

Judikalisering och demokrati

Lagprövningsrätten i förändring?

Abstract

In this thesis I examine the development and expansion of judicial power in Sweden. The concept of judicial review is defined and related to democratic theory, and the various forms of judicial review in use in Sweden are explained. The main focus is on the political and scientific discussion concerning judicial review since the mid 1970s. It is shown that judicial review so far has been used only to a limited extent and that the number of court cases has remained quite stable over time. The main cause of judicialization seems to be the supremacy of EU law following the Swedish EU membership in 1995 and the inclusion of the European Convention on Human Rights into Swedish law. The political debate on judicial review is deeply divided along party lines with conservative parties in favor and parties on the left in opposition. The differing views reflect different attitudes towards democracy and constitutionalism, in particular concerning the need to limit majority rule.

Keywords: Judicial review, constitutionalism, democracy, judicialization, Sweden.

Innehållsförteckning

1 Inledning	1
1.2 Metodologiska överväganden	2
1.3 Material	4
1.4 Disposition	4
2 Demokratiteoretisk utgångspunkt	5
2.1 Att definiera demokrati	5
2.2 Konstitutionalism	6
2.2.1 Grundläggande fri- och rättigheter	8
2.3 Kollektivism och individualism	9
3 Den juridiska kontrollens former	11
3.1 Allmänt om lagprövning och normprövning	11
3.1.1 Den svenska lagprövningsrätten	13
3.2 Lagrådsgranskning	13
3.3 Rättsprövning	14
4 Judikaliseringens drivkrafter	15
4.1 Globaliseringens betydelse för judikaliseringen	15
4.2 Europeisering av den svenska rätten	16
4.3 Judikalisering genom europeisering?	17
4.4 Tecken på judikalisering?	19
5 Forskarnas diskussion om lagprövning	21
6 Den politiska debatten	25
6.1 Perioden från antagandet av nya RF (1974) till EU-medlemskapet	25
6.2 Debatten efter EU-medlemskapet	28
7 Avslutande diskussion	30
Referensförteckning	33

1 Inledning

Det allmänna område som behandlas i denna uppsats är författningspolitik, vilket handlar om själva fundamentet för det demokratiska samhället. Författningspolitik rör debatten och besluten kring det politiska styrelseskicket utformning. Vid utformandet av en konstitution ställs alltid frågan – mer eller mindre explicit – vilket förhållande som bör råda mellan politik och juridik. Ett viktigt spørsmål därvid är vilket inflytande som jurister skall ha på politikens utformning.

Förhållandet mellan politik och juridik skulle kunna beskrivas som ett spänningsförhållande där två fundamentalt skilda principer som står för olika demokratiska ideal, representerar ytterligheterna. Den ena av dessa principer, vilken ofta benämns som *folksuveränitetsprincipen*, utgår från att det är folket som skall inneha makten över politiken i en stat. Denna tanke manifesteras även i majoritetsregeln ”en medborgare, en röst”. Folksuveränitetsprincipen går att finna i den svenska regeringsformens portalparagraf (RF 1:1) och kommer till uttryck genom formuleringen ”All offentlig makt i Sverige utgår från folket”.

Den andra principen kan benämnas som *rättsstatens princip*, vilken innebär att den offentliga makten är bunden och begränsad av rättsregler. Även denna princip uttrycks i regeringsformens portalparagraf genom formuleringen ”Den offentliga makten utövas under lagarna”. Rättsstaten innebär således begränsningar för utövning av den offentliga makten och principens förekomst i regeringsformen utgör därmed ett inslag av s.k. konstitutionalism.¹

Det svenska styrelseskicket har länge utmärkts av en stark betoning av folksuveränitetsprincipen, vilket i sin tur har inneburit att domstolarnas inflytande på politikens utformning – som kan vara betydande i vissa andra länder – har betraktats med stor skepticism. Vissa forskare hävdar emellertid att det trots misstron och motviljan mot domstolsmakt i Sverige på senare år har blivit alltmer legitimt och vanligt att förespråka ett ökat utrymme för maktindelning i olika former.²

Efter andra världskrigets slut har juridikens och juristernas inflytande över samhällsutvecklingen gradvis ökat. Tendenser till denna utveckling har noterats nationellt, på EU-nivå och internationellt.³ Juridikens ökande inflytande över samhällsutvecklingen brukar ibland benämnas som judikalisering.⁴ Juristen Joakim Nergelius hävdar att judikaliseringen är en av de tydligaste politiska tendenserna i vår tid men också att dess betydelse inte har uppmärksammas nämnvärt i den allmänna svenska debatten.⁵ Orsaken till detta är enligt Nergelius att domstolarnas makt i Sverige

¹ Algotsson, Karl-Göran, *Sveriges författning efter EU-anslutningen* (2000) s. 76.

² Se Nergelius, Joakim, i SOU 1999:58, s. 57. Jfr Nordquist, Jonas, *Domstolar i det svenska politiska systemet: Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet* (2001) s. 12.

³ Se Nordquist (2001) s. 54. Jfr även Se Tate, C. Neal –Vallinder, Torbjörn, *The global expansion of judicial power* (1995).

⁴ Även termer som *juridifiering* och *förrättsligande* används parallellt i litteraturen.

⁵ Se Nergelius (1999) s. 55 ff.

är ett nytt fenomen, som kommit ganska snabbt och oväntat för både jurister och politiker.

I denna uppsats belyses och granskas den framförda tesen om juridikens ökande inflytande i det svenska samhället ur olika synvinklar. Vilka former kan judikaliseringen ta sig, d.v.s. på vilka sätt utövas den juridiska kontrollen enligt svensk lagstiftning? Vilka förändringar har skett över tiden? Är judikaliseringen ett resultat av en medveten politik?

Det är nu mer än ett decennium sedan Sverige ingick som medlem i EU. Samtidigt med EU-inträdet införlivades Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna med den svenska rättsordningen. Dessa två företeelser har i mycket stor utsträckning bidragit till den s.k. europeiseringen av den svenska rätten. På vilket sätt har denna europeisering bidragit till en förändrad jurismakt?

Huvudsyftet med uppsatsen är att granska den politiska debatt som har förts om judikaliseringen och bl.a. undersöka i vilken utsträckning diskussionen också avspeglar argument och ståndpunkter som framförts i den vetenskapliga debatten av olika jurister och statsvetare. Diskussionen om judikaliseringen kan sägas ställas på sin spets vid s.k. lagprövning (judicial review),⁶ vilket innebär att myndigheter, främst domstolar, ges en mer eller mindre vidsträckt möjlighet att ignorera eller ogiltigförklara lagar som de folkvalda har stiftat. En övergripande fråga som denna uppsats behandlar kan därför formuleras på följande sätt: Hur manifesteras judikaliseringen i debatten om lagprövningen? Denna frågeställning kan emellertid preciseras och även utvecklas: Vilka förslag och argument förs fram av politikerna och vad säger debatten om politikernas demokratisyn? I vilken utsträckning följer debatten partipolitiska linjer? Hur har debatten förändrats över tiden?

En av huvudteserna i denna uppsats är att det i Sverige trots allt hittills inte har skett särskilt stora faktiska förändringar vad gäller den s.k. lagprövningen. En i huvudsak passiv judikalisering kan dock sägas ha skett i den mening att den svenska rätten i större utsträckning än tidigare måste ta hänsyn till internationella regelverk och till överstatliga domstolar som EG-domstolen i Luxembourg och Europadomstolen i Strasbourg. Det är emellertid tydligt att betydelsen av s.k. rättsprövning ökat i omfattning, men också denna förändring har ett påtagligt samband med den internationella utvecklingen och växande svenska åtaganden inom det europeiska samarbetet.

1.2 Metodologiska överväganden

För att få en grund för den fortsatta framställningen har jag valt att inleda med en kort genomgång av hur man inom statskunskapen definierat begreppet demokrati och hur olika författare ser på frågor om demokratins innehåll och former. Genomgången utnyttjas senare när jag analyserar debatten om judikaliseringen genom att försöka relatera argumenten till demokratiteoretiska synsätt. Vidare redovisas formerna för den svenska juridiska kontrollen av politiska och administrativa beslut för att besvara frågor

⁶ Jfr Holmström, Barry, i SOU 1999:76, s. 132.

som: Hur är de kontrollerande institutionerna utformade och vilken funktion fyller de? Hur har denna kontroll förändrats över tiden och i takt med den ökande internationaliseringen? Ett särskilt intresse gäller då vilken betydelse EU-inträdet och europeiseringen kan ha haft för utvecklingen och för politikernas inställning till ökad juridisk makt i Sverige.

Om det finns en tendens till judikalisering i samhället kan man anta att också argumenten för judikaliseringen har förändrats över tid i riktning mot mer accepterade argument. En avgränsning i tiden är då av vikt. Under 1970-talet genomfördes i Sverige ett antal viktiga konstitutionella förändringar⁷ varför ett i avstamp i det decenniet är en rimlig utgångspunkt. Enligt vad som kommer att framgå nedan är det dock främst under 1990-talet som frågorna om judikaliseringen kommit upp på den politiska agendan.

Uppsatsen syftar till en idéanalys av den svenska parlamentariska debatten sådan den avspeglas i främst riksdagsmotioner och utskottsbetänkanden. Idéanalys har sin givna plats i undersökningar av författningspolitik,⁸ och har använts av t.ex. Jonas Nordquist (2001) och Karl-Göran Algotsson (2000). Idéanalyser kan emellertid utföras på flera sätt.⁹ I denna uppsats kommer jag att söka efter logiken i en politisk ideologisk argumentation och kommer därför att utföra en s.k. *inhållslig idéanalys*. I en innehållslig idéanalys söker man efter huvudbegreppen i argumentationen och undersöker vilken betydelse som de ges. Argumentationen knyts sedan samman med ideologier och ideologiska förändringar.¹⁰

Som analysram utgår jag från den norske statsvetaren Jon Elsters s.k. trehörnsdilemma, som kan sägas beskriva de motstridiga krav som vi ställer på ett samhällsskick.¹¹ Trehörnsdilemmat brukar bildligt beskrivas som en liksidig triangel där hörnen utgörs av begreppen demokrati, konstitutionalism och effektivitet. *Demokrati* innebär enligt Elster majoritetsstyre med allmän och lika rösträtt. *Konstitutionalism* syftar till att på olika sätt begränsa majoritetsbeslut. Med *effektivitet* avses slutligen nödvändigheten att statsorganen fungerar och kan verkställa beslut. Inget av dessa krav kan maximeras eftersom de i viss utsträckning motverkar varandra.¹²

I denna uppsats kommer emellertid endast förhållandet mellan demokrati och konstitutionalism att diskuteras. De två begreppen demokrati och konservatism, som kommer att behandlas mer utförligt i nästkommande kapitel, kan i idéanalysen sägas utgöra två demokratiteoretiska dimensioner eller demokratiideal.¹³

⁷ Varvid den största och viktigaste var antagandet av den nya regeringsformen år 1974.

⁸ Se Matsson, Ingvar – Petersson, Olof (red), *Svensk författningspolitik* (2003) s. 12.

⁹ Se Bergström, Göran – Boréus, Kristina, *Textens mening och makt* (2000) s. 154.

¹⁰ Se Vedung, Evert, *Det rationella politiska samtalet* (1977).

¹¹ Se Elster, Jon – Slagstad, Rune, *Constitutionalism and democracy* (1988) s. 1 ff.

¹² Se Holmström, Barry, *Domstolar och demokrati: Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland* (1998) s. 450.

¹³ Se Bergström – Boréus (2000) s. 162 f.

1.3 Material

Problematiken rörande förhållandet mellan juridik och politik har länge varit ett försummat område inom forskningen. För Sveriges del kan konstitutionella frågor sägas ha kommit i fokus i dyningarna efter EU-inträdet och införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt. Under senare år har också flera skrifter om förhållandet mellan juridik och politik publicerats av både jurister och statsvetare, och flera offentliga utredningar med forskarmedverkan har ägnats frågan.¹⁴

I denna uppsats studeras både forskarnas diskussion och den politiska debatten om lagprövning som kan utläsas av motioner, betänkanden, utredningar och propositioner. I ett sådant material är det dock endast möjligt att ta del av vad som explicit står i texten, d.v.s. vilka explicita argument som anges. För att kunna förstå de *bakomliggande skälen* skulle textstudierna kunna kompletteras med annat material som t.ex. intervjuer.¹⁵ Det är emellertid inte säkert att användandet av intervjuer hade gett en mer korrekt bild av argumentationen kring en utökad domstolsmakt. Eftersom studien avser att studera förändringen i argumenten från mitten av 1970-talet är det dessutom en fördel att använda samma typ av material under hela tidsperioden. Ett mer preciserat syfte med uppsatsen kan därför sägas vara att söka efter de *explicita* argument som har angivits i inlägg från olika politiker.

1.4 Disposition

Efter detta inledande kapitel följer i kapitel 2 en presentation av demokratiteorier. I kapitlet diskuteras begreppen demokrati och konstitutionalism. I samband därmed diskuteras även kort begreppet fri- och rättigheter. Vidare behandlas motsättningen mellan det s.k. individualistiska och det kollektivistiska synsättet som är nära förknippat med motsättningen mellan de som förespråkar ökad domstolsmakt och de som motsätter sig den. I kapitel 3 presenteras – i syfte att ge en bakgrund till problemet – de olika formerna för juridisk kontroll över de folkvalda: Lagprövning, lagrådsgranskning och rättsprövning. I kapitel 4 diskuteras judikaliseringens drivkrafter. Vilken inverkan har Europarätten på denna utveckling? I kapitlet ställs också frågan om den svenska lagprövningsrätten, som den nu är utformad, verkligen har någon praktisk betydelse? I kapitel 5 ges en översikt över den nutida forskardiskussionen om lagprövningsrätten. Vilka argument lyfts fram och på vilket sätt kan dessa kopplas till demokratiteori? Kapitlet är också ämnat att utgöra en bakgrund till den politiska debatten som behandlas i kapitel 6. Den politiska debatten om lagprövningsrätten är uppdelad i två avsnitt, där det ena behandlar debatten före EU-anslutningen och det andra debatten därefter. I kapitel 7 ges en avslutande diskussion om vilka slutsatser som kan dras av den politiska debatten. Går det att skönja någon entydig trend mot mer accepterande argument eller handlar judikaliseringen främst om en passiv utveckling som styrs av internationaliseringen?

¹⁴ De två i detta sammanhang viktigaste volymerna som publicerades inom ramen för Demokratiutredningen är *Löser juridiken politikens problem* (SOU 1999:58) och *Maktindelning* (SOU 1999:76).

¹⁵ Se Lundquist, Lennart, *Det vetenskapliga studiet av politik* (1993) s. 108 f.

2 Demokratiteoretisk utgångspunkt

Debatten om domstolsmakt och demokrati kan sägas utgå från två fundamentalt skilda åsiktsinriktningar som kan relateras till demokratisk teori. Den ena av dessa förespråkar en utökad makt för domstolar i ett konstitutionellt hänseende. Domstolar ses därvid som ett nödvändigt komplement till den politiska staten. Den andra åsiktsinriktningen gör däremot gällande att konstitutionell domstolsmakt är odemokratisk i den mening att den innebär begränsningar för folkstyret. Innan jag redogör närmare för dessa båda teoretiska ståndpunkter är det dock nödvändigt att kort nämna något om debatten om hur begreppet demokrati skall definieras.

