ofta flera andra funktioner. I federala stater och stater med federala inslag har den att lösa konflikter mellan dels konstitutionen och nationell lagstiftning, dels mellan konstitutionen, nationell lagstiftning och lagstiftning på delstats- eller regionnivå. I många länder är det författningsdomstolen som skall lösa kompetenskonflikter mellan politiska organ eller fungera som riksrättsinstans. Det är inte ovanligt att en författningsdomstol också är högsta valprövningsinstans eller avgör tillåtligheten av politiska partier. Författningsdomstolar kan ha ytterligare funktioner såsom kontrollinstans för internationella avtal. De flesta författningsdomstolar i dagens Europa har flera av de ovannämnda funktionerna plus eventuellt ytterligare som inte har nämnts här (Smith 1993, s. 33ff, Favoreu 1996, s. 27f).

I skalan mellan å ena sidan en decentraliserad lagstiftningskontroll i allmän domstol (och förvaltningsdomstol) och å andra sidan en centraliserad kontroll i författningsdomstol ryms många varianter på institutioner med olika jurisdiktion och styrka. Därutöver är det ganska vanligt att kombinera decentraliserad lagstiftningskontroll i allmän domstol med centraliserad dito i författningsdomstol (t.ex. i Belgien, Italien, Litauen, Ryssland, Spanien, Tyskland och Österrike).

Exempel på institutionella mellanformer ges här från Estland och Grekland. I båda länderna finns en kombination av en decentraliserad, konkret prövning i allmänna domstolar och en centraliserad kontroll. Beslutets verkan och rättsliga effekt motsvarar resultatet av lagprövning i flertalet författningsdomstolar.

Till skillnad från alla andra länder i Öst- och Centraleuropa valde Estland att inte införa en författningsdomstol, även om inrättandet av en sådan vid flera tillfällen har varit föremål för diskussion. I stället beslöts att Högsta domstolen skulle ha en särskild konstitutionskammare som prövar lagars förenlighet med konstitutionen när sådana uppkommer (Taube 2001, s. 105ff). Den decentraliserade lagstiftningskontroll som enligt konstitutionen skall äga rum i alla domstolar prövas slutgiltigt i konstitutionskammaren. Därtill prövar konstitutionskammaren presidentens veto mot lagförslag samt justitiekanslerns klagomål angående lagstiftning som inte anses vara förenlig med konstitutionen. På talan av motsvarigheten till

kommunfullmäktige kan den sedan en reform år 2002 också pröva lagstiftningens förenlighet med konstitutionens garantier om lokalt självstyre (Roosma 2002).

2002 års reform innebar också en annan central utvidgning av jurisdiktionen. Konstitutionskammare är nu också bl.a. valprövningsinstans och den instans som fattar beslut om att förbjuda politiska partier som syftar till att ändra den konstitutionella ordningen. Sammantaget innebär denna estniska variant ett mellanting mellan en vanlig domstol och en författningsdomstol; i och med 2002 års reform har dess jurisdiktion blivit mer och mer lik en författningsdomstols.

Grekland har en decentraliserad form för lagprövning i alla domstolar och den är väl etablerad sedan ett vägledande rättsfall år 1897. Däremot har inte alltid denna form för lagstiftningskontroll varit kodifierad på konstitutionell nivå. Den nu gällande konstitutionen från 1975 föreskriver dock att varje domare har en skyldighet att inte tillämpa lagstiftning som strider mot konstitutionen.

I likhet med Sverige finns det flera separata instansordningar i Grekland och följaktligen mer än en högsta instans – Högsta domstolen för civil- och straffrätt, Högsta förvaltningsdomstolen, Revisionsrätten. Eftersom det har förekommit motstridiga domar från dessa instanser vad gäller en rättsregels förenlighet med konstitutionen har en separat instans inrättats för att lösa dessa kontroverser, den s.k. Särskilda högsta domstolen, som består av ledamöter från övriga högsta domstolar samt två juristprofessorer, alla tillsatta efter lottning. Denna instans har även andra funktioner, t.ex. att pröva klagomål i samband med val och att kontrollera giltigheten och resultatet av folkomröstningar (Kastanas 2002, s. 235ff).

### **Den rättsliga kontrollens oavhängighet**

Det ligger ett demokratiskt dilemma i att en rättslig lagstiftningskontroll är oavhängig: domare får en politisk roll utan att ha ett motsvarande politiskt ansvar. Men domarens oavhängighet utgör samtidigt en viktig grund till att rättslig lagstiftningskontroll kan åtnjuta en hög grad av trovärdighet. Den fråga som inställer sig blir därför hur en sådan oavhängighet kan uppnås i olika typer av domstolar.

Det är ett grundläggande rättsstatligt krav att domstolar är oavhängiga i förhållande till bl.a. de politiska organen. Den dömande instansen får inte vara partisk när den beslutar i en rättslig uppgörelse mellan två motstående parter, inte sällan en enskild å ena sidan och staten å den andra så-

som är fallet i straffprocesser och förvaltningsrättsliga tvister. Likaså måste det vara riskfritt för en domare att meddela politiskt obekväma domar så att dessa inte får några konsekvenser för domaren personligen – detta har särskild aktualitet ifråga om de politiskt känsliga frågor som avgörs av författningsdomstolar. Flera faktorer bidrar till att realisera denna oavhängighet såsom organisatoriska och ekonomiska förutsättningar för domstolen som institution och genom särskilda anställningsformer för domarna som ämbetsmän. I detta sammanhang skall den sista aspekten uppmärksammas.

