



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Emelie Jansson

# DOMAREN SOM RÄTTENS FRÄMSTA FÖRETRÄDARE

En konstitutionell komparativ studie gällande domstolens  
möjlighet att tillhandahålla ett effektivt rättighetskydd

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: Period 1 HT2019

# Innehåll

<b>SUMMARY</b> .....	<b>3</b>
<b>SAMMANFATTNING</b> .....	<b>4</b>
<b>FÖRORD</b> .....	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b> .....	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b> .....	<b>7</b>
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställning.....	8
1.3 Avgränsningar.....	8
1.4 Forskningsläget.....	9
1.5 Perspektiv och teori.....	10
1.6 Metod och material.....	10
1.7 Terminologi.....	12
1.8 Disposition.....	14
<b>2 DOMSTOLARNA OCH DEMOKRATIN</b> .....	<b>15</b>
2.1 Introduktion.....	15
2.2 Om lagprövning.....	16
2.3 Diskussion.....	18
<b>3 SVENSK KONSTITUTIONELL RÄTT</b> .....	<b>21</b>
3.1 Historisk utveckling.....	21
3.2 Om den svenska statsrätten.....	23
3.3 Lagprövning.....	25
3.3.1 Inledning och historisk tillbakablick.....	25
3.3.2 Om lagprövning.....	27
3.4 Diskussion.....	28
<b>4 AMERIKANSK KONSTITUTIONELL RÄTT</b> .....	<b>30</b>

4.1	Historisk utveckling.....	30
4.2	Om den amerikanska statsrätten.....	32
4.3	Lagprövning.....	33
4.4	Diskussion.....	35
<b>5</b>	<b>HÖGSTA DOMSTOLEN I SVERIGE.....</b>	<b>37</b>
5.1	En självständig och oavhängig domstol.....	37
5.2	Om domaren.....	38
5.3	Domstol och aktivism.....	40
5.3.1	Bakgrund till debatten.....	40
5.3.2	Debattens huvuddrag.....	42
5.3.3	Domaren och aktivism.....	44
5.3.4	Ett resultat av gällande ordning.....	46
5.4	Diskussion.....	47
<b>6</b>	<b>HÖGSTA DOMSTOLEN I USA.....</b>	<b>50</b>
6.1	Om domaren.....	50
6.2	Domstol och aktivism.....	51
6.2.1	Bakgrund.....	51
6.2.2	Synen på domstolen.....	54
6.3	Diskussion.....	55
<b>7</b>	<b>SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER.....</b>	<b>57</b>
7.1	Olika konstitutionella angreppssätt.....	57
7.2	Den mest effektiva konstitutionella metoden.....	59
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</b>	<b>62</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....</b>	<b>67</b>

# Summary

When drafting a Constitution, the relationship between politics and law must always be determined. It is up to each legal system to regulate what influence the court should have on the formulation of legislation. When it comes to legislation, the relationship between judicial activism and democracy, can be described as a dichotomy in which two widely different methods stand for different ideals. The trade-off between democracy and judicial activism will be discussed on the basis of the Swedish and US Supreme Court's judicial reviews, as the countries have different methods of execution. By a comparative method, this thesis aims to compare how rights are protected by the Constitution in Sweden and the United States.

Swedish constitutional law is characterized by the principle of popular sovereignty, which states that it is the people who have the power over politics in the state. The principle implies a concentration of power to parliament and the government, and it is firmly rooted in the Swedish legal culture. The representative assembly is characterized by predictability and stability. There is a resistance to judicial review that limit the sovereignty of the people. There is an extensive debate about the court's judicial review that has been initiated as the Supreme Court to a greater extent creates their own standards in the legislature's place. In the United States, another order has been chosen. The Supreme Court in the United States has long been granted the right of judicial review thus represent part of the legislative mandate. Throughout history, the Supreme Court in the United States has had a large and long-lasting influence on the development of society. When the court has this legislative power, the system is usually referred to as a flexible legal development. The question is then who is best suited to protect the rights of individuals: the legislature (Sweden) or the court (the United States).

The conclusion is that there is no given answer. Arguing which system provides constitutional protection of rights most effectively will not result in much, apart from understanding and inspiration. It is impossible to take the system out of its proper rule of law context without taking into account the constitutional requirements. That approach is only relevant if a whole new state is to be introduced without taking into account any existing traditions. Sweden has the political legislative tradition simply because it is the tradition that works best in Sweden.