2.1 Att definiera demokrati

Vad som bör inrymmas i demokratibegreppet är omstritt. I debatten betonas vanligen antingen *formen* eller det materiella *innehållet*. Vad gäller formen avses demokrati som procedur, alltså en allmän och lika rösträtt. Med innehåll avses här bl.a. fri- och rättigheter som kan vara mer eller mindre nödvändiga för ett ur demokratisk synpunkt väl fungerande styrelseskick. Ges demokrati en innehållslig definition innebär det att handlingsutrymmet för lagstiftaren minskar eftersom det då krävs att vissa på förhand angivna hänsyn måste tas.¹⁶

Distinktionen mellan form och innehåll går dock knappast att finna i sin renodlade form. Demokratien som procedur är nämligen ett *medel* för att nå vissa bestämda mål och inte ett mål i sig. Vidare måste det materiella innehållet fastställas genom procedurer.¹⁷ De flesta forskare och debattörer kombinerar således dessa båda element, och betraktar demokrati både som en process och som en fråga om innehåll. Istället för en artskillnad mellan procedur och materiellt innehåll torde det följaktligen vara mer korrekt att tala om en *gradskillnad* av mer eller mindre innehållsliga element.¹⁸

En svår fråga är emellertid *vilken grad* av innehåll som begreppet demokrati bör givas. Olika svar och olika lösningar på problemet med demokratidefinitionen har givits av olika forskare.¹⁹ Statsvetaren Herbert Tingsten har genom sina skrifter under mer än ett halvt sekel haft ett stort inflytande på den svenska demokratiteoretiska doktrinen.²⁰ För att vid demokratidiskussioner undvika t.ex. den partipolitiska konflikten kring äganderätt å ena sidan (som traditionellt har hävdats från borgerligt håll) och kring

¹⁶ Se Holmström (1998) s. 55.

¹⁷ Se Dahl, Robert, i SOU 1999:11, s. 64 f.

¹⁸ Se Nordquist (2001) s. 54 ff. samt Holmström, Barry, *Domstolar och demokrati: Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland* (1998) s. 55 ff.

¹⁹ Se t.ex. Mats Lundströms analys av Herbert Tingstens, Jörgen Westerståhls och Olof Peterssons demokratibegrepp. *Tre demokratibegrepp i svensk statskunskap* i Berggren, Niclas - Nergelius, Joakim - Karlson, Nils, *Demokratis konstitutionella val* (2001).

²⁰ Jfr. Hermansson, Jörgen, *Demokrati i Västerländsk mening* i Statsvetenskaplig tidskrift (1986), årg 89, nr. 4, s. 254.

sociala rättigheter å andra sidan (som har hävdats främst av de mer vänsterinriktade partierna) ansåg Tingsten att man bör hålla innehållsliga definitioner så långt det är möjligt utanför demokratibegreppet. Demokrati kunde därför enligt Tingsten sägas utgöra en slags överideologi som alla politiska åskådningar, såväl konservatism som liberalism och socialism, kunde ansluta sig till.²¹ Tingsten förespråkade alltså en mycket snäv demokratisyn där endast rättigheter som är nödvändiga för den demokratiska proceduren – som fri åsiktsbildning – bör inräknas.²² En fördel med att definiera demokrati på detta snäva sätt är att man undviker värdemässiga konflikter.²³

Frågan uppstår dock ganska snart om man med utgångspunkt i en snäv demokratidefinition kan tillåta majoriteten att ta vilka beslut som helst? Kan och bör man i alla lägen lita på att majoriteten värnar om fundamentala mänskliga rättigheter? Bör det inte finnas någon mekanism som stoppar upp om fundamentala mänskliga rättigheter blir förtryckta? Det är tydligt att ett visst mått av rättsstatlighet är nödvändigt för ett ur allas synpunkt väl fungerande statsskick. Demokratin kan därmed, med statsvetaren Jörgen Hermanssons ord, antas förutsätta något som går utanför demokratin själv.²⁴

Att definiera demokratin är följaktligen inte helt enkelt. Debatten om vilken definition som demokrati skall ges är som snart skall visas också nära förbunden med den om domstolarnas roll i det politiska systemet.

2.2 Konstitutionalism

Det hävdas ibland att rättsreglerna i en konstitution inte är några vanliga rättsregler. De måste nämligen iakttas av lagstiftaren själv och betraktas därför ofta som politiska spelregler.²⁵ I en konstitution uttrycks de viktigaste principerna för en stats politiska liv: Den centrala statsmaktens maktbefogenheter och institutioner specificeras, liksom balansen mellan centrala organ och organ på andra nivåer. Gränser och skyldigheter för statsmakten kan skapas genom att medborgares rättigheter specificeras i konstitutionen. En konstitution skulle, som den finske statsvetaren Lauri Karvonen uttrycker det, kortfattat kunna beskrivas som en uppsättning regler om hur offentlig makt *tilldelas, utövas och begränsas*.²⁶

Genom konstitutionella regler kan den politiska makten bindas och begränsas, det talas ofta i dessa sammanhang om begreppet *självbindning*. På samma sätt som Odysseus band sig själv vid masten för att motstå Sirenernas sång, kan den politiska handlingsfriheten begränsas genom rättsliga regler och på så sätt kan mer långsiktiga mål som annars inte hade varit möjliga uppnås.²⁷ Argumentet för självbindning är att

²¹ Se Tingsten, Herbert, *Demokratiens problem* (1945) s. 42 ff.

²² För en redogörelse och analys av Herbert Tingstens demokratisyn se t.ex. Lundström (2001) s. 176 ff.

²³ En annan fråga som dock inte helt går att bortse från i detta sammanhang är vad begreppet folkmakt egentligen bör innebära, d.v.s. *hur* folkviljan skall förverkligas. Det är inte heller helt enkelt att fastställa vad som verkligen är folkvilja. Se vidare Lundquist (2001) s. 84, samt Hermansson, Jörgen, i SOU 1999:76, s. 9.

²⁴ Hermansson (1999) s. 21.

²⁵ Se Sterzel, Fredrik, *Parlamentarismen i författningen* (1999) s. 24.

²⁶ Se Karvonen, Lauri, *Statsskick: Att bygga demokrati* (2003) s. 149.

²⁷ Se Petersson, Olof – Smith, Eivind, *Konstitutionell demokrati* (2004) s. 33.

beslutsfattandet i folkvalda församlingar i annat fall kan riskera att bli kortsiktigt. En fråga som ibland diskuteras i samband med självbindningsbegreppet är huruvida en generation har rätt att binda efterföljande generationer – eller omvänt – varför efterföljande generationer skall behöva acceptera tidigare generationers begränsningar av den politiska handlingsfriheten.²⁸

Demokratiska styrelseskick kan emellertid organiseras på olika sätt, t.ex. kan reglerna för hur den offentliga makten skall begränsas vara mer eller mindre ingående. Statsskick där konstitutionen är betydelsefull i den bemärkelsen att den proklamerar ingående begränsningar för den lagstiftande makten sägs ha ett stort inslag av s.k. konstitutionalism. En stark konstitutionalism kan man tala om när konstitutionen spelar en aktiv, styrande roll i politiken.²⁹ Det bör påpekas att med en stark konstitutionalism i detta sammanhang följer att domstolar får en stark ställning.

De flesta forskare verkar vara tämligen överens om att en viss grad av konstitutionalism är nödvändig för demokratins upprätthållande och i praktiken innehåller alla västerländska demokratier element av konstitutionella begränsningar för den lagstiftande makten. Eftersom folkmakt och konstitutionalism i västdemokratiskt tänkande och praktik är så tätt knutna till varandra, kanske man också måste – som exempelvis statsvetaren Lennart Lundquist – sammanföra folkmakt och konstitutionalism i ett och samma demokratibegrepp.³⁰ Den demokratisyn som dominerar i västerlandet kan därför uppfattas som en sammanfogning av rättsstatsidén och folksuveränitetstanken.³¹ Resultatet av denna sammanfogning kan dock bli lite olika, men som statsvetaren Jörgen Hermansson uttrycker det, handlar det ytterst om att tämja den makt som utgår från folket självt.³² Debatten om spänningsförhållandet mellan demokrati och konstitutionalism (eller rättsstat) kan således sägas handla om vilken grad av konstitutionalism som skall gälla.³³

Vanligtvis brukar konstitutionalism beskrivas som bestående av de tre komponenterna maktindelning, individuella rättigheter och statens lagbundenhet.³⁴ Folkmakten kan med andra ord enligt denna indelning vara bunden, begränsad och balanserad. Nedan följer en kort redogörelse för de grundläggande fri- och rättigheternas betydelse i sammanhanget, som det kanske viktigaste exemplet på hur statsmakten kan begränsas.

²⁸ Se t.ex. Elster – Slagstad (1988) s. 8 ff.

²⁹ Förutom denna innebörd kan konstitutionalism även sägas utgöra en bestämd infallsvinkel vid studiet av politik där man fokuserar på konstitutionella regler och deras effekter på den faktiskt förda politiken, se Karvonen, Lauri, i Statsvetenskaplig tidskrift (1998) årg. 101 nr 4.

³⁰ Se Lundquist (2001) s. 86 f.

³¹ Se Hermansson (1999) s. 12.

³² Se Hermansson (1999) s. 10.

³³ Se Karvonen (2003) s. 149 ff.

³⁴ Se Lundquist (2001) s. 96 ff.

2.2.1 Grundläggande fri- och rättigheter

Fri- och rättighetsparagrafer kom att införas i flera europeiska författningar under 1800-talet. Inspirationskällan var bl.a. den amerikanska självständighetsförklaringen och den franska revolutionen.³⁵ Efter andra världskriget försökte man även skydda rättigheter på det internationella planet vilket kom till uttryck bl.a. i deklarationen om de mänskliga rättigheterna som antogs av FN:s generalförsamling år 1948.³⁶ De mänskliga rättigheterna är i Sverige numera skyddade både genom regeringsformens andra kapitel och genom Europakonventionen. Konventionen skyddar i stort sett samma rättigheter som RF 2 kap men det finns också viktiga skillnader.³⁷

Begreppet ”grundläggande fri- och rättigheter” är på intet sätt entydigt. Vilka rättigheter som ett konstitutionellt skydd bör omfatta är och har varit föremål för omfattande dispyter.³⁸ Äganderättens vara och utformning är kanske den rättighet som är mest omtvistad och har främst förfäktats av den borgerliga partierna.³⁹ Grundlagsfästandet av de sociala rättigheterna har däremot främst förespråkats av vänsterns partier.⁴⁰

Det tycks dock finnas en kärna av fri- och rättigheter som de flesta kan godta. Förutom vissa s.k. kroppsliga fri- och rättigheter såsom förbud mot dödsstraff och tortyr, består denna kärna kanske främst av politiska rättigheter samt vissa civila rättigheter som t.ex. åsiktsfrihet, vilka är nödvändiga för att de politiska rättigheterna skall kunna utövas.⁴¹ En av den politiska demokratins centrala frågor kan därför sägas vara om individuella rättigheter skall ses som en förutsättning eller en restriktion för folkmakten.⁴²

Demokrati och mänskliga rättigheter beskrivs i många sammanhang som ”uttryck för en och samma strävan efter en mer anständig samhällsordning där människovärde och respekt för den enskilde sätter prägel på såväl politikens former som dess innehåll”.⁴³ Trots denna gemensamma strävan, betraktas emellertid rättigheter och demokrati i författningpolitiska sammanhang ofta som varandras motsatser.⁴⁴ Detta motsatsförhållande beskrivs av Robert Dahl som att ju fler rättigheter och intressen som är föremål för domstolarnas avgörande, desto färre frågor omfattas av den demokratiska processen.⁴⁵ Diskussionen om det konstitutionella skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna är alltså nära förbunden med den om domstolarnas ställning. Domstolarnas möjligheter till lagprövning har nämligen att göra med vilken styrka rättighetsskyddet kan anses ha.⁴⁶

³⁵ Se Petersson, Olof, *Nordisk politik* (2005) s. 25 f.

³⁶ Se Bring, Ove – Mahmoudi, Said, *Sverige och folkrätten* (2001) s. 98 ff.

³⁷ I svenska RF finns t.ex. inte någon bestämmelse om rätt till tillgång till domstolsprövning.

Europakonventionen skyddar å andra sidan t.ex. inte tryckfriheten på samma sätt som svenska RF. Se Strömberg, Håkan – Lundell, Bengt, *Sveriges författning* (2004) s. 84 f.

³⁸ Se Algotsson, Karl-Göran i Mattson – Petersson (2003) s. 28ff.

³⁹ För en analys av debatten under 1990-talet; se Algotsson, Karl-Göran, *Äganderätt och demokrati: Svensk grundlagsdebatt under 1990-talet* (2001). Se även Algotsson (2003) s. 45 ff.

⁴⁰ Se Petersson (2005) s. 26.

⁴¹ Se Hermansson (1999) s. 21 ff.

⁴² Se t.ex. Beetham, David, *Democracy and Human Rights* (1999) s. 84 ff.

⁴³ Se Hermansson (1999) s. 21.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Se Dahl, Robert, *Demokratin och dess antagonister* (1989) s. 210 f.

⁴⁶ Se Algotsson (2000) s. 102, samt Algotsson (2003), s. 30.

2.3 Kollektivism och individualism

Så, åter till konfliktlinjen mellan de som å den ena sidan förespråkar lagprövning och domstolsmakt och de som å andra sidan förordar att den skall begränsas i möjligaste mån: En vanlig indelning av dessa båda åsiktsinriktningar är i *kollektivistiskt* respektive *individualistiskt* inriktade demokrater.⁴⁷

För de individualistiskt eller liberalt inriktade demokraterna, måste det finnas tydliga avgränsningar av de privata och de offentliga sfärerna. Domstolarnas uppgift är enligt denna utgångspunkt att värna om individuella fri- och rättigheter samt värna individer mot majoritetens förtryck. Den enskilde medborgaren bör enligt detta synsätt genom domstolarnas hjälp skyddas från staten. Det är alltså individen och inte samhället som står i fokus.

Det individualistiska synsättet är nära förknippat med maktdelningsläran, vars främsta företrädare är Montesquieu och de amerikanska grundlagsfäderna.⁴⁸ Enligt maktdelningsläran skall statens makt begränsas och kontrolleras. Utgångspunkten för maktdelningsläran är att all maktkoncentration leder till maktmissbruk och rättsosäkerhet. Om statsmakten istället delas mellan olika organ befrämjas frihet och säkerhet för medborgarna. Grundtanken i maktdelningsläran är att då makten delas mellan olika statsorgan kan dessa balansera och kontrollera varandra, dock utan att inkräkta på varandras maktområden.⁴⁹ Detta synsätt beskrivs ibland även som *dualistiskt* eftersom det bygger på föreställningen att det bland folket finns många, tämligen motstridiga intressen, som svårligen kan företrädas på ett enda enhetligt sätt. Ett sätt att överbrygga denna svårighet är att ha flera kanaler för inflytande.⁵⁰

Det är med andra ord för de individualistiska förespråkarna inte självklart att majoritetens vilja bör få genomslag. Folkmakt utan begränsande regler för hur den offentliga makten skall utövas kan lätt urarta, så att individuella rättigheter trycks undan. Det handlar således om att skydda minoriteter mot majoritetsbeslut. Majoritetens tillbakatryckande av minoritetsgrupper beskrivs som majoritetens tyranni. Genom maktdelning och konstitutionellt inriktade domstolar kan även demokratins fortlevnad som samhällsform garanteras.