Vad gäller allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar är det normalt att domare är utnämnda för obegränsad tid, alltså att domaren åtnjuter anställningsskydd fram till pension (allvarlig sjukdom eller död). Därmed är en domare oavsättlig såvida inte han eller hon begår brott eller grovt åsidosätter sina tjänsteåligganden (se t.ex. RF 11:5). Detta är fallet också i enstaka författningsdomstolar såsom i Belgien och Österrike. Det vanliga är dock att författningsdomstolarnas domare har mandat som är begränsade i tiden (varierar vanligen mellan sex och tolv år) och som inte kan förnyas. För så gott som alla europeiska författningsdomstolar gäller också att dess ledamöter inte tillåts kombinera sitt domarvärv med ett politiskt ämbete eller annan offentlig eller privat funktion; oftast tillåts endast akademisk verksamhet (Favoreu 1996, s. 20–21, 116–117).

Därutöver finns det flera olika medel för att garantera oavhängigheten för författningsdomstolarnas domare på lång sikt. Ett sätt att förhindra politiska markeringar utåt är att inte tillåta avvikande uppfattningar i författningsdomstolens beslut (såsom i Frankrike och Litauen), även om detta också kan uppfattas som en inskränkning av domarens frihet att fatta de beslut som denne anser vara riktiga. En annan möjlighet är att garantera statligt arbete eller sociala förmåner efter det att mandatperioden har löpt ut. Detta är viktigt särskilt om domaren är förhållandevis ung vid utnämningen och därför kan förväntas vilja fortsätta sin karriär: politiskt missgäliga avgöranden måste inte förhindra en fortsatt yrkesverksamhet. Den ”bestraffning” som dock skulle kunna vara möjlig handlar i stället om att den f.d. domaren får ett underkvalificerat statligt arbete (Taube 2003, s. 140f).

Om domares oavhängighet kan förklaras genom antingen en obegränsad eller en tidsbegränsad mandatperiod, framstår det kanske som svårare att förklara hur en oavhängighet alls kan komma till stånd när utnämningen av domare är knuten till politiska organ.

Ifråga om utnämningen till domare i allmänna högsta domstolar är det inte ovanligt att det är exekutiven (dvs. regeringen eller presidenten) som har det avgörande inflytandet. Ett utnämningsbeslut kan föregås av en mer eller mindre öppen process för att finna fram lämpliga kandidater, t.ex. genom annonsering av lediga tjänster (Norge) eller genom utfrågning i parlamentet av möjliga kandidater (USA). Det kan också vara parlamentet som utnämner domarna i landets högsta instans såsom är fallet i Estland. Även där föregås rekryteringen av ett öppet ansökningsförfarande (Taube 2003, s. 135–139).

Utnämningen av domare till författningsdomstolar utmärker sig genom att vara uppdelad mellan flera statsorgan så att olika politiska intressen får inflytande. Därtill är det vanligt att också den dömande makten har inflytande över utnämningen av författningsdomarna. I exempelvis Frankrike är utnämningmakten uppdelad mellan presidenten och ordföranden i parlamentets respektive kammare, i Italien och Litauen mellan presidenten, parlamentet och den högsta domstolen, och i Lettland mellan regeringen, parlamentet och högsta domstolen. I flera länder utses författningsdomstolens ledamöter enligt ett roterande schema så att dess sammansättning kontinuerligt förnyas i linje med bl.a. de preferenser som kommit till uttryck i demokratiska val. Således byts en tredjedel av domarna ut vart tredje år i Frankrike, Italien och Litauen (mandatperiod om nio år) och de tre utnämmande organen får alltså utnämna en domare vart tredje år. På så sätt åstadkoms ett regelbundet ”demokratiskt inflöde”.

Också domarsammansättningen är bredare i en författningsdomstol jämfört med i en allmän domstol eller förvaltningsdomstol. Medan en allmän högsta domstol besätts med jurister (med erfarenhet som domare, advokat, juristprofessor eller åklagare) kan en författningsdomstol besättas av en blandning av både jurister (gärna professorer), ibland statsvetare (såsom i Frankrike) och personer som har juridisk utbildning men också politisk erfarenhet (f.d. parlamentariker, minister etc.).

Här måste emellertid understrykas att detta politiska inflytande över domarutnämningarna *inte* innebär att domaren i en författningsdomstol (eller en allmän högsta domstol) fått ett uppdrag att driva partipolitik. Som domare har denne till enda uppgift att vaka över konstitutionens efterlevnad och uttolkning. Domarens beslut måste motiveras och bygga på rättsligt acceptabla argument. Uppdraget kräver därmed integritet samt en professionell hållning. Därtill är domaren underkastad konstitutionen och gällande lagstiftning i likhet med alla andra ämbetsmän, politiker, offentli-

ga funktionärer etc. Det är alltså inte korrekt att dra den slutsatsen att en ”politisk” rekrytering ger ”politiska” domare så som det ofta hävdas i den nordiska debatten (Smith 2003, s. 183–184).

### **Effektivitet hos olika typer av rättslig lagstiftningskontroll**

Målet för den rättsliga lagstiftningskontrollen är att bevaka konstitutionens överhöghet och alltså att all lagstiftning är konform med konstitutionen. I sin korrigerande egenskap kan den rättsliga lagstiftningskontrollen bara utgöra ett komplement till den politiska lagstiftningskontrollen, inte en ersättning.