# Sammanfattning

Vid utformandet av en konstitution ställs alltid frågan om vilket förhållande som bör råda mellan politik och juridik. Det är upp till varje rättssystem att reglera vilket inflytande domstolen ska ha på utformningen av lagstiftningen. När det kommer till lagstiftning kan förhållandet mellan judiciell aktivism från domstolens sida och demokrati beskrivas som en dikotomi där två vitt skilda metoder står för olika ideal. Avvägningen mellan demokrati och judiciell aktivism kommer att diskuteras utifrån den svenska och amerikanska Högsta domstolens lagprövningsrätt eftersom länderna valt olika metoder för utförandet. Syftet med detta arbete är att med en komparativ metod jämföra det konstitutionella rättighetskyddet i Sverige och USA.

Det svenska statsskicket utmärks av folksuveränitetsprincipen vilken slår fast att det är folket som ska ha makten över politiken. Principen innebär en maktkoncentration till riksdag och regering, vilken är fast förankrad i den svenska rättskulturen. Denna folkrepresentation kännetecknas av förutsebarhet och stabilitet. Det finns motstånd mot lagprövning som begränsar folksuveräniteten. Det råder en omfattande debatt om domstolens lagprövningsrätt då Högsta domstolen i större utsträckning skapar egna normer i lagstiftarens ställe. I USA har en annan ordning valts. Den amerikanska Högsta domstolen har sedan länge tillerkänts lagprövningsrätt och står på så sätt för en del av det lagstiftande mandatet. Domstolen i USA har genom historien haft ett stort och långvarigt inflytande på samhällsutvecklingen. När domstolen har denna lagstiftningsmakt brukar det benämnas som att rättsutvecklingen är flexibel. Frågan kan då ställas om vem som är bäst lämpad att skydda enskildas rättigheter: lagstiftaren (Sverige) eller domstolen (USA).

Slutsatsen är att det inte finns något givet svar på frågan. Att argumentera för vilket system som tillhandahåller rättighetskydd mest effektivt resulterar inte i särskilt mycket, förutom förståelse och inspiration. Det går nämligen inte att ta systemet ur sin rättsstatliga kontext utan att beakta de konstitutionella förutsättningarna. Detta är möjligen relevant om en helt ny stat ska introduceras utan någon som helst hänsyn till befintliga traditioner. Sverige har den politiska lagstiftande traditionen helt enkelt därför att det är den tradition som fungerar bäst i Sverige.

# Förord

Nu är tiden inne, det är min tur att skriva dessa tacksamma och känslotramkallande ord. Bara ett problem, hur kan fyra och ett halvt år sammanfattas på några rader? Hur som helst markerar detta arbete slutet på min tid på Juristprogrammet vid Lunds universitet.

Jag vill särskilt tacka min handledare Karol Nowak för alla samtal och råd under skrivandets gång. Jag vill även tacka Maria Green som tagit sig tid till att ge förståelse om det amerikanska rättssystemet och därtill intressanta infallsvinklar. Ett tack vill jag även rikta till bibliotekarierna för hjälp med litteratur och utformning av arbetet.

Jag vill även tacka min familj och mina vänner som bemödat sig att läsa arbetet och ge användbara kommentarer härom.

Tack!

Lund den 3 januari 2020

*Emelie Jansson*

# Förkortningar

EU	Europeiska unionen
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Under de senaste åren har en omfattande debatt avseende domarnas roll och ökade handlingsutrymme förts i Sverige. Regeringsformen bygger nämligen på att de demokratiskt tillsatta politikerna stiftar lagar och andra bestämmelser som sedan domstolen har att tolka och tillämpa. Strider en föreskrift mot någon av grundlagarna har domstolen en skyldighet att åsidosätta föreskriften. Denna distinktion mellan rättsskipning och normgivning är grundläggande i hela regeringsformen.<sup>1</sup>

Debatten om judikalisering tog fart när den svenska Högsta domstolen anklagades för judiciell aktivism. Högsta domstolen skulle härmed på ett otillbörligt sätt expanderat sina normgivningsambitioner, utöver sedvanlig påkallad lagprövning, och därigenom utmanat lagstiftarens roll. Andra har anfört att den förändring i rättstillämpningen som skett i Högsta domstolen endast är en följdriktig anpassning till samhällsutvecklingen.<sup>2</sup>