De som betonar folksuveränitet som den viktigaste utgångspunkten ställer ofta själva beslutsprocessen i centrum, vilken alltså är folkets rätt att fatta beslut i gemensamma angelägenheter.⁵¹ Det är med andra ord majoritetsprincipen och folksuveränitetsprincipen som står i fokus. Alla begränsningar av det kollektivistiska beslutsförfarandet, som t.ex. ett omfattande lagprövningsinstitut, utgör från denna utgångspunkt ett problem.⁵² Det kollektivistiska demokratiidealet kan även beskrivas som *monistiskt* (vilket därmed utgör en motsats till den ovan beskrivna dualismen). Enligt monismens anhängare är folket en samlad enhet med en gemensam vilja. Det

⁴⁷ Ang. detta avsnitt se t.ex. Nordquist (2001) s. 54 ff.

⁴⁸ Montesquieu och de amerikanska grundlagsfäderna har i sin tur influerats av äldre teorier vars centralfigur är Aristoteles. Se t.ex. Holmström (1998) s. 23 ff.

⁴⁹ Se Strömberg – Lundell (2004) s. 70.

⁵⁰ Se Hadenius, Axel, *Demokrati: En jämförande analys* (2001) s. 66 f.

⁵¹ Forskare som ansluter sig till denna demokratisyn är bland andra Barry Holmström, Robert Dahl och Herbert Tingsten.

⁵² Ett till synes självklart, men ändå viktigt påpekande är att dessa folksuveränitetsinriktade demokrater endast motsätter sig domstolarnas konstitutionella roll och alltså inte domstolar *per se*.

talas i dessa sammanhang om *folkviljan*. Denna demokratisyn knyts i första hand till Rousseau som ansåg att demokrati innebar det oinskränkta utövandet av folkviljan.⁵³

Istället för att tilldela domstolar konstitutionell befogenhet bör det enligt folksuveränitetsförespråkarna finnas andra kontrollinstrument som verkar inom den demokratiska ramen. Centralt är härvid möjligheten till ansvarsutkrävande: Om folket är missnöjt med de valda representanterna kan dessa avsättas i påföljande val. Denna möjlighet till ansvarsutkrävande finns inte vad gäller domstolarna. Skeptiker till konstitutionellt inriktade domstolar som t.ex. Robert Dahl och James Bradley Thayer pekar i detta sammanhang på risker för att de folkvalda liksom folket självt i sin förlängning blir oansvariga i sitt beslutsfattande då det finns andra (domstolarna) som ser efter att de håller sig inom lagens och konstitutionens gränser.⁵⁴ Enligt den amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkin, som har en mycket mer individcentrerad demokratisyn, är argumentet att domstolarna är odemokratiska eftersom domarna inte kan avkrävas ansvar och avsättas dock inte hållbart, eftersom domstolarnas hela auktoritet skulle vara i fara om de ständigt skulle fatta sådana beslut som inte stämmer överens med folkets vilja.⁵⁵

Demokratin som samhällsform utgör visserligen, oavsett vilken av dessa inriktningar som man ansluter sig till, den viktigaste utgångspunkten för all maktutövning. Länder som har en omfattande lagprövning som t.ex. Tyskland och USA kan knappast endast på grund av detta betraktas som odemokratiska. Frågan om ökad domstolsmakt och lagprövning bör därför enligt statsvetaren Barry Holmström betraktas som ”inodemokratiskt” samtidigt som det är ett demokratiskt problem.⁵⁶ Även Robert Dahl är inne på samma resonemang och framhåller att om man hävdar att en omfattande lagprövningsrätt krävs för att grundläggande rättigheter skall kunna skyddas i ett demokratiskt land, måste man också kunna visa att de demokratiska länderna där domstolarna saknar en sådan makt i själva verket inte är demokratiska, eller i varje fall att rättigheterna inte är så väl skyddade.⁵⁷

⁵³ Se Hadenius (2001) s. 66 f.

⁵⁴ Se Bickel, Alexander M. (1962) i Nordquist, Jonas (2001) s. 57.

⁵⁵ Se Dworkin, Ronald i Holmström (1998) s. 440 f.

⁵⁶ Se Holmström (1998) s. 15.

⁵⁷ Dahl (1989) s. 209 ff.

3 Den juridiska kontrollens former

I detta kapitel beskrivs de tre instituten lagprövning, lagrådsgranskning och rättsprövning, vilka utgör olika former för juridisk kontroll av de folkvaldas beslut. Dessa tre institut svarar för uppgifter som i demokratidebatten har varit mer eller mindre kontroversiella och är ämnade att vara korrektiv till regeringens och riksdagens beslut. Instituterna skiljer sig åt på vissa centrala punkter men de har det gemensamt att deras uppgifter sköts av jurister och inte av politikerna själva. De illustrerar alltså det av Elster framhävda spänningsförhållandet mellan demokrati och konstitutionalism.⁵⁸

3.1 Allmänt om lagprövning och normprövning

Ordet författning används ofta synonymt med konstitution eller grundlag.⁵⁹ Ordet *författning* har emellertid i svensk rätt även en mer generell betydelse och kan därvid sägas utgöra alla generella, bindande föreskrifter som har utfärdats av en behörig myndighet. Författningar i denna bemärkelse förekommer av olika rättsliga valörer och utgörs av exempelvis grundlagar, vanliga lagar, förordningar samt föreskrifter som är beslutade av förvaltningsmyndigheter eller kommuner.⁶⁰ Att de olika författningarna är av olika rättsliga valörer betyder att de ingår i en viss normhierarki där grundlagarna står överst.

Det inträffar emellanåt att författningar av lägre valör kommer i konflikt med en författning av högre valör. Den lägre författningen kan ha beslutats i fel ordning, av ett organ som inte hade befogenhet eller kompetens därtill eller så kan dess innehåll strida mot innehållet i en högre norm. En rättsregel på högre nivå har alltid företräde – enligt den s.k. principen om *lex superior* – framför en rättsregel på lägre nivå.⁶¹ Låter domstolar och andra offentliga organ den högre författningen få företräde, innebär detta att man anser den lägre författningen vara ogiltig. Den tillämpas därför ej. Detta förfarande benämns ofta som *normprövning*.⁶² I den allmänna debatten om normprövningsrätten är det oftast *lagars* förenlighet med *grundlagarna* som avses, varvid begreppet *lagprövningsrätt* är ofta förekommande.⁶³ Denna del av

⁵⁸ Se avsnitt 1.2.

⁵⁹ I den bemärkelsen avses med författning vanligen de svenska grundlagarna och därtill hörande vanliga lagar som rör konstitutionella aspekter (t.ex. Vallagen) samt i vissa fall även konstitutionell praxis.

⁶⁰ Se Mattson – Petersson (red), (2003) s. 11.

⁶¹ I den svenska rätten är denna princip om normernas hierarki inskriven i RF 8:17 vilken ger grundlagarna status av *lex superior* (överordnad lag). Även lagars överordnade ställning i förhållande till andra föreskrifter framgår av detta lagrum.

⁶² Se Strömberg – Lundell (2004) s. 141.

⁶³ En annan benämning på samma institut är föreskriftsprövning som förespråkas av juristen Annika Lagerqvist Veloz Roca i *Föreskrift och föreskriftsprövning* (1999).

normprövningsrätten anses särskilt kontroversiell eftersom den på ett mycket tydligt sett kan komma att stå i konflikt med folksuveränitetsprincipen.⁶⁴

Lagprövningen är utformad på olika sätt i olika länder. Den kan till att börja med vara antingen decentraliserad eller centraliserad. Denna distinktion handlar således om vilket *organ* som skall företa lagprövning. Separata författningsdomstolar som är åtskilda från den normala juridiska processen är ofta centraliserade och är ofta mer politiska och mindre juridiska än vanliga domstolar. Denna typ av domstolar går främst att finna i det kontinentala Europa där Tyskland kanske utgör det tydligaste exemplet. Den norske statsvetaren Eivind Smith har benämnt de länder som har separata författningsdomstolar som tillhörande det s.k. kontinentala systemet.⁶⁵

I länder där lagprövningen inte utövas av en separat domstol kan den istället vara förlagd till vanliga domstolar. Att lagprövningen är förlagd till en vanlig domstol behöver dock inte innebära att den blir mindre omfattande än om den utförs av en separat författningsdomstol. I USA t.ex. företas lagprövningen av Högsta domstolen, vilken har fått en mycket vidsträckt politisk betydelse. Länder där lagprövningen är förlagd till vanliga domstolar benämns enligt Smith som tillhörande det s.k. USA-systemet. Till detta system räknas exempelvis de nordiska länderna. Lagprövningsrätten i USA är inte uttryckligen förankrad i konstitutionen⁶⁶ utan Högsta domstolen har själv genom tolkning etablerat och legitimerat denna rätt.⁶⁷

Metoden för lagprövning är ett annat spörsmål: Den kan vara *konkret* eller *abstrakt*. Abstrakt normprövning innebär att prövningen sker utan samband med ett konkret fall. Konkret lagprövning företas däremot endast då frågan om en lags grundlagsenlighet har uppkommit i ett enskilt fall (som i Sverige). I flertalet länder utövas normkontrollen av vanliga domstolar i konkreta fall.⁶⁸ En tredje fråga, som nära ansluter till den nyss nämnda distinktionen, handlar om vilken *effekt* lagprövningen skall få. I Sverige kan det prövande organet endast *underlåta* att tillämpa den ifrågavarande föreskriften. I andra länder kan däremot domstolens beslut innebära att lagen eller föreskriften ogiltigförklaras generellt.⁶⁹

I några få länder som t.ex. Israel, Nederländerna, Storbritannien och Nya Zeeland förekommer ingen lagprövning. En fråga man kan ställa sig i detta sammanhang är varför vissa stater har anammat en starkare konstitutionalism än andra. Enligt Lauri Karvonen som belyser frågan i boken ”Statsskick: Att bygga demokrati”,⁷⁰ är det troligt att flera faktorer samspelar. Några faktorer som skulle kunna bidra till uppkomsten av starka konstitutionella mekanismer i en stat är presidentialism, federalism samt kulturell heterogenitet. Karvonens analys ger emellertid inga entydiga svar på frågan vilka

⁶⁴ Det finns också andra orsaker att använda begreppet lagprövning framför de egentligen mer generella begreppen normprövning och föreskriftsprövning: För en ingående diskussion om institutets benämning se Lagerqvist Veloz Roca (1999) s. 301 ff.

⁶⁵ Se Sterzel, Fredrik i *Författningsdomstol och lagprövning i nordisk och europeisk belysning* (1991) s. 53 och 97.

⁶⁶ Intressant att notera i sammanhanget är skillnaden mellan det svenska och det amerikanska systemet: I Sverige är lagprövningsrätten grundlagsfäst men tillämpas i ytterst ringa utsträckning. Se Holmström, Se Holmström (1998) s. 29 f.

⁶⁷ Lagprövningsfunktionen förvärvades genom det berömda prejudikatet *Marbury v. Madison* (1803). Se Holmström (1998) s. 30.

⁶⁸ Se Strömberg – Lundell (2004) s. 141.

⁶⁹ Se Algotsson (2000) s. 152 ff.

⁷⁰ Karvonen (2003) s. 163 ff.

element som har en avgörande betydelse för konstitutionalismens styrka. Inte heller vilka *effekter* som stark konstitutionalism för med sig går med säkerhet att utröna: En hypotes som Karvonen ställer upp är att stater som präglas av stark konstitutionalism ligger närmare den passiva nattvaktarstaten än den aktiva välfärdsstaten. Karvonen undersöker därmed sambandet mellan konstitutionalismen och storleken på offentliga utgifter. Hypotesen får i analysen ett visst stöd.⁷¹

3.1.1 Den svenska lagprövningsrätten

Den svenska lagprövningsrätten blev grundlagsreglerad år 1979 i RF 11:14. Domstolarna hade emellertid redan innan denna kodifiering steg för steg i ett antal rättsfall under 1900-talet tillerkänt sig en befogenhet att pröva en författnings överensstämmelse med en författning av högre rang. Denna befogenhet har emellertid både innan och efter kodifieringen utövats med stor försiktighet. Särskilt stora krav uppställs om föreskriften har beslutats av regering eller riksdag. Ett åsidosättande av en sådan föreskrift får endast ske om den bristande överensstämmelsen med en föreskrift av högre valör är klar och odiskutabel.⁷² I stadgandet i RF 11:14 uttrycks detta som att felet skall vara ”uppenbart”. Lagprövningsrätten är således begränsad genom det s.k. uppenbarhetsrekvisitet. Det tillåts alltså att domstolar och förvaltningsmyndigheter tillämpar lagar och förordningar som strider mot grundlagen om de inte är uppenbart grundlagsstridiga.

Lagprövningen i Sverige är decentraliserad och utövas endast i konkreta fall. Om en domstol eller annat offentligt organ skulle finna att en författning som åberopas i ett visst mål skulle strida mot en författning av högre valör, så kan det prövande organet som tidigare nämnts endast underlåta att tillämpa den lägre författningen och i domskälen konstatera att författningen är ogiltig. Författningar kan således i Sverige inte upphävas genom lagprövning. Detta innebär att författningen formellt fortsätter att gälla tills den upphävs eller ändras och kan därmed fram till den tidpunkten fortsätta att tillämpas i andra fall.⁷³

3.2 Lagrådsgranskning

Med lagprövning avses i svenskt rättsspråk en s.k. efterhandkontroll av lagar och andra föreskrifter (judicial review). En kontroll av lagars förenlighet med konstitutionen (och förenlighet med EG-rätten och Europakonventionen) kan emellertid också ske på förhand, d.v.s. *innan* lagen har hunnit träda i kraft (judicial preview). En sådan förhandsgranskning utförs i Sverige av lagrådet som tillkom år 1909. Lagrådet består av ledamöter från HD och RegR och har till uppgift att granska förslag från regeringen – ur en juridisk men inte ur en politisk synvinkel – innan dessa föreläggs i riksdagen i en

⁷¹ Karvonen (2003) s. 168.

⁷² Se Strömberg – Lundell (2004) s. 143.