Vid ett ytligt betraktande kan frågan om vad som är mest effektivt, rådgivande eller tvingande lagstiftningskontroll, framstå som överflödig. Lagstiftningskontroll med tvingande verkan borde väl per definition vara mer effektiv än rådgivande? Återigen beror svaret på vad man menar med ”effektivitet”.

Vad gäller först ”demokratisk effektivitet” är utgångsläget ett annat än för folkvalda politiska organ (jfr ovan angående ”demokratisk effektivitet” hos den politiska lagstiftningskontrollen). Detta betyder inte att den rättsliga kontrollen som sådan saknar demokratisk legitimitet. Dess demokratiska legitimitet kan däremot förklaras med andra argument. Domstolarna och den makt som tillkommer dem är konstitutionellt etablerad på samma sätt som de politiska organens position och maktutövning. På så sätt har alla konstituerade organ samma grad av legitimitet eftersom den konstituerande makten (dvs. i princip folket) har bestämt hur konstitutionen skall se ut som helhet. Har konstitutionen (och senare konstitutionella ändringar) tillkommit i korrekt och demokratisk ordning finns det inget skäl att mäta de olika konstituerade makterna sinsemellan utifrån en endimensionell, fallande demokratisk skala där folkvalda statsorgan har högre rang än icke folkvalda.

Om man utgår från förståelsen av den politiska lagstiftningskontrollens ”demokratiska effektivitet” kan dock den rådgivande rättsliga kontrollen framstå som mer effektiv än den tvingande rättsliga kontrollen. Detta eftersom den äger rum i nära anslutning till beredningen av lagförslag och eftersom de rådgivande utslagen kan beaktas av folkrepresentationen när den skall fatta beslut och därigenom förebygga vissa typer av problem, jfr Lagrådets offentliga yttranden i Sverige. Detta kontrasterar mot den tvingande lagstiftningskontrollens resultat i de flesta författningsdomstolar eftersom denna innebär en ogiltigförklaring av lagen eller delar av lagen;

härav författningsdomstolars epitet som ”negativ lagstiftare”. Å andra sidan kan sådana tvingande beslut vara ”demokratiskt effektiva” i känsliga frågor i vilka ett parlament inte har förmått komma till ett avgörande och i stället hänskjutit frågan till en författningsdomstol för avgörande. Som ett numera klassiskt exempel fungerar Litauens författningsdomstols beslut att avskaffa dödsstraffet: på grund av bristen på folkligt stöd kunde eller ville inget politiskt parti driva denna fråga i en valkampanj, samtidigt var det viktigt för landets internationella anseende att upphäva dödsstraffet.<sup>4</sup>

Vad gäller den rättsliga lagstiftningskontrollens effektivitet i kvalitativ mening finns det flera parametrar än bara dess rättsliga verkan (rådgivande/tvingande) och effekt (*inter partes/erga omnes*). Den rådgivande lagstiftningskontrollen omfattar ett lagförslag som helhet och ger positiva avtryck i form av tekniska korrigeringar och eventuellt ändringsförslag angående formfrågor eller lämplighetsöverväganden inför det fortsatta lagstiftningsarbetet (jfr CE i Frankrike). De rättsliga argumenten kan därmed förbättra den politiska slutprodukten (se Danelius 2004). Häri ligger den rådgivande förhandskontrollens storhet.

Den tvingande lagstiftningskontrollen är i detta avseende mindre effektiv med tanke på omfattning och resultat. I en författningsdomstol är omfattningen av den rättsliga prövningen oftast begränsad till de bestämmelser som en part anfört som stridande mot konstitutionen (men ett yrkande om att en hel lag strider mot konstitutionen kan också tänkas). Det hör till undantagen att en författningsdomstol själv kan utvidga sin prövning till att också omfatta ytterligare bestämmelser i samma lag eller i närliggande relevant lagstiftning. Vid en rättslig prövning i allmän domstol eller förvaltningsdomstol finns däremot en något större frihet för domaren eftersom denne gör en prövning *ex officio* av förenligheten med konstitutionen av de bestämmelser som är aktuella i det konkreta fallet. Det ligger dock i sakens natur att det inte heller i dessa domstolar kan bli fråga om en prövning av lagen som helhet; domaren är därtill begränsad av en parts yrkanden. I det praktiska rättslivet är emellertid den tvingande rättsliga lagstiftningskontroll som sker i efterhand betydelsefull eftersom den utgör ett medel för att komma tillrätta med de oförutsedda frågor som kan uppstå vid tillämpningen av lagstiftning. I så måtto är den överlägsen den rådgivande kontrollen ifråga om effektivitet.

Ifråga om resultat leder den tvingande rättsliga prövningen till att den grundlagsstridiga lagstiftningen/bestämmelserna i en lag kan sättas åt sidan (dvs. inte tillämpas) av en allmän domstol, eller till att de grundlags-

stridiga bestämmelserna i lagen förklaras som ogiltiga av en författningsdomstol. Detta faktum kan i sig själv representera en sådan risk för de politiska organen i form av prestigeförluster att en författningsdomstols existens får en förebyggande verkan mot lagstiftning som strider mot konstitutionen. Därmed ökar den tvingande rättsliga lagstiftningskontrollens möjliga effekt. I sammanhanget kan nämnas att frekvensen av antalet tillsidosättelser och ogiltigförklaringar i praktiken är försvinnande liten i förhållande till det totala antalet lagar som antas.<sup>5</sup>

Men sammanfattningsvis kan den rättsliga lagstiftningskontrollen inte bli mer effektiv än de politiska organen (den konstituerande och de konstituerade makterna) är villiga att göra den till. Beroende på t.ex. en författningsdomstols auktoritet och ställning i ett land kan dess beslut tillmätas större eller mindre vikt i praktiken. I värsta fall kan de negligeras på den politiska nivån, vilket kan leda till luckor i lagstiftningen om det inte finns ett tillräckligt stark politiskt intresse för att följa upp med ny lagstiftning efter ett beslut i domstol. Detta är kanske inte alltid så troligt i fungerande demokratier men det är i alla fall fullt möjligt. I så måtto kan det vara svårt att tala om effektivitet hos den rättsliga lagstiftningskontrollen.