Frågan är om den svenska domstolen verkligen är för offensiv i sin dömande verksamhet och om detta leder till en maktförskjutning från den politiska makten till domstolarna. I sådana fall har Sverige därmed kommit att alltmer efterlikna det amerikanska systemet där domstolen blivit tillerkänd lagstiftande makt. En parentes härom är att Sverige under historien ofta omnämnt USA som ett avskräckande exempel när det kommer till aktivistiska domstolar.<sup>3</sup>

En annan diskussion som förts i Sverige är avståndstagandet från att ratificera tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen. Sverige har helt enkelt inte velat underteckna protokollet som tar sikte på införandet av ett utökat och generellt diskrimineringskydd. Sverige har härefter erhållit kritik från bland annat FN och EU-kommissionen för avsaknaden av ett sådant diskrimineringsförbud. Ett generellt diskrimineringsförbud skulle leda till ett utökat tolkningsmandat för den svenska Högsta domstolen.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Se avsnitt 3.3.2.

<sup>2</sup> Se avsnitt 5.3.2.

<sup>3</sup> Se avsnitt 4.2.

<sup>4</sup> Se avsnitt 5.3.4.



Eftersom det förekommer internationell kritik är frågan om den roll den svenska Högsta domstolen idag har som rättstillämpare tillräckligt effektivt kan tillhandahålla rättighetsskydd till enskilda eller om det finns en annan lösning. På nationell nivå kan påstås att Sverige når upp till standarden att vara effektiv. Eftersom kritiken vittnar om annat finns anledning att undersöka andra möjligheter i syfte att nå upp till internationell standard.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Utifrån redogjorda utgångspunkter är huvudsyftena med detta arbete, *för det första*, att undersöka vilken roll och behörighet Högsta domstolen har i Sverige respektive USA i bemärkelsen att tillhandahålla ett tillfredställande rättighetsskydd; och, *för det andra*, granska vilken av metoderna som är mest effektiv och eventuellt ge konkreta förslag på förbättringsåtgärder för svenskt vidkommande.

Mot bakgrund av redogjort syfte utmynnar arbetet i följande formulerade frågeställning:

- Är det svenska rättighetsskyddet, som främst sker genom lagstiftning, effektivt eller finns det något att lära från det amerikanska sättet att tillhandahålla rättighetsskydd, som till stor del sker genom domarskapad rätt?

## 1.3 Avgränsningar

Vissa avgränsningar är nödvändiga vid utformningen av arbetet. Den tidigare nämnda avsaknaden av ett generellt diskrimineringsförbud, och den därtill senare exemplifierade redogjorda diskussionens, är de enda resonemang som förs avseende diskriminering.

Framställningen är inte på något sätt fullständig utan syftar till att ge en översiktlig bild av de konstitutionella drag som utmärker respektive statsrätt. Diskussion om valsysteem, styrande politiska organ och mänskliga rättigheter förs därav inte. Det som berörs är alltså den demokratiska aspekten avseende parlamentets lagstiftande funktion kontra domstolens konstitutionella uppgifter. För att tydliggöra de olika aktörernas funktioner berörs maktindelning i viss mån. Syftet med arbetet är inte att gå igenom europarättsliga dokument. Därför gås EU-rätten och Europakonventionen igenom i den mån dessa tjänar som diskussionsunderlag för den svenska rättsordningen.

<sup>5</sup> Se avsnitt 5.3.4.

En naturlig avgränsning görs avseende beskrivning av olika demokratiska metoder. En mer utförlig diskussion om dessa hade gjort arbetet mer statsvetenskapligt än juridiskt vilket inte är avsikten.

Lagprövning som tar sikte på Lagrådets roll, alltså lagprövning innan en lag träder i kraft, berörs inte eftersom det ligger utanför ramen för arbetet. Lagtolkning behandlas däremot i den mån det behövs för att diskutera lagprövning. Det förutsätts därmed att en domare har ett tolkningsutrymme som påverkas av flera olika faktorer, vilka inte redogörs här.

I Sverige finns fyra grundlagar: regeringsformen, tryckfrihetsförordningen, yttrandefrihetsgrundlagen och successionsförordningen. Av dessa konstitutionella verk är det enbart regeringsformen med dess rättighetsskydd som är av intresse här. Viktigt att poängtera är att grundlagarna i Sverige spelar en mycket mindre roll än vad konstitutionen i USA gör, vilket tydligt visar sig i några kapitel.

När det kommer till de tillägg som skett till den amerikanska konstitutionen är det främst det fjortonde tillägget som berörs. Just det fjortonde tillägget har förekommit frekvent i olika diskussioner genom historien, varför det är mest intressant för detta arbete. Exempel på hur det tolkats genom historien ges därför. Andra tillägg går inte igenom i någon större omfattning.