⁷³ Se Strömberg – Lundell (2004) s. 141.

proposition. Regeringen bör – men behöver inte – inhämta lagrådets yttrande.⁷⁴ Regeringen kan alltså undvika att inhämta lagrådets yttrande men då måste skälen till detta redovisas för riksdagen i den framlagda propositionen.⁷⁵ Ett yttrande är endast rådgivande men det följs vanligen om inte frågan är starkt politiserad.⁷⁶

Lagrådets roll har dock under långa tidsperioder varit omtvistad.⁷⁷ Trots att lagrådet endast skall yttra sig i juridiska spörsmål har det vid ett flertal tillfällen anklagats för att blanda sig i politiska spörsmål. Juristen Fredrik Sterzel hävdar att 1974 års RF, och i viss mån även Europakonventionen och EU-medlemskapet, har medfört att Lagrådet allt oftare har hamnat i politisk hetluft när det har yttrat sig i politiskt omstridda ärenden.⁷⁸

Lagrådets förhandsgranskning skiljer sig på många sätt åt från lagprövning enligt RF 11:14. Det torde förvisso vara tämligen ovanligt att regeringen inte bryr sig om vad lagrådet har yttrat i ett visst ärende, men lagrådet kan nog i första hand ses som ett remissorgan och dess kontroll därmed anses vara mindre kontroversiell än den av domstolar utövade lagprövningsrätten. Av detta skäl kommer fokus i de efterföljande kapitlen att vara på den mer kontroversiella lagprövningsrätten.

3.3 Rättsprövning

Under 1980-talet blev Sverige fält i ett flera domar av Europadomstolen⁷⁹ för mänskliga rättigheter i Strasbourg. Sverige kunde enligt Europadomstolen inte tillmötesgå det krav i artikel 6.1 i Europakonventionen som stipulerar en rätt till domstolsprövning av civila rättigheter. För att tillgodose detta krav infördes år 1988 *lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut*, den s.k. rättsprövningslagen. I vissa förvaltningsärenden, där annars regeringen eller en förvaltningsmyndighet är sista instans, kan efter införandet av denna lag numera Regeringsrätten, om regeringen varit beslutsfattare, och i annat fall kammarrätt, pröva om avgörandet i ärendet strider mot någon rättsregel. Detta institut kallas *rättsprövning*. En förutsättning för institutets aktivering är att någon domstol inte utgör ordinarie besvärinstans för ett besluts överprövning och att beslutet innebär myndighetsutövning mot enskild. Finner Regeringsrätten eller kammarrätten att beslutet är rättsstridigt, och det inte är uppenbart att felet saknat betydelse för avgörandet skall beslutet upphävas och ärendet visas åter till den myndighet som meddelat beslutet.⁸⁰ Institutet kommer också i det följande att behandlas mycket översiktligt.

⁷⁴ Lagrådsgranskningen har genom årens lopp övergått från att vara *obligatorisk*, därefter till att vara *fakultativ*, och nu till att vara *rekommenderad*. Se Taube, Caroline, "System för lagstiftningskontroll" i Petersson – Smith (red.), (2004) s. 228. Se även RF 8:18.

⁷⁵ Under vissa förutsättningar kan även ett riksdagsutskott inhämta yttrande från lagrådet, se RO 4:10.

⁷⁶ Sterzel, Fredrik, i Mattson – Petersson (2003) s. 250.

⁷⁷ Se Algotsson, Karl-Göran, som har beskrivit lagrådets arbete i forskningsarbetet *Lagrådets roll under 1900-talet* (1993).

⁷⁸ Sterzel, Fredrik, i Mattson – Petersson (red.), (2003) s. 250.

⁷⁹ Sverige erkände Europadomstolens jurisdiktion år 1966 vilket innebar att Sverige var tvungen att rätta sig efter domstolens avgöranden. Se Algotsson (2000) s. 102.

⁸⁰ För en mer ingående beskrivning av rättsprövningsinstitutet, den svenska utvecklingen i ett internationellt perspektiv samt tillkomsten av 1988 års rättsprövningslag, se Warnling - Nerep, Wiweka, *Rättsprövning och rätten till domstolsprövning* (2002), särskilt kap.2.

4 Judikaliseringens drivkrafter

4.1 Globaliseringens betydelse för judikaliseringen

Judikalisering innebär kort uttryckt att fler och fler viktiga politiska frågor avgörs av domstolar och andra judiciella organ i stället för av administrativa organ eller av politiska instanser som regering och riksdag.⁸¹

De senaste 50 åren har av olika debattörer beskrivits som juridikens halvsekel.⁸² I USA talas det inom statsvetenskapen t.o.m. om juridiken som vår tids ideologi.⁸³ Juridisk aktivism och en omfattande juristmakt ses dock inte längre som ett unikt amerikanskt fenomen⁸⁴ utan beskrivs ofta som en global process som tar sig olika uttryck i olika sammanhang och i olika delar av världen.⁸⁵

Hur kan judikaliseringen av politiken som generell trend förklaras, och mer specifikt, vad innebär den? En förklaring till utvecklingen går säkerligen att finna i den stora mängd nya konstitutioner som har skapats efter andra världskrigets slut. I Italien och Västtyskland inrättades författningsdomstolar för att garantera medborgarnas återvunna fri- och rättigheter och för att säkerställa det återupprättade demokratiska systemet. Av motsvarande skäl skapades nya konstitutioner i Öst- och Centraleuropa under 1990-talet i samband med den demokratiseringsvåg som tog fart efter kommunismens fall.⁸⁶ Kännetecknande för dessa konstitutioner är att domstolarna har fått en central roll, både vad gäller deras självständighet i förhållande till den politiska makten och som politisk kontrollinstans. Lagprövningsrätten har i de före detta kommunistiska staterna således blivit ett karakteristiskt inslag efter amerikansk förebild.⁸⁷

Judikaliseringen kan också kanske förklaras med att uppbyggnaden av välfärdsstater krävde en stor mängd lagstiftning, vilken i sin tur också behövde tolkas för att bli effektiv.⁸⁸ Den ökande användningen av målstyrning och ramlagstiftning i Sverige – och det ökade utrymmet för lagtolkning som därav följer – har enligt statsvetaren Barry Holmström haft betydelse för expansionen av juridisk inblandning i förvaltningsärenden.⁸⁹ En annan sak, som framhålls av statsvetaren Olof Petersson, är att den offentliga sektorn har blivit så omfattande och komplex att sannolikheten för

⁸¹ Se Tate – Vallinder (1995) s 13 ff. Förutom denna form av judikalisering ser Vallinder även en annan form som utgörs av sådana fall där organ utanför domstolsväsendet börjar använda sig av domstolsliknande rutiner i sitt eget beslutsfattande. En sådan form kommer inte i denna uppsats att behandlas i någon vidare utsträckning.

⁸² Se t.ex. Wiklund, Ola, i SOU 1999:58, s. 86.

⁸³ Se Nergelius, Joakim i Strömholm, Stig, *Politik och Juridik: Grundlagen inför 2000-talet* (1999) s. 29.

⁸⁴ Se Hague, Rod – Harrop, Martin – Breslin, *Comparative Government and Politics* (1998) s. 151.

⁸⁵ Se t.ex. Tate – Vallinder (1995).

⁸⁶ Se Taube, Caroline, i Mattson – Petersson (red.), (2003) s. 169 ff.

⁸⁷ Se Modéer, Kjell Å i SOU 1999:76, s. 70 f.

⁸⁸ Se Wiklund (1999) s. 86.

⁸⁹ Se Holmström (1999) s. 130.

missgrepp och oavsedda bieffekter har ökat.⁹⁰ Domstolarnas ökade makt kan således förstås som att det är statsverksamhetens expansion som har tvingat fram denna utveckling. Juristen Joakim Nergelius framhåller också i detta sammanhang vad han ser som medborgarnas generellt ökade brist på förtroende för politiker, till följd av bl.a. korrupsionsaffärer och ekonomiska nedskärningar.⁹¹

Rod Hague et al hävdar mer allmänt att det är politikens natur och inte juridiken som har förändrats: Tillbakagången för den socialistiska ideologin har gett större utrymme för en annars traditionellt sett tillbakahållen juristmakt. Den minskade betydelsen av politiska institutioner och ideologier är därvid en central faktor.⁹² Det som avses härvid kan också gälla det minskade intresset för deltagande i partipolitik: Frågor som inte kan få stöd av allmänheten genom arbete inom de politiska partierna kan istället drivas i domstolar.

En annan möjlig faktor som kan ha betydelse i sammanhanget är att den avtalsbaserade marknadsekonomin expanderade snabbt i de flesta västländer efter avregleringarna från mitten av 1980-talet. Utvecklingen har här krävt ett tydligt regelverk.⁹³ Även den globala marknaden styrs av ett komplicerat nätverk av rättsregler, vilket kan ha bidragit till judikaliseringen, liksom också expansionen av internationella handelsavtal under de senaste decennierna.⁹⁴

Något som på ett särskilt tydligt sätt visar att staternas umgänge i större utsträckning än tidigare präglas av juridiska spörsmål är den ökade betydelsen av internationellt skyddade fri- och rättigheter. Skyddet för mänskliga rättigheter har på detta sätt lett till att den nationella rätten i stor utsträckning har internationaliserats. Internationella institutioner och domstolar har bildats i syfte att ge folkrättens regler beständighet, vilket har bidragit till judikaliseringen även på det nationella planet.

En annan förklaring till judikaliseringen skulle enligt Olof Petersson kunna vara att domstolarna *söker* ökad makt.⁹⁵

4.2 Europeisering av den svenska rätten

Det framhålls ibland att den svenska rätten har europeiserats.⁹⁶ Med detta uttryckssätt åsyftas vanligen konsekvenserna av det svenska medlemskapet i Europeiska Unionen och förpliktelsen att följa EU:s regelverk. Den kanske mest slående förändringen är därvid det faktum att EG-rätten har företrädare framför nationell rätt som kolliderar med EG-rätten.⁹⁷ Vidare bygger EU på en mycket mer utpräglad maktodelningsprincip än den som gäller i Sverige.

EG-domstolens inflytande över EG-rättens utveckling och tillämpning är synnerligen omfattande.⁹⁸ Domstolen har den suveräna rätten att tolka europarättens innebörd, även

⁹⁰ Se Petersson, Olof, artikel i Svenska Dagbladet den 14 februari 1999.

⁹¹ Se Nergelius (1999) s. 31.

⁹² Se Hague et al. (1998) s. 160 f.

⁹³ Se Hague et al. (1998) s. 151.

⁹⁴ Se Wiklund (1999) s. 87 f.

⁹⁵ Se Petersson, Olof, artikel i Svenska Dagbladet den 14 februari 1999.

⁹⁶ Se t.ex. Warnling-Nerrep (2002) s. 15.

⁹⁷ SFS 1994:1500.

⁹⁸ Se Wiklund (1999) s. 90 ff.

innefattat frågor som har att göra med kompetensfördelningen mellan EU:s institutioner och frågor om EG:s kompetensgränser. EG-domstolen kan vidare både förändra eller upphäva de beslut som fattas av parlamentet, ministerrådet eller kommissionen. Några av gemenskapsrättens mest centrala principer – att EG-fördragets regler har direkt tillämplighet och till stora delar direkt effekt i medlemsländerna, liksom gemenskapsrättens allmänna företrädare i förhållande till nationell rätt – har utvecklats av EG-domstolen själv.⁹⁹ Vidare är prejudikatsbildning mycket betydelsefull inom EG-rätten och genom denna prejudikatsbildning kan EG-domstolen sägas ha utvecklat de grundläggande fördragen till en slags konstitution för hela EU.¹⁰⁰

Det svenska EU-medlemskapet innebar sammantaget en formell anslutning till en annan, mer legalistisk politisk kultur än den som hitintills dominerat i Sverige.¹⁰¹ Med europeiseringen av den svenska rätten avses emellertid vanligen också Europakonventionens inverkan.¹⁰² Europakonventionen ratificerades av Sverige redan år 1952 men kom att införlivas med svensk rätt först år 1995. Europakonventionens införlivande i den svenska rättsordningen skedde samtidigt med – och delvis under tryck av – att Sverige inträdde som medlem i EU den 1 januari 1995.¹⁰³ Införlivandet innebar att Europakonventionen och dess tilläggsprotokoll skall gälla som lag i Sverige.¹⁰⁴ Alltsedan inkorporeringen kan således enskilda personer åberopa sina rättigheter enligt konventionen inför svenska myndigheter.

I den svenska rättordningen har Europakonventionen status som vanligt lag. I vissa fall, där frågan har en gemenskapsrättslig förankring, kan emellertid Europakonventionen komma att åberopas såsom uttryck för en gemenskapsrättslig princip. Europakonventionen har då samma företrädesrätt i förhållande till nationell rätt som annan EG-rätt.¹⁰⁵ I detta sammanhang kan framhållas att EU:s institutioner inte är direkt bundna av Europakonventionen eftersom det endast är stater som kan tillträda denna. EG-domstolen har dock i en rad domar klarlagt att rättigheterna i Europakonventionen skall erkännas som grundläggande rättsprinciper inom EG-rätten.

4.3 Judikalisering genom europeisering?

På vilka sätt har EG-rätten och Europakonventionen och deras tillhörande domstolar medfört en judikalisering? Enligt vad som har framgått ovan är det numera två överstatliga domstolar på den europeiska kontinenten som har befogenhet att åsidosätta svenska lagar och andra beslut, nämligen EG-domstolen i Luxemburg och

⁹⁹ Detta skedde år 1964 i det kända rättsfallet *Costa vs ENEL* mål 6/64, ECR 1964 s. 1141.

¹⁰⁰ Se Bernitz, Ulf – Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder* (1999) s. 66 ff.

¹⁰¹ Bernitz – Kjellgren (2000) a.s.

¹⁰² Eg. *Konventionen av 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*.

¹⁰³ Anknytningen till EU genom det tidigare EES-avtalet gjorde de delar av Europakonventionen som motsvaras av EG-rätt tillämpliga i Sverige. Denna omständighet ansågs dock olämplig och var därför enligt statsvetaren Karl-Göran Algotsson ett starkt argument för inkorporeringen i samband med EU-inträdet. Se Algotsson (2000) s. 103 samt SOU 1993:40, s. 123 ff.

¹⁰⁴ Se SFS 1994:1219. Konventionen har numera viss grundlagsförankring; RF 2:23. Enligt detta lagrum får lagar och föreskrifter inte meddelas i strid med konventionen.

¹⁰⁵ Se t.ex. Bernitz – Kjellgren (2000) s. 118 ff.