## **Förhållandet mellan politisk och rättslig lagstiftningskontroll**

Detta komplex har redan berörts något i föregående diskussion om den rättsliga kontrollens effektivitet och dess egentliga underordning till de politiska organen. Syftet i detta avsnitt är att diskutera några mer specifika frågeställningar angående förhållandet mellan politisk och rättslig lagstiftningskontroll. Ifråga om den tvingande rättsliga lagstiftningskontrollen gäller det dels de politiska organens talerätt, dels betydelsen av ett domstolsbesluts rättsliga verkan i tiden. Angående det politiska företrädet kommer så frågan om den konstituerande maktens inflytande efter ett domstolsbeslut.

### **Rättslig prövning av politiskt beslut**

Den första frågeställningen rör talerätten i en allmän domstol/förvaltningsdomstol eller författningsdomstol. Detta är avgörande för om och hur den politiska lagstiftningskontrollen kanaliseras till en rättslig instans, främst en författningsdomstol. I den stund politiska organ får talerätt har domstolen med ett steg kommit att få ett mer öppet politiskt inflytande.

Men hur stort detta blir beror på vilket eller vilka organ som har talerätt och hur denna används.

I många länder som har författningsdomstol har parlamentsledamöter talerätt, oftast en grupp av en viss storlek, säg 10–20 procent av ledamöterna. Ett sådant antal motsvarar en inte oansenlig del av den politiska minoriteten som genom talerätten får en yttersta möjlighet att pröva dess konstitutionella invändning mot viss lagstiftning. Om det skall vara meningsfullt att ge parlamentariker talerätt är det viktigt att det antal ledamöter som stödjer talan är väl balanserat; ett för högt antal gör att det blir svårt att alls driva en talan medan ett alltför lågt antal kan bereda vägen för obstruktion av lagstiftningsarbetet. Samtidigt bör det poängteras att en (författnings)domstol inte kan behandla vilken invändning som helst: det måste vara fråga om en rättsligt motiverad invändning angående en rättsregels förenlighet med konstitutionen.

Talerätten erbjuder i så måtto en begränsad möjlighet för en minoritet att fortsätta den politiska debatten men i ett nytt forum. Skillnaden är att den begränsas till att gälla den konstitutionella frågan. Detta kan å ena sidan betraktas som ett politikens misslyckande, men å andra sidan lika väl som en legitim fortsättning på beslutsprocessen. Det senare blir fallet när den politiska oppositionen – såväl före som efter regeringsskifte – väljer att utnyttja talerätten mot den sittande regeringens lagstiftning. På så vis normaliseras det ingrepp som den rättsliga prövningen kan sägas stå för i förhållande till den politiska processen. Detta har varit fallet i exempelvis Frankrike.

I de fall en president har talerätt innebär det likaså en kanalisering av den politiska kontrollen till en rättslig instans. I likhet med parlamentariker måste presidenten begrunda sin invändning mot lagen med konstitutionella argument (och han eller hon kan förstås riskera att förlora i domstolen). Därigenom blir utrymmet för politiska invändningar reducerat och presidentens möjlighet minskar vad gäller inblandning i den politik som ett parlament för. En presidents talerätt kan därtill innebära en möjlighet att i exceptionella fall häva sig över politiska konfrontationer för att uppnå en rättslig lösning; presidentens inblandning kan på så sätt vara behjälplig i delikata lägen.<sup>6</sup>

Som det estniska exemplet visar kan den rättsliga prövningen ombesörjas av en allmän högsta domstol; ett annat sådant exempel är Irland. Erfarenheterna från Estland visar också på ett förmodligen typiskt mönster där presidenten är ganska aktiv under konstitutionens första år för att därefter

utöva sitt veto endast undantagsvis (Favoreu m.fl. 2000, s. 265–267, Taube 2001, s. 271). Det faktum att det är en vanlig högsta domstol kan eventuellt bidra till att kyla ner den politiska stämningen i konstitutionella konflikter eftersom dessa domstolar vanligen har en betydligt mindre uttalad politisk profil än författningsdomstolar med tanke på utnämningssförfarande och sammansättning.

Den andra frågeställningen rör betydelsen av den rättsliga kontrollens rättsliga verkan och effekt i tiden. Med rättslig verkan förstås här den juridiska innebörd som ett domstolsbeslut har med avseende på den lag som prövats. Som nämnts tidigare kan bedömningen i en allmän domstol eller förvaltningsdomstol leda till att den grundlagsstridiga bestämmelsen sätts åt sidan (dvs. icke tillämpas) i ett enskilt konkret fall. Ett alternativ är möjligheten att tillämpa den omstridda bestämmelsen men under bestämda förutsättningar för hur den skall tolkas (Smith 2001, s. 127ff). Båda varianterna betyder att inget sker med bestämmelsen som sådan. Detta är relativt odramatiskt i jämförelse med författningsdomstolars beslut som i stället kan innebära att en bestämmelse förklaras ogiltig ("null and void"): bestämmelsen upphör därvid att gälla i och med domstolens beslut som också har generell verkan (effekt *erga omnes*).