## **1.4 Forskningsläget**

I Sverige är det konstitutionella resultatet av judiciell aktivism förhållandevis outforskat med tanke på att lagprövning är ett relativt nytt fenomen. Det står inte klart att den enskildes rättighetsskydd skulle tillhandahållas på något annat sätt om domstolens maktbefogenheter skulle utökas. Därför har arbetet fått förhålla sig till den forskning som finns och härigenom utforma egna utgångspunkter och argument.

I USA finns mycket skrivet om den amerikanska konstitutionella traditionen. Olika universitets artikelsamlingar har främst varit utgångspunkten för diskussion av den amerikanska delen av komparationen då dessa frekvent uppdateras. För arbetets vidkommande är det jämförelsen av de olika rättssystemen som är det intressanta.

Den litteratur som mer specifikt handlar om judiciell aktivism är till stor del amerikansk och då inriktad på angloamerikansk rätt. Det är ett resultat av att den svenska debatten om judiciell aktivism inte haft samma aktualitet som den haft i USA. Trots att det amerikanska systemet i betydande omfattning skiljer sig från det svenska utgör inte det ett problem när det kommer till att jämföra respektive Högsta domstols aktivism. Kärnan i aktivismbegreppet är nämligen densamma. Avseende den specifika svenska debatten redovisas huvuddrag från den svenska doktrinen.

## **1.5 Perspektiv och teori**

De perspektiv som genomsyrar arbetet är en distinktion mellan synen på folksuveränitetsinriktad respektive individcentrerad demokrati. Arbetet förhåller sig komparativt till rättsstaterna utifrån ett förändringsperspektiv. Arbetet beskrivs i vissa delar utifrån ett domarkulturellt och rättskulturellt perspektiv i samband med att både domarens men även andra aktörers attitydförändring skildras över tid.

Det måste poängteras att arbetet bygger på en teori om varför Sverige aldrig infört ett förbud mot generell diskriminering. Det är på grund av landets tradition av civil law. Att den lagstiftande makten inte skulle ligga hos riksdagen utan istället hos domstolarna skulle sätta hela den svenska traditionen ur balans. Med ett generellt diskrimineringsförbud, istället för de av riksdagen utpekade diskrimineringsgrunderna, skulle innebära att domstolen behöver ta ställning till vilka diskrimineringsgrunder som är otillåtna och därmed få för stort tolkningsutrymme enligt svensk konstitutionell rätt.

## **1.6 Metod och material**

Den nyss redovisade teorin om varför Sverige aldrig infört ett förbud mot generell diskriminering kommer att motiveras utifrån ett konstitutionellt perspektiv om rättstraditioner. Arbetet kommer därför enbart använda diskriminering som exempel för att motivera en ståndpunkt.

Att just USA valts ut för arbetets komparativa del är för att landet har ett helt annat rättssystem än det svenska. Det är här av intresse att se hur Högsta domstolen i USA utvidgar rättighetsbegreppet i konstitutionen genom tolkning. Frågan är härmed om Sverige kan inhämta

inspiration för att tillämpningen av rättighetsskyddet i den svenska domstolen ska kunna effektiviseras, i det fall denna ordning framstår som mer effektiv.

De inledande kapitlen om den svenska och amerikanska statsrätten syftar till att ge läsaren en bakgrundsbild till vilka teoretiska och praktiska förutsättningar respektive Högsta domstol har avseende dess roll i den demokratiska processen. Härtill används svenska och amerikanska standardverk och lagtext. De senare kapitlen utvecklar resonemangen för dessa teoretiska och praktiska förutsättningar för att utröna vilket land som tillhandahåller det mest effektiva rättighetsskyddet. Genom standardverk motiveras egna slutsatser eftersom det inte finns ett tydligt svar på frågan. De standardverk som valts är de som frekvent förekommer genom hänvisningar till varandra. I flera av verken har det upplevts som någon form av cirkel där författarna hänvisar till sig själva eller till andra. Det måste observeras att det i den omfattning diskussion sker om svenska domare kan det i vissa avseenden gälla svenska domare generellt och inte enbart domare från Högsta domstolen eftersom det inte finns mycket skrivet om dessa.