Europadomstolen i Strasbourg.¹⁰⁶ Dessa domstolar kan därmed sägas ha blivit högst påtagliga maktfaktorer som främmande rättsbildare.¹⁰⁷ Några exempel får illustrera detta: I det s.k. Franzénmålet, som rörde det statliga alkoholmonopolets vara eller inte vara, prövade EG-domstolen bl.a. huruvida detta monopol var förenligt med EG-fördragets regler om att statliga monopol inte får vara utformade på ett sådant sätt att diskriminering kan ske med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor mellan medlemsstaternas medborgare.¹⁰⁸ Utgången i målet blev att det statliga alkoholmonopolet fick vara kvar.¹⁰⁹ Många upprördes dock över att en domstol skulle ha att göra med en så viktig politisk fråga.¹¹⁰

I ett annat mål, som också rörde alkoholpolitiken, blev utgången likaså politiskt mycket omdiskuterad. I målet i fråga upphävde den svenska Marknadsdomstolen det gällande svenska förbudet mot alkoholreklam av den orsaken att dessa regler enligt EG-rätten skulle vara diskriminerande för nya producenter på marknaden. Ett förhandsavgörande inhämtades från EG-domstolen vilken däri uttalade att Marknadsdomstolen skulle göra en *proportionalitetsavvägning* mellan folkhälsan och den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital.¹¹¹ Genom att hänvisa till folkhälsoaspekter hade således det svenska alkoholreklamförbudet enligt vissa bedömare kunnat bevaras. I denna avvägning bedömde emellertid Marknadsdomstolen att förbudet mot alkoholreklam inte stod i proportion till skyddet för folkhälsan. En fråga i den efterföljande debatten var huruvida Marknadsdomstolens beslut verkligen var strikt juridiskt.¹¹²

EG-rättens inträde i den nationella rätten har inneburit att *den totala regelmassan har ökat*, vilket skulle kunna ses som en judikalisering i sig. Enligt vissa bedömare har EG-rättens företräde framför nationell lagstiftning också medfört att *rättskälleanvändningen i svenska domstolar har modifierats*: I Sverige finns vid lagtolkning sedan länge en tradition att stor hänsyn tas till lagens förarbeten. Att använda sig av förarbeten vid lagtolkning innebär att man går bakåt i beslutsprocessen, och undersöker vad som uttrycks i utskottsutlåtande, proposition och utredningar för att om möjligt försöka fastställa lagstiftarens intentioner. Användandet av lagförarbeten skulle kunna förstås som en metod där den politiska majoriteten får sin röst hörd.¹¹³

Inom EG-rätten spelar dock förarbeten en mycket ringa roll, och förarbetena inom EU är vidare också många gånger ytterst bristfälliga. I stället för förarbeten förekommer korta s.k. ändamålsförklaringar. Även EG-domstolens prejudikatsbildning och en växande doktrin har betydelse som rättskällor som kompletterar själva lagtexten.¹¹⁴ Vissa forskare menar att *användandet av förarbeten i de svenska domstolarna har minskat* då domstolarna i ökande utsträckning tvingas använda andra tolkningsmetoder.

¹⁰⁶ Jfr Nergelius (1999) s. 67.

¹⁰⁷ Se Warnling-Nerep (2002) s. 15.

¹⁰⁸ C-189/95, åklagaren mot Harry Franzén, REG 1997, s. I-5909.

¹⁰⁹ Domen i Franzénmålet resulterade emellertid i att Sveriges uttag av avgifter för alkoholimporttillstånd förklarades vara diskriminerande och stred därmed mot artikel 28 i EG-fördraget, vilken garanterar den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital.

¹¹⁰ Se t.ex. Magnusson, Göran, i SvJT 2004, s. 284 ff.

¹¹¹ Det s.k. Gourmetmålet. C 405/98, Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB, REG 2001, s. I – 1795.

¹¹² Se Magnusson, Göran, i SvJT 2004, s. 284 ff.

¹¹³ Se Holmström (1999) s. 143.

¹¹⁴ Se Algotsson (2000) s. 70.

Det har i sin tur inneburit en något friare roll för svenska domare jämfört med tidigare. Även Europakonventionen har bidragit till denna utveckling.¹¹⁵

Det är emellertid inte bara den faktiska förekomsten av förarbeten som har minskat då de konkurrerande rättskällorna blir fler: Det har hävdats att även auktoriteten hos de redan existerande svenska rättskällorna påverkas då domstolarna blir alltmer vana att söka sig till alternativa rättskällor. Tilltron till de traditionella förarbetena minskar därmed.¹¹⁶

Judikaliseringen skulle alltså enligt detta resonemang till en del kunna förstås som att *tolkningsutrymmet för svenska domstolar har ökat* då domstolarna genom beaktandet av EG-rätten inte i samma utsträckning som tidigare behöver ta hänsyn till den svenska lagstiftarens intentioner.

Till judikaliseringens praktiska konsekvenser i Sverige hör också, enligt juristen Joakim Nergelius, de ökade möjligheterna för enskilda medborgare och företag att processa och i domstol angripa nationella politiska åtgärder för att de strider mot EG-rätten.¹¹⁷

4.4 Tecken på judikalisering?

Vilka konkreta tecken – bortsett från de mål som har med EG-medlemskapet att göra – finns då som kan visa att domstolarnas makt över samhällsutvecklingen har ökat? De flesta fall av normprövning enligt RF 11:14 har gällt föreskrifter utfärdade av kommuner och förvaltningsmyndigheter. Då det gäller prövning av *lagars* grundlagsstridighet, alltså lagprövning, ges en översikt i nedanstående tabell, som visar antalet fall från tiden för ikraftträdandet av den nya regeringsformen till och med år 2000. Uppgifterna baseras på egna beräkningar utifrån den sammanställning som redovisas i Håkan Strömbergs och Bengt Lundells *Sveriges författning*¹¹⁸, kompletterad med fall från databasen Rättsbanken.

Typ av föreskrift/År	1975-1979	1980-1984	1985-1989	1990-1994	1995-2000
Lagar	1	4	3	3	4

Som framgår har antalet fall per 5-årsperiod i stort sett varit konstant. Enligt uppgifter i Strömberg – Lundell *godtogs* vidare också lagreglerna i 11 av de sammanlagt 15 fall som prövats.¹¹⁹

I praktiken finns det alltså bara några få fall där en domstol vid en prövning har ansett att en lag har varit uppenbart grundlagsstridig:¹²⁰ Det kanske mest omtalade av

¹¹⁵ Se Taube (2003) s. 180 f.

¹¹⁶ Se Wersäll, Fredrik, *Maktförskjutning till domstolarna – naturkraft eller medveten politik?*, SvJT (2004) s. 324 ff.

¹¹⁷ Nergelius (1999) s. 78.

¹¹⁸ Strömberg – Lundell (2004) s 126.

¹¹⁹ Strömberg – Lundell (2004) s. 165.

¹²⁰ Se även Taube (2003) s. 59 f.

dessa inträffade år 1996. Hovrätten för Västra Sverige beslöt då att inte tillämpa det i *lagen (1947:164) om förbud mot politiska uniformer* stadgade förbudet om bärande av uniform eller liknande klädedräkt, som tjänar att utmärka bärarens politiska meningsriktning. Hovrätten anförde att ett förbud i det aktuella fallet skulle strida mot RF:s bestämmelser om yttrandefrihet.¹²¹ Ett annat fall är från år 2000, då Högsta domstolen för första gången ansåg att en lag uppenbart strider mot grundlag.¹²² Fallet handlade då om en retroaktiv skattelags tillämplighet.¹²³

En granskning av hur domstolarna utnyttjat möjligheten att utöva *lagprövningsrätten* tyder alltså knappast på en framväxande judikalisering. Rättspraxis visar tvärtom att domstolarna har iakttagit en betydande återhållsamhet i lagprövningssituationer. Uppenbarhetsrekvisitet torde enligt många bedömare därvid haft en återhållande effekt.¹²⁴ Enligt andra bedömare är dock förekomsten av uppenbarhetsrekvisitet inte huvudorsaken till att lagprövningsrätten så sällan utnyttjas och i praktiken oftast inte leder till att lagbestämmelser sätts åt sidan. Enligt statsvetaren Olof Petersson handlar det snarare om tolkningstraditioner och rättskultur.¹²⁵

När det i stället gäller möjligheten till *rättsprövning* – som har beskrivits i kapitel 3 och som infördes år 1988 – har det dock enligt vissa bedömare skett en tydligare förändring av domstolarnas roll.¹²⁶ Någon översikt över antalet fall av rättsprövning motsvarande den som ges i tabellen ovan finns dock inte att tillgå. Flera fall av rättsprövning har emellertid rönt stor uppmärksamhet och har dessutom varit politiskt omtvistade. Ett sådant exempel är då Regeringsrätten stoppade utbyggandet av Norra länken i Stockholm under hänvisning till ordalydelsen i naturresurslagen. I målet upphävdes regeringens beslut att fastställa en detaljplan som medgav byggstart för Norra länken genom Nationalstadsparken vid Haga.¹²⁷ Ett annat uppmärksammat exempel är Regeringsrättens inhibitionsbeslut,¹²⁸ beträffande avvecklingen av en reaktor i Barsebäcks kärnkraftsverk.¹²⁹

¹²¹ Se det s.k. uniformsförbudsmålet; RH 1997:47..

¹²² Samma år beslutade Högsta domstolen för första gången att inte tillämpa en av regeringen beslutad *förordning* därför att den ansågs strida mot grundlag. Se närmare om målet, som gällde åtal för olaga fiske i Torne älv, i NJA 1996 s. 370 samt i Strömberg, Håkan, *Ett HD-fall om prövning av en förordnings grundlagsenlighet*, JT 1996/97, s. 450-53.

¹²³ Se NJA 2000 s. 132.

¹²⁴ Se Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetsskydd: Svensk rätt i ett komparativt perspektiv* (1996) s. 696.

¹²⁵ Se Petersson, Olof (red), *Demokratins grundlag. Demokratirådets rapport* (2004) s. 41f.

¹²⁶ Se Algotsson (2000) s. 157.

¹²⁷ Se RÅ 1997 ref 18.

¹²⁸ Ett inhibitionsbeslut (inhibera=inställa) är ett beslut som innebär att en underinstans beslut inte ska verkställas eller inte ska gälla, i avvaktan på att överinstansen avgöra saken.

¹²⁹ Se RÅ 1998 not 93. Se även Algotsson (2000) s. 73.

5 Forskarnas diskussion om lagprövning

Det finns en omfattande diskussion i den vetenskapliga litteraturen om lagprövningen och dess effekter med deltagande av både statsvetare och jurister. Hur går argumentationen i den svenska vetenskapliga debatten kring denna fråga?

De viktigaste argumenten *för* en utvidgad makt för domstolarna som framförts i den svenska forskardiskussionen gäller *rättssäkerhet* och möjligheten att *skydda minoritetens ställning*. En av de mest aktiva domstolsförespråkarna i den svenska debatten på senare år är juristen Joakim Nergelius. Förutom nyss nämnda argument, framhåller han också betydelsen av grundlagens överordnade roll i rättssystemet. Nergelius hänvisar därvid till den amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkins teorier om skillnaden mellan ”policies” – vilka tillhör politikernas verksamhetsområde – och ”principles”, vilka utgörs av de mer långsiktiga värden vilka domstolarna har att bevaka. Politikerna får i sitt dagliga beslutsfattande inte kränka dessa långsiktiga överordnade värden, som ofta går att finna i grundlagen. Enligt Dworkin är domstolar mer benägna och bättre ägnade att slå vakt om samhällets mer långsiktigt hållbara värden än politiska organ. Nergelius hävdar i detta sammanhang att eftersom domstolarna är oberoende av den politiska processen är de därför bättre lämpade att objektivt pröva frågor om lagars rättsenlighet än några andra organ.¹³⁰

Nergelius hävdar vidare att domstolarnas skyldighet att motivera sina ställningstaganden möjliggör en öppnare debatt om deras ställningstaganden än den som föregår det politiska beslutsfattandet, som enligt Nergelius i allt större utsträckning tenderar att ske bakom stängda dörrar. Nergelius menar också att domstolarna är mer tillgängliga för medborgarna än andra statsorgan.¹³¹

Också statsvetaren Barry Holmström, som annars är emot ökad domstolsmakt, presenterar två argument som han anser på ett rimligt sätt kan försvara domstolskontroll över de folkvalda. Det ena av dessa klassificerar han som i det närmaste ”utomdemokratiskt”: Det finns andra, mera fundamentala värden att slå vakt om än de som det demokratiska systemet vilar på. Dessa värden är sådana som kan förknippas med människovärde och humanitet. Lagprövning kan fungera som en garant för dessa värden. Enligt Holmströms andra argument ses demokratin som instabil och måste därför begränsas för att fungera på ett tillfredsställande vis.¹³² Utan skyddsnät kan alltså demokratin enligt detta argument urarta och till och med motverka sig själv.

Det viktigaste principiella argumentet *mot* en utvidgad lagprövningsrätt är folksuveränitetsargumentet: Domstolar skall inte ges vidgade möjligheter att åsidosätta de folkvaldas beslut. En synpunkt som ofta framförs av Barry Holmström och som nära ansluter till detta argument är att politisk makt förlagd till domstolar är *artfrämmande för demokratiska system*. En övergripande princip för de demokratiska institutionerna –

¹³⁰ Se Nergelius (1999) s. 61 och 71 samt Nergelius anförande *Konstitutionella reformbehov* vid Grundlagsberedningens forskarkonferens *Behöver demokratin nya spelregler?* den 18 april.

¹³¹ Se Nergelius (1999) s. 61.

¹³² Se Holmström (1999) s. 138.

som har fått väljarnas förtroende att utforma lagar och förordningar – är att de ständigt är i en ansvarutkrävande situation, de utsätts med andra ord fortlöpande för medborgarnas granskning och dom. Domstolar däremot, är immuniserade mot ansvarutkrävandet från både offentliga institutioner och medborgarna själva.¹³³ Enligt juristen Anders Fogelklou är det uppenbara motargumentet att lagprövning är ett instrument för att upprätthålla konstitutionella normer. Konstitutionen är därmed ett uttryck för folkviljan.¹³⁴

Holmström hävdar vidare, att med lagprövning och särskilda författningsdomstolar, både politik och lagstiftning tenderar att få en provisorisk karaktär. Varje lag och annan föreskrift kan nämligen komma att ifrågasättas inför författningsdomstolen, som har sista ordet. Lagstiftningsprocessen kan inte anses vara avslutad förrän författningsdomstolen sagt sitt. Det är dessutom osäkert när en sådan prövning kan komma till stånd, om det överhuvudtaget sker.¹³⁵ Kärnan i dessa argument är alltså att rättssäkerheten står i fara.

En annan rättssäkerhetsaspekt som lyfts fram av statsvetaren Olof Petersson – som i andra fall förespråkar en utvidgad domstolsmakt – är att rättssäkerheten kan minska då rättsväsendet skall tolka politikernas oklara eller allmänna formuleringar.¹³⁶ I grundlagsfrågor är det vanligt att breda politiska kompromisser söks. Generellt sett preciseras därför inte rättigheterna i konstitutioner nämnvärt utan framhålls endast i mycket allmänna ordalag. Grundlagar kan därför i mindre utsträckning än vanlig lagtext läsas bokstavligt.¹³⁷

Holmström framhåller också risken för att även den politiska debatten judikaliseras när lagprövning får ökad politisk betydelse. Diskussionen tenderar enligt Holmström att ”försvinna in i juridikens dunkel” vilket försvårar för allmänheten att tillgodogöra sig och delta i diskussionen. Diskussionen kan komma att föras över från intresse- och värdekonflikter till att handla om förenligheten med en eller flera normer eller principer i författningen.¹³⁸ Holmströms argument kan här sägas grunda sig i det s.k. deliberativa eller samtalsorienterade demokratiidealet, i vilket samtalet och dialogen – enligt statsvetaren Björn Badersten – på många sätt bildar ett värde i sig.¹³⁹

Diskussionen om lagprövningsrätten och dess omfattning har också kommit att gälla det s.k. uppenbarhetsrekvisitet, som har beskrivits i tidigare avsnitt.¹⁴⁰ Juristen Annika Lagerqvist Veloz Roca, som har skrivit en omfattande bok om det svenska lagprövningsinstitutet, hävdar att utformningen av detta institut ”har präglats av en uttalad rädsla för att skapa ett utrymme för en stark och självständig domarkår, vilken skulle kunna komma att inkräkta på politikernas föreskriftsgivande funktion”. Lagerqvist Veloz Roca hävdar vidare att denna rädsla framstår som förlegad efter den svenska EU-anslutningen. Hon gör dessutom gällande att rädslan för en stark och självständig domarkår redan tidigare var svårförståelig mot bakgrund av den svenska

¹³³ Se Holmström (1998) s. 432.