Vad gäller effekten i tiden, alltså från vilken tidpunkt som lagen (eller enstaka bestämmelser i lagen) skall vara ogiltig, kan den som nämnts gälla *ex tunc*, *ex nunc* eller *pro futuro*. Dessa alternativ innebär ingripanden av olika stark grad i lagstiftningen.

Utgångspunkten måste vara att den grundlagsstridiga lagen/bestämmelsen förlorar sin giltighet från dagen för dess ikraftträdande (*ex tunc*): en bestämmelse som är oförenlig med konstitutionen kan per definition inte vara gällande. Men eftersom detta skulle leda till problem i det praktiska rättslivet – t.ex. genom att rättshandlingar som kanske har gjorts under några år plötsligt skulle betraktas som ogiltiga – är det endast undantagsvis som författningsdomstolar kan ge sina beslut en sådan verkan bakåt i tiden. Författningsdomstolen i Lettland utgör en av de få som har denna möjlighet, men numera hör det till ovanligheten att den ger beslut medverkan *ex tunc*. Det användes däremot ganska ofta under de första verksamhetsåren då lagstiftningens tekniska kvalitet var lägre och rättsfallen avseende korruptionsrelaterade problem fler (Taube 2001, s. 278).

Ogiltighet från och med domstolens beslut (*ex nunc*) är annars det vanliga och innebär en kompromiss mellan lagprövningens logik och kraven på förutsebarhet i rättsordningen. Att skjuta upp ogiltigheten så att den

gäller från och med ett stipulerat datum i framtiden (ogiltighet *pro futuro*) kan dock vara ett praktiskt sätt att undvika omedelbara luckor i lagen. Samtidigt bollas det politiska initiativet och ansvaret över till lagstiftaren som måste vidta legislativa åtgärder inom viss tid. Sistnämnda konstruktion finns i Österrike och har även utvecklats i Tyskland och bl.a. Estland. Sammantaget bjuder dessa tre varianter på ogiltighet från och med viss tidpunkt en viktig aspekt angående en författningsdomstols makt. I både politiskt och praktiskt hänseende är den central vid diskussionen om vilken kraft en författningsdomstol faktiskt får i ett givet system.

### **Politisk reaktion efter ett rättsligt beslut**

Har (författnings)domstolar det sista ordet i den långa (lagstiftnings)process som har lett till att en, flera eller kanske alla bestämmelser i en lag har blivit ogiltigförklarade? Ett jakande svar på denna fråga brukar framstå som givet bland lagprövningens och författningsdomstolens kritiker: domarna har delvis fått lagstiftarens roll och det är därför som den rättsliga kontrollen inte är demokratiskt acceptabel. Syftet här är att kort nämna de åtgärder som de politiska organen har att använda sig av efter ett domstolsbeslut, åtgärder som också tjänar till att förklara den rättsliga lagstiftningskontrollens demokratiska legitimitet.

Det just beslutade fallet står självfallet fast. Men de politiska organen kan efter ett domstolsbeslut alltid bestämma sig för att komplettera och ändra lagstiftningen inför framtida fall. Utöver ny lagstiftning kan de politiska organen också välja att ändra konstitutionen så att den rymmer det eller de politiska mål som eftersträvas med den lag som (författnings)domstolen tidigare inte ansett förenlig med den gällande konstitutionen. Även en författningsdomstols mandat kan ändras på detta sätt. Den grundlagsändrande, dvs. konstituerande makten får därmed inflytande över utformningen av de konstituerade makternas (parlament, regering, domstolar etc.) uppgifter (Smith 1995, s. 399ff).

Möjligheten till konstitutionella ändringar genom en särskild beslutsprocess är förstas beroende av de regler som varje konstitution anvisar. Därför kan den konstituerande maktens inflytande bli mer eller mindre reellt beroende på vilka majoritetskrav och beslutsformer som gäller. Bland de faktorer som ökar det direktdemokratiska inflytandet på konstitutionella ändringar kan nämnas både parlamentsval (mellan två parlamentsbeslut om konstitutionell ändring) och folkomröstning. Båda mekanismerna tjänar i teorin till att skilja de konstituerade makterna från den konstitue-

rande makten. De svenska reglerna för grundlagsändringar i RF 8:15 gör så, därtill är kravet på enkel majoritet för beslut inte särskilt högt. I praktiken kan det förmodligen vara svårt att realisera konstitutionella ändringar på grund av ett domstolsbeslut i viss fråga, men det har skett i flera andra länder. Som i andra politiska frågor handlar det om vilja och förmåga att också diskutera en konstitutionell reform vid stundande parlamentsval.

## Utvecklingsmöjligheter för lagstiftningskontrollen i Sverige

Det är förmodligen en smaksak – i enlighet med den ena eller andra politiska övertygelsen – om dagens svenska system *behöver* ändras eller ej. Diskussionen bör därför handla om vad det är som kan tänkas uppnås med en utveckling av lagstiftningskontrollen i förhållande till den roll som man också vill att konstitutionen skall ha. Med tanke på den antingen-eller-präglade diskussion som ofta förs angående former för lagstiftningskontroll (särskilt avseende domstolarnas ”politiska” roll) är tanken här att föra fram några utvecklingsmöjligheter.