För att besvara arbetets formulerade frågeställning har den rättsdogmatiska metoden valts ut som en överhängande metod för hela arbetet. Den rättsdogmatiska metoden kännetecknas av användandet av de allmänt accepterade rättskällorna såsom lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.<sup>6</sup> Rättsdogmatiken kan användas för att framställa kritik av rättsläget och därefter föreslå förändringar.<sup>7</sup>

Då arbetet redogör för en utblick i den amerikanska rätten är den komparativa metoden av rättsdogmatik av intresse. Avsikten med att göra en utblick i ett annat rättssystem är för att eventuellt importera lösningar som visat sig effektiva i utlandet. Vid denna form av rättsdogmatik gäller att fastställa gällande rätt både i det egna rättssystemet men även i ett eller flera andra rättssystem, relevanta för komparationen.<sup>8</sup>

Den generella kritik som riktats mot den komparativa metoden är att staters konstitutionella historia är starkt sammankopplad med dess historia, sociala sammansättning och politiska

<sup>6</sup> Se Nääv och Zamboni (2018) s. 21.

<sup>7</sup> Se Nääv och Zamboni (2018) s. 24.

<sup>8</sup> Se Nääv och Zamboni (2018) s. 41.

system, vilket gör det svårt att göra en jämförelse.<sup>9</sup> Det spelar trots allt ingen roll för arbetet därför att det är resultatet för individen som räknas.

Den komparativa metoden kan föranleda fördjupade kunskaper om både det utländska rättssystemet och det egna. Den komparativa metoden kan ge en bättre förståelse för en stats juridiska lösningar på så sätt att likheter och skillnader uppdagas. Den komparativa metoden kan hjälpa en rättsstat att tillhandahålla utländska lösningar på specifika inhemska problem. Metoden kan även bidra till förståelse för vilka förutsättningar som krävs för ett utländskt rättsinstitut att fungera på ett visst sätt. Saknas dessa förutsättningar i det egna rättssystemet kan nämligen ett annat resultat uppstå.<sup>10</sup>

Den komparativa undersökningen är förenad med stora utmaningar. Det är viktigt att inte göra antagandet att juridiska begrepp, juridiska institut och metoder för att behandla gällande rätt är densamma som i den egna rättsordningen.<sup>11</sup> Alla källor av gällande rätt måste användas på samma sätt som i den rättsordning de kommer från.<sup>12</sup> När komparationen genomförs är det viktigt att tänka på att företeelsen som jämförs måste ha parametrar som går att jämföra.<sup>13</sup>

Frågan är då om den svenska Högsta domstolen går att jämföra med den amerikanska utifrån de olika traditioner som ligger till grund för de olika domstolarnas roller. Det får anses att domstolarna är så pass lika att en jämförelse är möjlig.

Det kan redan här konstateras att det förekommer en del upprepningar under arbetets gång, vilket har en pedagogisk och komparativ funktion. I annat fall hade det i vissa sammanhang saknats väsentlig orientering för att ett helhetsperspektiv ska kunna ges. I vissa avseenden beskrivs företeelserna utifrån olika perspektiv varav upprepning i gängse mening inte är för handen.

## 1.7 Terminologi

För arbetets vidkommande definieras nedanstående begrepp enligt följande.

<sup>9</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 37.

<sup>10</sup> Se Nääv och Zamboni (2018) s. 144f.

<sup>11</sup> Se Bogdan (2013) s. 29.

<sup>12</sup> Se Bogdan (2013) s. 32.

<sup>13</sup> Se Bogdan (2013) s. 46.

## **Effektivitet**

Hur begreppet effektivitet definieras är grundläggande för arbetet. Begreppet tar sikte på den grundläggande möjlighet domstolen har att tillhandahålla ett heltäckande och snabbverkande rättighetskydd. Härmed avses inte en ekonomisk betydelse såsom kostnadseffektivitet eller produktivitet.

## **Demokrati**

Det finns många olika definitioner och former av demokrati. I arbetet åsyftas att medborgarna i ett land ska ha möjlighet att vara med och tycka till om hur landet ska styras. Härmed avses även, förutom folkstyret, att demokratin ska utmärkas av en rättsstat och värna om mänskliga rättigheter.

## **Diskriminering**

Begreppet diskriminering används i arbetet utifrån sedvanligt språkbruk, lika fall ska behandlas lika. Med andra ord betyder diskriminering att någon missgynnas på så sätt att någon blir, har blivit eller skulle ha blivit sämre behandlad i jämförelse med en annan person i samma situation. Med denna definition begrips diskriminering i arbetet i huvudsak på samma sätt som i den svenska rätten.