¹³⁴ Se Fogelklou, Anders, i Berggren, Niclas – Karlson, Nils – Nergelius, Joakim (red), *Makt utan motvikt?* (1999) s. 99 ff.

¹³⁵ Se Holmström (1999) s. 136.

¹³⁶ Se Petersson, Olof, *Rättsstaten* (1996) s. 116

¹³⁷ Se, Petersson (2005) s. 22.

¹³⁸ Se Holmström (1999) s. 141.

¹³⁹ Se Badersten, Björn, *Medborgardygden: Den europeiska staden och det offentliga rummet* (2002) s. 160 f.

¹⁴⁰ Se avsnitt 3.1.1.

rättskälreläran där förarbetena som tidigare nämnts har en framträdande roll vid lagtolkning.¹⁴¹

Petersson et al hävdar vidare – på tal om uppenbarhetskravet – att ”det är svårt att se något skäl till att bevara en bestämmelse som, åtminstone på ett symboliskt plan, signalerar att riksdagen inte behöver ta grundlagen riktigt på allvar”.¹⁴² Författarna frågar sig i detta sammanhang varför Sveriges konstitution skall ges en så svag ställning i förhållande till EG-rätten och Europakonventionen. Varför accepteras en omfattande lagprövning när det gäller internationella domstolars åsidosättande av svensk lag medan svenska domstolar som behandlar politiska frågor anses utgöra ett hot mot demokratin? Enligt Petersson et al handlar frågorna om lagprövningsrätten och författningsdomstol främst om huruvida grundlagen respekteras. Uppenbarhetsrequisitets förekomst i regeringsformen har enligt Petersson et al att göra med att den svenska regeringsformen är *beskrivande* men inte *normerande*. På grund av att de svenska grundlagarna är så pass enkla att ändra kan inte syftet med dem att sägas vara att de är avsedda att styra.¹⁴³ Ett argument som också tar fasta på grundlagen ställning och värde framförs av statsvetaren Lennart Lundquist. Enligt Lundquist söker sig den politiska debatten i USA (där Högsta Domstolen som tidigare nämnts har ett stort inflytande på samhällsutvecklingen) i en helt annan utsträckning än den svenska debatten tillbaka till demokratin grundläggande värden. Lundquist hävdar därvid att det inte kan uteslutas att denna positiva effekt kan tillskrivas domstolskontrollen av lagstiftaren.¹⁴⁴

Enligt Barry Holmström finns det emellertid mycket som talar för att en utökad lagprövningsrätt för domstolarna för svenskt vidkommande ändå inte skulle bli särskilt revolutionerande. Skälet är att våra grundlagar kan ändras tämligen enkelt. Politiskt aktiva domstolar kan således relativt snabbt, genom två likalydande riksdagsbeslut och mellanliggande riksdagsval, korrigeras av en riksdagsmajoritet. I vissa länder, där det ställs krav på kvalificerad majoritet för ändringar i konstitutionen, kan domstolarna på ett mer ostört sätt forma författningpolitiken och samhällsutvecklingen.¹⁴⁵ Att grundlagsändringar skulle komma att användas för att komma tillrätta med politiskt aktiva domstolar är dock som Holmström framhåller, ingen önskvärd utveckling. Grundlagens funktion är ju att verka för stabilitet och förutsägbarhet i styrelseskicket.¹⁴⁶ Holmström varnar också för att en vidgad domstolsmakt för politikerna kan innebära en flykt undan det politiska ansvaret. Genom att låta domstolar avgöra politiskt känsliga beslut kan politiker skydda sig från en missnöjd opinion.¹⁴⁷

Även den finske statsvetaren Lauri Karvonen framhåller att domstolarnas politiska inflytande – trots en betydande lagprövningsrätt – inte behöver bli så omfattande. Karvonen poängterar att det finns tydliga gränser för domstolarnas maktutövning: Domstolar kan nämligen inte agera mot den politiska majoritetens vilja hur länge som helst. Dylåka konfrontationer har enligt Karvonen ofta t.ex. i USA och i Indien

¹⁴¹ Lagerqvist Veloz Roca (1999) s. 28 ff.

¹⁴² Petersson, Olof (red), *Demokratin grundlag. Demokratirådets rapport 2004*, s. 41f. I demokratirådet 2004 ingick Olof Petersson, Lauri Karvonen, Eivind Smith samt Birgitta Swedenborg.

¹⁴³ Petersson, Olof (red), (2004) s. 41f.

¹⁴⁴ Lundquist (2001) s. 146 f.

¹⁴⁵ Detta gäller bl.a. USA, där ändringar i konstitutionen kräver en lång och komplicerad process, men också Tyskland.

¹⁴⁶ Se Holmström (1999) s. 143.

¹⁴⁷ Se Holmström (1999) s. 141.

utmynnat i att konstitutionen har ändrats så att den juridiska tolkningen har fått ge vika för den politiska viljan.¹⁴⁸

En kritik som riktas mot dem som anser att judikaliseringen är av ondo, framförd av exempelvis Olof Petersson, är att de betraktar utvecklingen som ett nollsummespel, där juristmakten ökar på bekostnad av politikermakten. Petersson hävdar att den demokratiska rättsstaten förutsätter både stark politik och stark juridik, men att i Sverige såväl politiker som jurister är svaga. Det politiska systemet har kännetecknats av brist på handelskraft samtidigt som domstolarna inte har en särskilt aktiv och självständig position. Petersson förespråkar med denna utgångspunkt en utökad domstolsmakt.¹⁴⁹ Konstitutionalism och demokrati kan därmed till och med förstärka varandra.¹⁵⁰

En speciell aspekt på frågan om utökad lagprövningsrätt gäller den återkommande tanken på inrättandet av en särskild *författningsdomstol*. Valet att införa en sådan är enligt juristen Caroline Taube ett sätt att öppet erkänna att politik och juridik inte går att skilja helt och hållet från varandra, och även ett erkännande av att politiken måste kunna underkastas rättslig kontroll.¹⁵¹ Enligt Roger D. Congleton är fördelen med att inrätta en författningsdomstol framför andra metoder som kan upprätthålla konstitutionens regler att ett sådant organ kan agera snabbt för att skydda minoritetsintressen. Argumentet är att ansvarsutkrävandet av politikerna går tämligen långsamt. Många väljare skulle kanske dessutom inte ens låta bli att rösta på det parti som de annars sympatiserar med av endast den orsaken att det har kränkt författningen i ett eller annat avseende. Val handlar som bekant nästan alltid om fler frågor än sådana som har med författningen att göra.¹⁵² Dessa argument – att ansvarsutkrävandet inte fungerar som korrektiv mot denna form av maktmissbruk – är dock inte direkt knutna till att inrätta ett speciellt organ: Argumenten skulle lika gärna kunna appliceras på ett mer allmänt förespråkande av en utvidgad lagprövningsrätt.

Intresset skall nu istället riktas till den politiska debatten om lagprövning. I vilken utsträckning avspeglas forskarnas argument och kan den politiska diskussionen sägas ha gått i en alltmer accepterande riktning?

¹⁴⁸ Se Karvonen (2003) s. 170 f.

¹⁴⁹ Se Petersson (1996) s. 116 samt ”Domstolarnas kontroll över förvaltningen” i *Nordisk Administrativt Tidskrift*, årg. 81, 2000, s. 353-367.

¹⁵⁰ Jfr Petersson, Olof – Smith, Eivind (red), *Konstitutionell demokrati* (2004) s. 32.

¹⁵¹ Taube, Caroline (2003) s. 169.

¹⁵² Congleton, Roger D, *Att förbättra demokratin: En politisk-ekonomisk analys av Sveriges grundlag* (2002) s. 121 ff.

6 Den politiska debatten

I detta kapitel redogörs för den politiska debatten om lagprövning, sådan den avspeglas i främst offentliga utredningar, propositioner, motioner och utskottsbetänkanden. Kapitlet behandlar tiden från antagandet av nya RF och fram till idag och är uppdelat på två avsnitt: Perioden före och perioden efter EU-medlemskapet.

6.1 Perioden från antagandet av nya RF (1974) till EU-medlemskapet

Sveriges nuvarande regeringsform trädde i kraft den 1 januari 1975. Reformarbetet inleddes redan vid mitten av 1950-talet, och en av de kontroversiella frågorna som den dåvarande *Författningsutredningen* hade att behandla gällde lagprövningsrätten. 1961 träffades en stor kompromiss mellan de borgerliga och de socialdemokratiska ledamöterna på ett möte i Voksenåsen i Norge som innebar ett erkännande av att lagprövningsrätten etablerats i praxis, men också att den inte skulle införas i författningstexten. Argumentet var att en kodifiering skulle kunna leda till att lagprövningsrätten skulle kunna uppfattas som ett normalt inslag i rättstillämpningen.

Kompromissen uttryckte alltså en restriktiv syn på lagprövningsrättens tillämpning, men en del av dess motståndare hade velat gå längre och förslag fanns från vissa remissinstanser (bl.a. från LO) om att t.o.m. införa ett förbud mot lagprövning i den nya regeringsformen.¹⁵³ När propositionen med förslag till ny regeringsform och riksdagsordning m.m. kom år 1973 efter fortsatt utredningsarbete upprepade departementschefen uppfattningen att lagprövningsrätten även framöver skulle få en ringa eller ingen praktisk betydelse.¹⁵⁴ Detta uttalande ses ofta som ett officiellt politiskt godtagande av lagprövningsrättens faktiska existens.

Under riksdagsbehandlingen av propositionen om den nya författningen enades partierna – i syfte att ytterligare överväga skyddet för fri- och rättighetsfrågorna – om att tillsätta en ny parlamentarisk utredning, 1973 års fri- och rättighetsutredning. Utredningen föreslog år 1975 i sitt betänkande *Medborgerliga fri- och rättigheter* ett omskrivet och utökat kapitel om grundläggande fri- och rättigheter (rättighetskatalogen i RF 2 kap). Det påtalades också att området för lagprövning skulle vidgas betydligt om rättighetskatalogen infördes, och domstolarna skulle få hantera rättighetsregler av många slag och med olika utformning. För att det inte skulle föreligga några tveksamheter om institutets innebörd menade utredningen att det borde finnas en paragraf om lagprövningsrätten i grundlagen. I övrigt förslögs dock inga förändringar

¹⁵³ Se Lagerqvist Veloz Roca (1999) s. 308 samt SOU 1972:15, s. 107 f.

¹⁵⁴ Se prop. 1973:90, s. 200f.

av institutets faktiska innebörd. Även frågan om en svensk författningsdomstol väcktes, men avvisades.¹⁵⁵

I den följande propositionen om ändring i regeringsformen, som kom år 1976, framgick att regeringen delade fri- och rättighetsutredningens ståndpunkt i frågan om författningsdomstol och hävdade att ett sådant system var ”helt främmande för svensk författningstradition” och dessutom ”svåröfrenligt med kravet att en fri- och rättighetsreglering inte får innebära att politisk makt förs över till icke-politiska organ”. Förslaget att *bibehålla* lagprövningsrätten innebar enligt departementschefen, justitieministern Geijer, ”en lämplig avvägning mellan de olika intressen som här står mot varandra”. Å ena sidan kunde man vara säker på att domstolarna inte skulle komma att få någon ställning som politiska maktfaktorer. Å andra sidan skulle de ha möjlighet att utnyttja ett oförbrukat förtroendekapital, när ett ingripande undantagsvis kunde anses vara befogat. Utredningens förslag att lagprövningsrätten borde få komma till direkt uttryck i RF tillbakavisades dock av den socialdemokratiska regeringen med motiveringen att frågan ännu inte var mogen för avgörande.¹⁵⁶ Partierna enades om att en ny utredning skulle tillsättas för att ytterligare överväga fri- och rättighetsfrågorna.

I samband med riksdagsbehandlingen av propositionen behandlade konstitutionsutskottet några motioner från moderata riksdagsledamöter¹⁵⁷ som vidhöll kraven på en kodifiering av lagprövningsrätten och på utredning om en författningsdomstol. KU svarade dock att ”en författningsdomstol (...) saknar f.n. all aktualitet i vårt land” och att lagprövningsrätten tills vidare skulle lämnas oreglerad i avvaktan på kommande utredning.¹⁵⁸ Också dåvarande Vänsterpartiet kommunisterna motionerade i frågan och anförde bl.a. att en lagprövningsrätt visserligen borde finnas men att överprövningen måste ligga hos ett folkvalt politiskt organ som t.ex. konstitutionsutskottet¹⁵⁹ Enligt motionen innebar en sådan ordning att skyddet för de demokratiska fri- och rättigheterna ligger kvar hos folkviljan, som kan påverka riksdagens men inte domstolarnas sammansättning. KU avfärdade emellertid motionen med påpekandet att förslaget inte var förenligt med grundlagens huvudprinciper om uppgiftsfördelning mellan riksdagen, domstolar och andra myndigheter.¹⁶⁰

Uppdraget att ytterligare överväga rättighetsskyddet och lagprövningsrättens eventuella införande i grundlagen gavs till den s.k. *Rättighetsskyddsutredningen*. Efter utredningens betänkande föreslog regeringen slutligen år 1978 att lagprövningsrätten skulle kodifieras.¹⁶¹ Utformningen av lagprövningsrätten gjordes emellertid inte till ett instrument som var exklusivt för domstolarna utan även andra myndigheter gavs den rätten.¹⁶² Samtidigt som lagprövningsrätten skrevs in i RF år 1979 infördes det s.k. uppenbarhetsrekvisitet. Detta var inte något nytt påfund utan rekvisitet hade, liksom lagprövningsrätten i sig, utbildats i praxis och sedan befästs genom motivuttalanden.¹⁶³ KU underströk i detta sammanhang att ”...lagprövningsinstitutet inte är avsett att utgöra

¹⁵⁵ Se SOU 1975:75, 102ff.

¹⁵⁶ Se prop. 1975/76:209, s. 91ff.

¹⁵⁷ Se motionerna 1975/76:897 och 1975/76:2553, båda (m).

¹⁵⁸ Se bet. KU 1975/76:56, s. 17 ff.

¹⁵⁹ Se t.ex. mot. 1975/76:2555 (vpk), och även mot. 1978/79:2641, s. 5f.

¹⁶⁰ Se bet. KU 1975/76:56, s. 17 ff., och även KU 1978/79:39, s. 12.

¹⁶¹ Se SOU 1978:34, s. 104ff.

¹⁶² Jfr Nordquist (2001) s. 220.