En förståelse av olika former för politisk respektive rättslig lagstiftningskontroll och deras principiella värde och kompletterande betydelse i förhållande till varandra understryker vikten av flera kontrollformer. Det faktum att tyngdpunkten i dagens svenska system utgörs av en politisk och rättslig förhandskontroll behöver inte betyda att en ökad möjlighet till rättslig efterhandskontroll utgör en demokratiförlust. Men en utökad rättslig efterhandskontroll kan vara principiellt och praktiskt viktig som komplement och korrektionsmetod; den betyder inte att värdet av den politiska lagstiftningskontrollen förringas.

Det kan ha ett stort egenvärde att bevara institutioner som är väl etablerade och sedan länge accepterade. De kan därigenom åtnjuta ett förtroende som det tar tid för en ny institution att bygga upp, och de kan också förväntas fungera bättre. Därför vinner det politiska och rättsliga systemet för lagstiftningskontroll förmodligen på relativt små reformer som naturligt smälter in i den svenska konstitutionella självförståelsen. Detta hindrar inte att det befintliga systemet kan reformeras och vidareutvecklas så att det fyller tidens behov och förändrade krav. Men eventuella nya och främmande rättsinstitut måste dock övervägas noga. Kanske är detta en speciell utmaning i det svenska systemet som har fått utvecklas och mogna under gynnsamma och fredliga förhållanden under så lång tid, utan avbrott

för krig eller revolutioner. Om en krissituation förelåg och reformbehovet var akut skulle det däremot bli nödvändigt med en djärvare hållning till reformer.

Nedanstående möjligheter inspirerade av europeiska exempel borde kunna framstå som seriösa i en fortsatt författningspolitisk diskussion om utvecklingsmöjligheter i det svenska systemet.

Den granskning av lagförslags förenlighet med grundlag som konstitutionsutskottet (KU) genomför utgör grundbulten för den politiska lagstiftningskontrollen i Sveriges riksdag. Det ligger i den politiska granskningens natur att den influeras av partipolitiska överväganden, men det betyder inte att den därför alltid är utpräglad politisk. Det finns exempel på att KU har kunnat häva sig över partipolitiken (t.ex. kan anföras KU:s yttrande över lagförslaget om avgifter på TV 4:s reklamintäkter), därtill utförs dess granskning ofta med en juridiskt godtagbar metod (Bull 2002, s. 143ff, Sterzel 2002, s. 95).

Den utveckling som möjligtvis skulle kunna tänkas bygger på den mer utpräglade rättsliga profil som Finlands grundlagsutskott har jämfört med Sveriges KU. Detta skulle kunna uppnås med hjälp av ett större utrymme för bl.a. juridisk expertis vid granskningen av lagförslag, t.ex. genom att anlita utomstående experter i stor utsträckning och sedan låta deras utlåtanden få väsentligt genomslag i utskottets egna yttranden. Men detta framstår som betänkligt eftersom den politiska dimensionen av granskningen samtidigt minskar; poängen med ett parlamentariskt utskott som KU är att det skall vara just politiskt och alltså ge utrymme för politiska tolkningar. I så måtto kunde kanske hellre det finska grundlagsutskottet omvandlas till en renodlad rättslig instans (utnämnt av politiska organ såsom Frankrikes Conseil Constitutionnel) men med en rådgivande roll (motsvarande Lagrådet i Sverige och Conseil d'Etat i Frankrike).

Lagrådets granskning av lagförslag har varierat mellan att vara först obligatorisk för vissa lagförslag, därefter uteslutande fakultativ och nu rekommenderad ("Yttrande av Lagrådet bör inhämtas ...", se RF 8:18 2 st.). Lagrådets yttranden har hela tiden varit rådgivande. I praktiken hänskjuts de allra flesta lagförslag till Lagrådet eftersom det är fördelaktigt med både en lagteknisk granskning och en fingervisning om eventuella brister i förhållande till grundlagen (Lavin 2001, s. 21ff).

Den möjlighet som kunde tänkas är att Lagrådets granskning åter skulle bli obligatorisk, åtminstone för lagförslag angående de frågor som anges i RF 8:18 2 st. och lagförslag som berör det kommunala självstyret och

domstolarnas organisation. För övriga frågor skulle den fortsatt vara fakultativ.

Även i fortsättningen bör Lagrådets yttranden vara fullt offentliga och rådgivande. Som tidigare nämnts framstår det som viktigt inför den fortsatta lagstiftningsprocessen att den rättsliga instansens rådgivande yttranden är tillgängliga för såväl politisk opposition som allmänhet. Offentlighet är grundläggande för opinionsbildningen, och en ändrad hållning i detta avseende (jfr Frankrikes CEs *icke* offentliga yttranden) skulle verka totalt främmande för svensk konstitutionell tradition. Att ge Lagrådets yttranden tvingande verkan vore att införa en kontroll i författningsdomstol redan på lagstiftningens förberedelsestadium, något som inte förefaller lämpligt.

Vad gäller utvecklingen av den tvingande rättsliga lagstiftningskontrollen kan två möjligheter framhållas. Den ena handlar om att upphäva uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14. Detta är principiellt viktigt eftersom det skulle bidra till att understryka konstitutionens rättsliga betydelse i förhållande till vanlig lag och inte minst regeringens förordningar som nu har en särställning (Pettersson m.fl. 1999, s. 51–53). Därmed skulle bl.a. enskilda individer också kunna lita till grundlagens fulla skydd. I ett europeiskt perspektiv framstår en domarnas oinskränkta kompetens i lagprövningshänseende som normalstandard. Det är en annan sak att ett upphävande av uppenbarhetsrekvisitet i realiteten är en obetydlig reform med tanke på dels den motvilja mot att hantera politiska frågor som svenska domare traditionellt har, dels de argument som oavsett domarnas hållning tillråder en viss tillbakahållighet gentemot det folkvalda parlamentet.