¹⁶³ Se t.ex. KU 1975/76:56, s. 17.

ett normalt inslag i rättstillämpningen och att hittillsvarande försiktiga praxis fortfarande skall vara vägledande”. En betydelsefull fördel med att införa bestämmelsen om lagprövningsrätten var enligt KU att hinder då skulle uppställas mot att lagprövningsrätten i *praxis* skulle ges ett vidgat tillämpningsområde.¹⁶⁴ Lagprövningsrättens införande var således en tydlig kompromiss mellan de borgerliga som på så sätt ville förstärka fri- och rättighetskyddet och den socialdemokratiska sidan som inte ville ge domstolarna utökad makt.¹⁶⁵

Under 1980-talet fortsatte emellertid den parlamentariska debatten om lagprövningsrätten. Nu stod uppenbarhetsrekvisitetet i centrum för den borgerliga kritiken, och bl.a. framfördes förslag om rekvisitets borttagande från RF i flera moderata partimotioner, liksom i enstaka motioner från centerpartiet och folkpartiet.¹⁶⁶ De moderata motionerna krävde också utredning om författningsdomstol.¹⁶⁷

Efter maktskiftet hösten 1991 återupptogs översynen av grundlagsskyddet av fri- och rättigheterna. Den nya borgerliga fyrpartiregeringen tillsatte *Fri- och rättighetskommittén* med uppgift att bl.a. utreda om det omdiskuterade uppenbarhetsrekvisitetet skulle tas bort. I direktiven till utredningen markerade justitieministern tydligt sin uppfattning att utformningen av grundlagsregeln var ett uttryck för en alltför restriktiv syn på lagprövningsrätten.¹⁶⁸

Kommittén konstaterade i sitt betänkande – som kom 1993 – att det i debatten hade ansetts otillfredsställande att de två högsta statsorganen, regering och riksdag, skulle åtnjuta en större felmarginal än andra normgivande organ när det gäller en föreskrifts förenlighet med överordnad författning, men framhöll också att riksdagen ändå är den instans som är bäst ägnad att pröva om en viss lagföreskrift är grundlagsenlig eller ej. Kommittén underströk därför: ”Normalt kan man givetvis utgå från att statsmakterna utan vidare följer grundlagens bestämmelser. Lagprövningsrätten som kontrollmedel är därför tänkt att verka som en säkerhetsanordning som utlöses i de sällsynta fall då lagstiftningen inte har utgjort ett tillräckligt skydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna.” Kommittén framhöll vidare värdet av att domstolarna har ett oförbrukat förtroendekapital att utnyttja när ett ingripande till fri- och rättigheternas skydd måste ske. Genom detta argument fann kommittén – i direkt strid med justitieministerns uppfattning – att förekomsten av uppenbarhetsrekvisitetet var motiverad.¹⁶⁹

Fri- och rättighetskommittén vägrade också för- och nackdelarna med en författningsdomstol: En fördel var enligt kommittén att man därmed skulle få högsta tänkbara kompetens i konstitutionella frågor. Majoriteten motsatte sig dock förslaget om en författningsdomstol främst med hänsyn till dess ”anti-majoritära” karaktär. En författningsdomstol skulle vara svår ”att förena med kravet att en rättighetsreglering inte får innebära att politisk makt förs över till icke politiska organ”. De frågor en centraliserad författningsdomstol skulle ha att ta ställning till skulle vidare stå i fokus på

¹⁶⁴ Se KU 1978/79:39, s. 13.

¹⁶⁵ Se Algotsson (2000) s. 150.

¹⁶⁶ Se t.ex. mot. 1983/84 1111 av Marianne Karlsson (c), mot. 1987/88 K202 av Carl Bildt m.fl (m), mot. 1986/87 K231 (m, fp, c).

¹⁶⁷ Det offentliga utredandet av grundlagsfrågorna fortsatte under 1980-talet. Den s.k.

Folkstyrelsekommittén, som tillsattes år 1984, behandlade bl.a. frågan om införandet av en författningsdomstol. Förslaget tillbakavisades emellertid i utredningens slutbetänkande *Folkstyrelsens villkor* som presenterades 1987 (SOU 1987:6).

¹⁶⁸ Se direktivet i bilagan SOU 1993:40, s. 295.

¹⁶⁹ SOU 1993:40, s. 229.

ett helt annat sätt än då lagprövning utförs av vanliga domstolar. Kommittén påtalade vidare risken för en politisering av en författningsdomstol med tanke på tillsättningen av dess ledamöter. Ett annat, enligt kommittén mycket viktigt argument var att en författningsdomstol är ett främmande element i vår rättskultur.¹⁷⁰ En reservant, ledamoten Ingvar Svensson (kds), påpekade dock att författningsdomstolar inte kommer att te sig lika främmande som tidigare vid ett kommande EG-medlemskap.¹⁷¹

Slutligen kan nämnas att Fri- och rättighetskommittén också påpekade i sitt betänkande att ett medlemskap i EG kunde medföra att normkontrollen kunde komma att få en ökade betydelse i det svenska rättssystemet på grund av gemenskapsrättens företräde framför nationell lag.

6.2 Debatten efter EU-medlemskapet

Med EU-inträdet 1995 förnyades också argumenten för utökad lagprövningsrätt: Den s.k. europeiseringen av den svenska rätten vilken bl.a. kan härledas från EU-medlemskapet och införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt, framhölls i flera betänkanden från konstitutionsutskottet, se t.ex. KU 1996/97:26 och KU 1997/98:26. Utrymmet att tillämpa uppenbarhetsrekvisitet hade enligt KU *minskat* till en följd av denna europeisering. Det minskade utrymmet beror på att EG-rätten har företräde framför svensk lag utan att det finns något krav på uppenbar motstridighet. Vissa delar av Europakonventionen, nämligen de som ingår i EG-rätten, skall också tillämpas omedelbart framför svensk lag.¹⁷² KU konstaterade därvid att Europadomstolen i Strasbourg inte tillämpade något uppenbarhetsrekvisitet i sin prövning. KU framhöll vidare att om EU skulle ansluta sig till Europakonventionen så att denna i sin helhet blir EG-rätt med generell tillämpning, så kommer utrymmet för att i Sverige tillämpa uppenbarhetsrekvisitet vid normkollisioner att bli ännu mindre. Utskottet underströk dock i båda de nämnda betänkandena – som svar på motioner från moderata riksdagsledamöter – att uppenbarhetsrekvisitet ändå borde bibehållas eftersom det tar sikte på konflikter mellan *svenska* rättsnormer.

Europeiseringen av den svenska rätten framhölls också av den s.k. Demokratiutredningen som tillsattes år 1997 för att belysa problem med det svenska folkstyret inför 2000-talet. I slutbetänkandet från år 2000, ”En uthållig demokrati!”¹⁷³ heter det att tempot i det politiska beslutsfattandet ökar och att i ett alltmer svåröverskådligt och snabbt föränderligt samhällsmaskineri det är viktigt att skydda den enskilda medborgarens och minoritetsintressenas integritet och rättssäkerhet. Den tilltagande europeiseringen och EG-rättens inflytande förefaller enligt utredningen att göra de svenska domstolarna mer benägna att finna uppenbarhetsrekvisitet uppfyllt. Enligt Demokratiutredningen borde därför uppenbarhetsrekvisitet avskaffas för att utöka möjligheten till lagprövning och på så sätt säkra medborgarnas skydd mot myndigheters

¹⁷⁰ Se SOU 1993:40, s. 227 f.

¹⁷¹ Se SOU 1993:40, s. 284.

¹⁷² De delarna av Europakonventionen som inte ingår i EG-rätten skall vid en normkonflikt i Sverige däremot endast tillämpas ”om felet är uppenbart”.

¹⁷³ Se SOU 2000:1.

misstag och övergrepp.¹⁷⁴ Det är första gången sedan lagprövningsrättens införande i grundlagen som en utredning har förslagit att uppenbarhetsrekvisitet borde avlägsnas. Det kan också noteras att utredningen var parlamentariskt sammansatt och leddes av ett tidigare statsråd, socialdemokraten Bengt Göransson.

Det svenska medlemskapet i EU och utvecklingen inom unionen tycks också ha varit en viktig faktor när miljöpartiet – som är motståndare till svenskt EU-medlemskap – i olika motioner förespråkar ett införande av en författningsdomstol.¹⁷⁵ Miljöpartiets argument skiljer sig emellertid från de borgerligas eftersom miljöpartiet gör gällande att en viktig uppgift för en eventuell författningsdomstol är att peka på konflikter mellan vår egen grundlag och gemenskapsrätten.¹⁷⁶ En annan uppgift för en författningsdomstol skulle enligt motionärerna vara att fungera som en domstol där enskilda eller juridiska personer kan utöva s.k. författningsbesvär.

I konstitutionsutskottets betänkanden 2000/01:11 och 2001/2002:13 behandlades åter frågan om utvidgad lagprövningsrätt och behovet av en separat författningsdomstol efter motioner från borgerligt håll. Den tidigare argumentationen i frågan (se ovan) upprepades, men med ett ändrat majoritetsförhållande i utskottet förändrades synen: Utskottet skriver att det är "...tveksamt om någon klar skiljelinje i längden kan upprätthållas i rättstillämpningen mellan situationer som synes reglerade av endast nationell rätt och situationer då den 'européiska' rätten inverkar." Att lagprövning skulle kunna vara problematisk ur folksuveränitetssynpunkt avfärdades med argumentet att "envar av de normer som ställs mot varandra vid en lagprövning kan härledas ur politiska beslut, och det kunde därför enligt utskottets mening inte anses stå i strid med demokratins grundsatser att en norm av högre statsrättslig valör, som antagits i demokratisk ordning, ges företräde framför en norm av lägre statsrättslig valör".

Som slutkläm på sitt betänkande skriver KU att regeringen bör ges i uppdrag att låta utreda frågorna om uppenbarhetsrekvisitet och om införandet av en författningsdomstol.¹⁷⁷ Utskottets minoritet, socialdemokrater och vänsterpartister, stod emellertid fast vid sin tidigare inställning. Man skriver att ett slopande av uppenbarhetsrekvisitet skulle innebära en politisering av juridiken, där domare allt oftare kommer att kunna ta – men också avkrävas – politiska ställningstaganden. En politisering av rättsväsendet leder till osäkerhet och kan skada förtroendet för rättsordningen. Det centrala i socialdemokraternas och vänsterpartisternas argumentation mot en utökad lagprövningsrätt är dock folksuveränitetstanken: Den begärda utredningen, skriver man, syftar till förändringar som innebär en väsentlig maktförskjutning till nackdel för folkstyret.¹⁷⁸

Utskottets hemställan om utredning bifölls av riksdagen i mars 2001. Regeringens beredning drog dock ut på tiden, och frågorna kom så småningom att hänskjutas till den nya Grundlagsutredningen¹⁷⁹ som tillsattes i juli 2004. Grundlagsutredningens uppdrag är enligt direktiven att genomföra en samlad översyn av regeringsformen, där lagprövningsrätten ingår som en av många frågor. I avvaktan på att utredningens arbete avslutas i december 2008 kommer alltså debatten att fortsätta.

¹⁷⁴ Se SOU 2000:1, s. 135 och s. 250 f.

¹⁷⁵ Se t.ex. motion 2002/2003:K398 (mp).

¹⁷⁶ Se t.ex. i motion 1999/2000:K348 av Gustav Fridolin (mp).

¹⁷⁷ Se bet. 2000/01:KU11, rskr. 2000/01:149. Se även 2001/02:KU13.

¹⁷⁸ Se 2001/02:KU13 p. 24.

¹⁷⁹ Dir 2004:96.

7 Avslutande diskussion

Vilka slutsatser kan man dra av ovanstående debattredogörelse? Fram till slutet av 1970-talet handlade diskussionen främst om huruvida lagprövningen som hade utvecklats i praxis skulle kodifieras i grundlagen eller inte. I denna diskussion talades det till en början t.o.m. om att införa ett uttryckligt förbud mot lagprövning. I slutet av 1970-talet enades dock partierna om att införa en paragraf om lagprövningsrätten. I paragrafen kom det s.k. uppenbarhetsrekvisitet att ingå, vilket kan ses som en kompromiss mellan de som förespråkade en omfattande lagprövningsrätt och de som inte ville införa någon paragraf överhuvudtaget. Införandet kan dock främst ses mot bakgrund av den i grundlagen då nyss införda rättighetskatalogen. Strax efter det att lagprövningsrätten hade kodifierats började dock röster att höras från borgerligt – främst moderat – håll som ville avskaffa uppenbarhetsrekvisitet. Argumentet var att kravet på uppenbar grundlagsstridighet ledde till att domstolarna utövar lagprövningsrätten under alltför stor restriktivitet.

Motståndarna till uppenbarhetsrekvisitet kom under de följande åren att ytterligare flytta fram sina positioner. I huvudbetänkandet från den socialdemokratiskt ledda Demokratiutredningen föreslogs år 2000 ett avskaffande, och senare, efter flera borgerliga motioner och under intryck av europeiseringen av den svenska rätten, kom också konstitutionsutskottet att ge upp sitt tidigare förord för ett bevarande. I mars 2001 godkände riksdagen utskottets hemställan om förnyad utredning av rekvisitets funktion, och efter ytterligare beredning hos regeringen kom frågan 2004 att hänskjutas till den nya grundlagsberedningen. Den nya utredningen kommer emellertid att ta god tid på sig, och har ett omfattande utredningsprogram, och man kan därför säkert räkna med att lagprövningsrätten och uppenbarhetsrekvisitet kommer att debatteras ännu i många år.

Argumenten för och emot en ökad lagprövning har emellertid inte nämnvärt förändrats under den studerade tidsperioden. Socialdemokraterna och vänsterpartiet har som den författningspolitiska debatten visat, genomgående varit emot. Argumenten är de klassiska: Demokratin kan bara förverkligas då folkviljan får fullt genomslag på alla nivåer. De normkonflikter som kan uppkomma skall i första hand lösas på ett politiskt plan. Detta uttrycks i debatten som att riksdagen skall vara den främsta lagstiftaren. Domstolarnas uppgifter är först och främst att verkställa politiska beslut och inte att skapa lag på egen hand.¹⁸⁰ Det centrala i socialdemokraternas och vänsterpartisternas argumentation är alltså folksuveräniteten, man varnar för att en utökad lagprövningsrätt kan vara till nackdel för folkstyret.

De borgerliga partierna ser i stället – enligt vad som framgått vid granskningen av debatten – domstolarna som ett skydd mot politikernas ambition att på olika sätt reglera invånarnas liv och mot de begränsningar i individernas frihet som följer med den

¹⁸⁰ Jfr Petersson (1996) s. 114 ff. och 27 f.

växande offentliga sektorn.¹⁸¹ Allmänt om debatten kan alltså sägas att den ideologiska skiljelinjen är tydlig och står sig under hela den studerade tidsperioden.

De borgerliga partiernas större benägenhet att binda regering och riksdag vid rådande grundlag, avspeglas också i attityden till den växande europeiseringen av den svenska rätten som diskuterats i kapitel 3. I en motion avgiven av Lars Leijonborg m.fl. (fp)¹⁸² heter det exempelvis att ”EG-rättens införlivande i svensk rättsordning innebär att domstolarnas ställning och oberoende förstärks i förhållande till den politiska makten”, och att ”det finns starka skäl till att se EG-rättens inflytande på den svenska ordningen som positiva förändringar till gagn för de enskilda medborgarna på myndigheternas och de politiska organens bekostnad”. Motionen ger ett tydligt uttryck för den individualistiska demokratisynen.

Statsvetaren Jörgen Hermansson framhöll i en artikel i Statsvetenskaplig Tidskrift att det är föreningen av de delvis motstridiga elementen folksuveränitetstanken och rättsstatsidén som i själva verket utgör den västerländska demokratisynens speciella kännetecken.¹⁸³ Denna avvägning kan emellertid ske på olika sätt. Hermansson ställde i artikeln upp hypotesen att ideologierna kommunism, socialdemokrati, liberalism samt konservatism kan rangordnas med avseende på hur mycket de betonar de två idéerna. Ambitionen i denna uppsats har inte varit att utvärdera hur varje enskilt parti argumenterar i frågan om lagprövningsrätten. Det är därför inte möjligt att säga hur de olika partierna exakt står i avvägningen mellan demokrati och konstitutionalism. En slutsats som däremot är möjlig att dra, och som ger stöd till Hermanssons hypotes, är att de borgerliga partierna tydligt framhåller det individuella synsättet och den konstitutionella tanken i förhållande till folksuveränitetstanken. Vänsterpartiet och socialdemokraterna ställer sig mer avvisande till juridisk kontroll av de folkvaldas beslut. De betonar istället folksuveräniteten.

Det bör dock påpekas att inställningen till judikalisering längs den politiska höger-vänsterskalan inte är helt självklar: Statsvetaren Karl Göran Algotsson belyser i ”Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet” skillnader i aktörskonstellationer mellan USA och Sverige. I USA har det varit de konservativa som har förordat att domstolarna skall vara återhållsamma vid tolkning av konstitutionen medan de liberala har varit anhängare av juridisk aktivism. I Sverige har aktörskonstellationerna som tidigare nämnts varit de omvända.¹⁸⁴ Detta konstaterande leder till frågan om lagprövningsrätten och värnandet av de civila rättigheterna verkligen är en höger-vänsterfråga. Om så inte skulle vara fallet, vad finns det i så fall för alternativ till denna hypotes? Ett alternativ är enligt Algotsson att partier i opposition är mer angelägna att värna rättsstaten. Oppositionspartier kan således genom att hävda civila rättigheter binda regeringen, som därmed inte får använda vilka metoder som helst för att nå sina mål.¹⁸⁵ Mot Algotssons resonemang talar emellertid att det var under den borgerliga fyrpartiregeringen i början av 1990-talet som en utredning fick klara direktiv om att finna vägar att utvidga lagprövningsrätten.

¹⁸¹ Jfr Petersson (1996) s. 114 ff. och 27 f.

¹⁸² Motion 2002/03:Ju364 av Lars Leijonborg m.fl. (fp).

¹⁸³ Se Hermansson, Jörgen (1986) s. 260.

¹⁸⁴ Se Algotsson (1993) s. 388. Se även Holmström (1999) s. 134 f.

¹⁸⁵ Jfr Tate, Neal C, i Tate – Vallinder (1995) s. 27 ff.

Ett ytterligare alternativ till dessa två hypoteser formulerade av Algotsson är att partiernas benägenhet att värna om rättsstaten varierar från politikområde till politikområde. Enligt Algotsson förhåller det sig förmodligen så att rättsstatliga hänsyn får ge vika då det gäller att nå målen på det aktuella politikområdet.¹⁸⁶

En av teserna i denna uppsats är som tidigare nämnts att judikaliseringen i Sverige ändå inte är så omfattande om man ser till hur *lagprövningsinstitutet* utnyttjats. Lagprövning i Sverige sker fortfarande i ytterst begränsad omfattning. Ändå har något hänt; domstolar *har* fått ökat inflytande även i politiskt viktiga frågor och det visar inte minst det tidigare nämnda Franzénmålet där hela den svenska alkoholpolitiken stod på spel. I dagarna avgör även EG-domstolen Apotekets monopol på läkemedelsförsäljning. Denna judikalisering, som i huvudsak beror på att Sverige i ökad utsträckning måste ta hänsyn till internationella regelverk och till överstatliga domstolar, skulle jag beskriva – mot bakgrund av vad som har framkommit i studiet av riksdagsdebatten av den svenska lagprövningsrätten – som högst passiv. Utan att det finns en uttalad politisk vilja till att förändra maktindelningen i samhället verkar det som om domstolarnas faktiska funktion håller på att förändras.¹⁸⁷

Även den ökande betydelsen av överprövning av förvaltningsbeslut enligt den s.k. rättsprövningslagen brukar i viss mån förstås som judikalisering.¹⁸⁸ Denna utveckling har emellertid också ett tydligt samband med den internationella utvecklingen och växande svenska åtaganden inom det europeiska samarbetet. Det är alltså främst i en internationell kontext som judikaliseringen kan sägas ha medfört att jurismakten ökar på bekostnad av politikernas handlingsutrymme. Det nya Europagrundfördraget innehåller en rättighetskatalog. Accepteras fördraget är det troligt att judikaliseringstrenden kommer att förstärkas.

¹⁸⁶ Se Algotsson (2003) s. 35.

¹⁸⁷ Jfr. Wersäll, Fredrik, *Maktförskjutning till domstolarna – naturkraft eller medveten politik?* (2004) s. 324 ff.

¹⁸⁸ Se avsnitt 3.3.

Referensförteckning

1 Offentliga tryck

Offentliga utredningar

SOU 1975:75 *Medborgerliga fri- och rättigheter*

SOU 1978:34 *Förstärkt skydd för fri- och rättigheter – betänkande av rättighetsskyddsutredningen*

SOU 1987:6 *Folkstyrelsens villkor*

SOU 1993:40 *Fri- och rättighetsfrågor, del A (Regeringsformen).*

SOU 1999:58 *Löser juridiken demokratins problem?*

SOU 1999:76 *Maktdelning.*

SOU 2000:1 *En uthållig demokrati! Politik för folkstyrelse på 2000-talet.*

Propositioner

Prop. 1973:90 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning, m.m.

Prop. 1975/76:209 Om ändring i regeringsformen.

Prop. 1978/79:195 Förslag till Lag om ändring i regeringsformen

Konstitutionsutskottets betänkanden

KU 1975/76:56

KU 1978/79:39

KU 1993/94:24

KU 1996/97:26

KU 1997/98:26

KU 2000/01:11

KU 2001/02:13

KU 2001/02:18

KU 2003/04:09

KU 2003/04:19

Motioner

1975/76:897 (m)

1975/76:2553 (m)

1975/76:2554 (c)

1975/76:2555 (vpk)

1978/79:2641 (vpk)

1983/84 1111 (c)

1987/88 K202 (m)

1986/87 K231 (m, fp, c)

1999/2000:K348 (mp)
2002/2003:K398 (mp)
2002/03:Ju364 (fp)
2004/05:K228 (m)

Övrigt

Dir 2004:96
Rskr. 2001/01:149

2 Rättsfall

RÅ 1978 1:29
RÅ 1980 1:92
RÅ 1997 ref 18
RÅ 1982 1:74
RÅ 1983 2:5
RÅ 1987:21
RÅ 1992:10
RÅ 1994 not. 654
RÅ 1998 not 93
RÅ 2000:19
NJA 1981 s. 1
NJA 1986 s. 428
NJA 1987 s. 198
NJA 1992:10
NJA 1992 s. 337
NJA 1996 s. 370
NJA 2000 s. 132
RH 102:84
RH 1992:56
RH 1997:47
RH 2000:64
Costa vs ENEL mål 6/64, ECR 1964 s. 1141
C-189/95, åklagaren mot Harry Franzén, REG 1997, s. I-5909
C 405/98, Konsumentombudsmannen mot Gourmet International Products AB, REG 2001, s. I – 1795.

3 Litteratur

Algotsson, Karl-Göran, 1993. *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet*. Stockholm: Norstedts Juridik.

Algotsson, Karl-Göran, 2000. *Sveriges författning efter EU-anslutningen*. Stockholm: SNS Förlag.

- Algotsson, Karl-Göran, 2001. *Äganderätt och demokrati: Svensk grundlagsdebatt under 1990-talet*. Stockholm: SNS förlag.
- Algotsson, Karl-Göran, 2003. ”Grundläggande fri- och rättigheter” i Mattson, Ingvar – Petersson, Olof (red.), *Svensk författningspolitik*. SNS förlag: Stockholm.
- Badersten, Björn, 2002. *Medborgardygd: Den europeiska staden och det offentliga rummets etos*. Stockholm: Natur och kultur.
- Beetham, David, 1999. *Democracy and Human Rights*. Cambridge: Polity Press in association with Blackwell.
- Bergström, Göran – Boréus, Kristina, 2000. *Textens mening och makt: En metodbok i samhällsvetenskaplig textanalys*. Lund: Studentlitteratur.
- Bernitz, Ulf – Kjellgren, Anders, 2000. *Europarättens grunder*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Congleton, Roger D, 2002. *Att förbättra demokratin: En politisk-ekonomisk analys av Sveriges grundlag*. Stockholm: SNS Förlag.
- Dahl, Robert, 1999. *Demokratin och dess antagonister*. Stockholm: Ordfront (Översättning: Göran Hemberg. Originallets titel: Democracy and its critics.1989. Yale University Press).
- Dahl, Robert, 1999. ”Kan internationella organisationer vara demokratiska?” i *Bör demokratin avnationaliseras? Demokratiutredningens skrift nr 21*. Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 1999:11.
- Petersson, Olof – Smith, Eivind (red), 2004. *Konstitutionell demokrati*. Stockholm: SNS förlag.
- Elster, Jon – Slagstad, Rune, 1988. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fogelklou, Anders, 1999. ”Konstitutionalisering”, s. 79-107, i Berggren, Niclas – Karlson, Nils – Nergelius, Joakim (red.), i *Makt utan motvikt: Om demokrati och konstitutionalism*. Stockholm: City University Press.
- Författningsdomstol och lagprövning i nordisk och europeisk belysning*, 1991. Stockholm: Rättsfonden.
- Hadenius, Axel, 2001. *Demokrati: En jämförande analys*. Malmö: Liber.
- Hague, Rod – Harrop, Martin – Breslin, Shaun, 1998. *Comparative Government and Politics: An introduction*. London: Macmillan
- Hermansson, Jörgen, 1999. ”Om att tämja folkmakten”, i *Maktdelning*, Demokratiutredningens forskarvolym I, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 1999:76.

- Hermansson, Jörgen, 1986. "Demokrati i västerländsk mening", *Statsvetenskaplig Tidskrift*, årg. 89, nr 4, s. 253-264.
- Holmberg, Erik – Stjernquist, Nils, 2002. *Vår författning*. Göteborg: Nordstedts Juridik.
- Holmström, Barry, 1998. *Domstolar och demokrati: Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*. Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis.
- Holmström, Barry, 1999. "Demokrati och juridisk kontroll" i *Maktdelning, Demokratiutredningens forskarvolym I, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 1999:76*.
- Karvonen, Lauri, 2003. *Statsskick: Att bygga demokrati*. Stockholm: SNS förlag.
- Karvonen, Lauri, 1998. "Eviga cykler eller genombrott? Om konstitutionalismens återkomst i jämförande politik", *Statsvetenskaplig Tidskrift*, årg. 101, nr. 4.
- Lagerqvist Veloz Roca, Annika, 1999. *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform*. Stockholm: Jure.
- Lundquist, Lennart, 1993. *Det vetenskapliga studiet av politik*. Lund: Studentlitteratur.
- Lundquist, Lennart, 2001. *Medborgardemokratin och eliterna*. Lund: Studentlitteratur.
- Lundströms, Mats, 2001. "Tre demokratibegrepp i svensk statskunskap" i Berggren, Niclas - Nergelius, Joakim - Karlson, Nils (red.), *Demokratins konstitutionella val*. Stockholm: City University Press.
- Magnusson, Göran, 2004. "Rättsuppfattning, rättskällor och rättsbildning – en parlamentarikers reflektioner", *Svensk Juristtidning*. årg. 89, nr 3, s. 284-287.
- Modéer, Kjell Å, 1999. "Vem regerar i rättens rike? – Maktdelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv", i *Maktdelning, Demokratiutredningens forskarvolym I, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 1999:76*.
- Nergelius, Joakim, 1996. *Konstitutionellt rättighetsskydd: Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Nergelius, Joakim, 1999. "Maktdelning och politikens judikalisering" i *Löser juridiken demokratins problem?* Demokratiutredningens skrift nr 23, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 1999:58.
- Nergelius, Joakim, 1997. "Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet – några reflektioner kring de senaste årens debatt och praxis", *SvJT*. s. 426-457.
- Nordquist, Jonas, 2001. *Domstolar i det svenska politiska systemet: Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet*. Stockholm: Unv.

- Petersson, Olof - Karvonen, Lauri - Smith, Eivind – Swedenborg, Birgitta (red.), 2004. *Demokratirådets rapport: Demokratins grundlag*. Kristianstad: SNS Förlag.
- Petersson, Olof – Mattson, Ingvar (red.), 2003. *Svensk författningsspolitik*. Stockholm: SNS förlag.
- Petersson, Olof, 2005. *Nordisk politik*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Petersson, Olof, "Domstolarnas kontroll över förvaltningen" 2000. *Nordisk Administrativt Tidskrift*, årg. 81, s. 353-367.
- Petersson, Olof, Svenska Dagbladet, den 14 februari 1999.
- Sterzel, Fredrik, 1999. *Parlamentarismen i författningen*. Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Strömberg, Håkan – Lundell, Bengt, 2004. *Sveriges författning*. Lund: Studentlitteratur.
- Strömberg, Håkan, 1996. "Ett HD-fall om prövning av en förordnings grundlagsenlighet", *JT* 1996/97, s. 450-53.
- Strömholm, Stig, 1999. *Politik och juridik: Grundlagen inför 2000-talet. Fakulteternas symposium för rektor Stig Strömholm*. Göteborg: Iustus förlag.
- Vallinder, Torbjörn – Tate, Neal C, 1995. *The global expansion of judicial power*. New York University Press: New York.
- Taube, Caroline, 2003. "Domstolar och lagprövning" i Mattson, Ingvar – Petersson, Olof (red.), *Svensk författningsspolitik*. SNS förlag: Stockholm.
- Taube, Caroline, 2004. "Regeringsformen: Positiv rätt eller redskap för rätthaverister?" samt "System för lagstiftningskontroll" i Petersson, Olof – Smith, Eivind (red.), *Konstitutionell demokrati*. SNS förlag: Stockholm.
- Tingsten, Herbert, 1960 (första utgåva 1945). *Demokratiens problem*. Stockholm: Bokförlaget Aldus/Bonniers.
- Warnling-Nerep, Wiweka, 2002. *Rättsprövning och rätten till domstolsprövning*. Stockholm: JureCLN.
- Wersäll, Fredrik, 2004. "Maktförskjutning till domstolarna – naturkraft eller medveten politik?", *SvJT*, årg. 89, nr. 3, s. 324-328.
- Wiklund, Ola, 1999. "Om politikens juridifiering och juridikens ideologisering", i *Löser juridiken demokratins problem?* Demokratiutredningens skrift nr 23, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 1999:58.
- Vedung, Evert, 1977. *Det rationella politiska samtalet: Hur politiska budskap tolkas, ordnas och prövas*. Stockholm: Aldus/Bonnier.