Den andra möjligheten rör domstolsorganisationen. Sverige har två högsta instanser och det har ännu inte inträffat att Högsta domstolen och Regeringsrätten har gjort olika bedömningar beträffande grundlagsenligheten hos en och samma bestämmelse. Men detta skulle kunna inträffa och kommer sannolikt att inträffa någon gång i framtiden, särskilt om lagstiftningskontrollen blir mer aktiv än idag. För att undvika detta problem skulle man kunna införa en särskild instans som har till uppgift att lösa konstitutionella frågor när de uppstår. Det som föreslås är inte en separat författningsdomstol utan en svensk version av Greklands Särskilda högsta domstol och Estlands Konstitutionskammare. Den skulle kunna samman sättas av domare från Högsta domstolen och Regeringsrätten, vilka inte samtidigt får vara med i Lagrådet.

Ytterligare ledamöter skulle kunna tänkas, allt beroende på vilken

kompetens och profil som önskas hos den särskilda instansen. Detta, liksom utnämningförfarandet, är centralt för den särskilda instansens trovärdighet både inför de politiska organen och allmänt. Vad gäller först sammansättningen kan tänkas en helt juridisk inriktning som i Grekland där också juristprofessorer har plats. En något mer politisk profil uppnås med personer som har politisk erfarenhet, t.ex. som riksdagsledamot, plus adekvat utbildning. Utnämningförfarandet kan organiseras på olika sätt. En möjlighet är att låta Högsta domstolen och Regeringsrätten själva utse vilka av dess domare som skulle vara ledamöter av den särskilda instansen (ett förfarande som motsvarar det i Estlands Högsta domstol), en annan att riksdagen utser ledamöterna av den särskilda instansen (eller regeringen, såsom den utser Lagrådets ledamöter). Utnämningen av eventuella övriga ledamöter skulle kunna anförtros ett politiskt organ. Med tanke på att det nu är regeringen som utser alla domare i HD och Regeringsrätten skulle det framstå som rimligt att låta riksdagen utse övriga ledamöter (utnämningen skulle kunna beredas av KU).

Med en särskild instans aktualiseras flera principiella och processuella ändringar som inte skall fördjupas i detta sammanhang. Här skall bara nämnas först frågan om prövningens karaktär. I nuläget utövas en konkret prövning med effekt *inter partes* i de svenska domstolarna. Med en centraliserad instans blir det möjligt att utveckla prövningen så att den i stället blir abstrakt och får effekt *erga omnes*. Vilken rättslig verkan domstolsbeslutet då skulle ha blir en naturlig delfråga som kan lösas genom beslut om ogiltighet *ex nunc* eller ogiltighetsförklaring med effekt *pro futuro*. Den andra frågan rör talerätten och om den skulle fortsätta att omfatta uteslutande konstitutionella frågor anhängiggjorda av lägre domstolsinstanser (inklusive specialinstanser såsom t.ex. Arbetsdomstolen), eller om den skulle utvidgas till andra statsorgan (t.ex. Justitieombudsmannen eller en minoritet i riksdagen). Hållningen i dessa frågor avgör om den särskilda instansen skulle klassificeras som författningsdomstol eller inte.

## Noter

- 1 Här kan nämnas ett säreget tillfälle i Litauen då parlamentets talman Vytautas Landsbergis bad president Valdas Adamkus att uttala sitt veto mot ett förhastat beslut om att anta en lag vilken bemöttes med kraftig kritik nationellt och internationellt. (Lagen innebar att 1941 års deklaration om återupprättandet av Litauens självständighet gavs rättslig status i efterhand. En konsekvens av detta skulle bli att den litauiska staten skulle komma att stå som medansvarig för den förföljelse och förintelse av landets judiska befolkning som ägde rum under 1941–1944 års tyska ockupation av Litauen. Att lagen antogs måste ses i samband med bl.a. det konservativa partiets och andra högerpartiers valkampanjförberedelser inför 2000 års parlamentsval.) Presidentvetot hade kunnat fungera som nödbroms i detta fall. Emellertid ville presidenten inte använda sitt veto eftersom han menade att parlamentet måste ta sitt politiska ansvar och själv ordna upp i de problem som dess beslut förorsakat (*The Baltic Times*, 21–27 September 2000, s. 6).
- 2 Dessa kommentarer grundar sig på de intryck jag fick under en forskningsvistelse vid CE och CC, både genom studium av ett lagförslag i flera varianter i en politiskt känslig fråga och som åhörare vid diskussion kring granskning av lagförslag.
- 3 Det är inte tillåtet för franska medborgare att lyssna på de muntliga överläggningar som ingår i granskningsprocessen hos CE. Däremot kan utländska observatörer få tillåtelse till detta!
- 4 Ruling, 9 December 1998, i *Rulings and Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania 11*, Vilnius 1999, s. 101ff.
- 5 Exempel på kvantificering av antalet icke tillämpade/ogiltigförklarade lagar eller enskilda bestämmelser i lagar i ett urval länder (Frankrike, Norge, Tyskland och USA) presenteras i Smith 2001, s. 123ff.
- 6 Som exempel kan nämnas den situation som uppstod i Lettland då en f.d. parlamentariker anhängiggjorde en talan i författningsdomstolen i sin egenskap av enskild individ genom s.k. "constitutional claim" (Lettlands författningsdomstol: Judgment, Case No. 2001-06-03, 22 Februari 2002). Talan avsåg schablonersättningar för parlamentarikers boende i Riga och för transport mellan Riga och hemorten och oavsett reella utgifter. Parlamentariker som redan hade bostad i Riga när de valdes till parlamentet fick genom den omtvistade lagen en skattefri extrainkomst eftersom de i praktiken inte hade extra utgifter för boende och transport. Att en grupp parlamentariker inte förde talan i detta fall är inte så förvånande; däremot hade man kunnat tänka sig att presidenten hade trätt in i sin egenskap av icke-parlamentariker och på sätt bidragit till att minska den spänning som uppstod inte bara mellan den person som förde talan (en f.d. parlamentariker) och parlamentet, utan också mellan parlamentet och författningsdomstolen; presidenten ingrep dock inte. I tidigare fall har Lettlands författningsdomstol utsatts för politiska påtryckningar och hot om nedläggning (Taube 2001, s. 282f, Endzins 2003, s. 155).

## Referenser

- Bull, Thomas, (2002), "Riksdagen som grundlagstolkare". I E. Smith (red.) *Grundlagens makt*, s. 142–63. Stockholm: SNS Förlag.
- Danelius, Hans, (2004), "En lagrådsledamots tankar om lagstiftningen". I *Svensk juristtidning*, s. 25–33.
- Elster, Jon, (1995), "Limiting Majority Rule. Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch" i E. Smith (red.) *Constitutional Justice under Old Constitutions*, s. 3–21. The Hague: Kluwer Law International.
- Endzins, Aivars, (2003), "On the role of the Constitutional Court in Latvia". I Smith (red.) *The Constitution as an Instrument of Change*, s. 154–162. Stockholm: SNS Förlag.

- Favoreu, Louis, m.fl., (2000), *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Favoreu, Louis, (1996), *Les cours constitutionnelles* Edition "Que sais-je?". Paris: PUF.
- Hautamäki, Veli-Pekka, "Authoritative Interpretation of the Constitution: A Comparison of Argumentation in Finland and Norway", vol 6.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (October 2002), <http://www.ejcl.org/ejcl/63/art63-1.html>
- Hidén, Mikael, och Ilkka Saraviita, (1989), *Statsförfattningsrätten i huvuddrag*. Mänttä: Juristförbundets Förlag.
- Hidén, Mikael, (1998), "Övervakningen av lagarnas grundlagsenlighet i Finland", *Jussens Venner*, s. 66–77.
- Kastanas, Elias, (2002), "Constitutional review by ordinary courts: the Greek system of diffuse constitutional control and its limits". I Council of Europe, the European Commission for Democracy through Law (Venice commission) and the Constitutional Court of Lithuania: *Interpretation and Direct Application of the Constitution*, s. 235–248. Vilnius.
- Lavin, Rune, (2001), *Lagrådet och den offentliga rätten 1999–2001*. Lund: Juristförlaget.
- Nissen, Gunnar, Hiorthøy, Finn och Gaarder, Karsten, (1967), *Den dømmende makt*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Petersson, Olof, m.fl. (1999), *Demokrati på svenskt vis. Demokratirådets rapport 1999*. Stockholm: SNS Förlag.
- Roosma, Peeter, (2002), "Estonian constitutional adjudication: changes in the procedure" i *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, nr 3.
- Smith, Eivind, (2003), "Courts and Parliament: The Norwegian System of Judicial Review of Legislation". I E. Smith (red.) *The Constitution as an Instrument of Change*, s. 171–187. Stockholm: SNS Förlag.
- Smith, Eivind, (2001), "Högsta (författnings)Domstolen?" i *Festskrift till Ulf Bernitz*, s. 123–132. JT.
- Smith, Eivind, (1993), *Høyesterett og folkestyret*. Oslo, Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind, (1995), "The Legitimacy of Judicial Review – A Comparative Approach". I E. Smith (red.) *Constitutional Justice under Old Constitutions*, s. 363–402. The Hague: Kluwer Law International.
- Sterzel, Fredrik, (2002), "Ett kvartssekel efter 'det författningslösa halvseket': Har Sverige nu en författning?". I E. Smith (red.) *Grundlagens makt*, s. 77–98. Stockholm: SNS Förlag.
- Taube, Caroline, (2001), *Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania. A Study in Comparative Constitutional Law*. Uppsala: Iustus förlag.
- Taube, Caroline, (2003), "Court Models and Procedures". I E. Smith (red.) *The Constitution as an Instrument of Change*, s. 129–149. Stockholm: SNS Förlag.
- Zoller, Elisabeth, (1999), *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France.

**H**ur skall konstitutionen utformas? Vem skall tolka dess ord? Hur skall den konstitutionella demokratis värderingar tillämpas före och efter ett politiskt beslut? Hur skall medborgarna kunna utkräva ansvar av de styrande? Varje samhälle måste reflektera över vilka konkreta institutioner som bäst förverkligar den konstitutionella demokratins ideal.

Boken *Konstitutionell demokrati* innehåller bidrag från aktuell rättsvetenskaplig forskning som kritiskt granskar tillståndet för den konstitutionella demokratin i Sverige.

Förutom bokens redaktörer EIVIND SMITH och OLOF PETERSSON, medverkar THOMAS BULL, OLLE LUNDIN, FREDRIK STERZEL, CAROLINE TAUBE och KARIN ÅHMAN.

**SNS**  
FÖRLAG

ISBN 91-7150-964-X



9 789171 509642