## **Judiciell aktivism**

Arbetet handlar om den dikotomi som föreligger mellan demokrati och judiciell aktivism. Detta förhållande kommer att diskuteras utifrån respektive Högsta domstols lagprövningsrätt. Den judikalisering som beskrivs i detta arbete menar att det i Sverige får anses att domstolen i större utsträckning avgör politiska frågor. Domstolen bedriver alltså i större utsträckning judiciell aktivism. Härmed är domstolarnas aktivitet i rättstillämpningen den definition som åsyftas.

## **Konstitution**

Med konstitution avses det eller de rättsliga dokument där statens grundläggande normer finns stadgade, liksom utövandet av den offentliga makten. Konstitutionen ska även åtnjuta en särställning i förhållande till övriga rättskällor. I detta arbete avser konstitutionen de normer som direkt kan härledas ur den skriftliga källan. När ordvalet grundlagar förekommer under arbetets gång är det detsamma som begreppet konstitution.

## **Rättsskapande**

I arbetet avser begreppet rättsskapande domstolens handlingsutrymme att utforma prejudicerande fall som styr underrätterna samt befolkningen och därmed rättstillämpningen. Synen på domarens rättsskapande funktion varierar beroende på olika personers olika grundsyn på rätten. Det är detta varierande synsätt som ligger till grund för arbetets analyserande del.

## **Rättsstat**

En förutsättning för en rättsstat är att rättssäkerhet ska kunna råda i denna. Ett utmärkande drag för detta är självständiga domstolar. Därmed avses den enskildes rättsskydd mot offentlig maktutövning.

# **1.8 Disposition**

Arbetets disposition är tänkt att väcka intresse rörande domstolarnas funktion att tillhandahålla enskilda grundläggande rättigheter. Det första kapitlet presenterar den bakomliggande utgångspunkten för arbetet. Här diskuteras olika begrepp för att läsaren under arbetets gång ska ha insikt om vad som åsyftas. För att ge läsaren den förståelse för grundproblematiken som arbetet ytterst bottenar i tillhandahåller kapitel två en introduktion till dikotomin beträffande demokrati och judiciell aktivism. Här presenteras även respektive Högsta domstols lagprövningsrätt.

Sverige och USA är två vitt skilda rättsstater och respektive stats Högsta domstol har därför helt olika förutsättningar att utöva lagprövning. Kapitel tre, avseende den svenska rätten, och kapitel fyra, gällande den amerikanska rätten, ger en teoretisk utgångspunkt gällande förhållandet mellan lagstiftaren och domstolen. De båda kapitlen tar sikte på de olika ländernas statsrätt och domstolarnas lagprövningsrätt för att få förståelse för de senare kapitlens djupgående diskussioner.

I kapitel fem och sex förs diskussioner om domstolarnas roll och funktion utifrån de ramar som tidigare kapitel redogjort för. Den föregående presenterar den svenska Högsta domstolen medan den senare tar sikte på den amerikanska. Därmed besvaras en del av arbetets frågeställning här. I kapitel sju framförs sammanfattande synpunkter av de viktigaste grundvalarna som redogjort för och slutsatsen som givits från den komparativa delen. Härmed besvaras arbetets frågeställning utifrån de tidigare redogjorda avsnitten.

## 2 Domstolarna och demokratin

Avsikten med detta avsnitt är att ge en introduktion till den dikotomi som föreligger mellan demokrati, i bemärkelsen politik, och judiciell aktivism. Detta motsatsförhållande måste beaktas under hela arbetets gång. Avvägningen mellan demokrati och judiciell aktivism diskuteras utifrån den svenska och amerikanska Högsta domstolens lagprövningsrätt. I de fall då synpunkterna enbart rör den ena staten framgår det uttryckligen medan resonemangen i annat fall får anses gälla båda staterna.

### 2.1 Introduktion

En fråga som knyter samman organisationen av den offentliga makten, rättighetsskyddet, konstitutionens normativa ställning och domstolarnas roll är lagprövningsrätten. Med denna avses en domstols möjlighet att sätta åt sidan eller ogiltigförklara en bestämmelse som står i strid med landets konstitution.<sup>14</sup>

Lagprövningsrätt utmärker en stat som en modern demokrati. Lagprövningsrätten tog generellt fart efter andra världskrigets slut i syfte att förhindra att något liknande någonsin skulle kunna hända igen. Det finns inte någon enhetlig modell för lagprövning, utan varje stat måste ta ställning till hur just den ska förhålla sig till lagprövning. Därefter måste ställning tas till vilken typ av lagprövningsmodell som passar staten. Vilken sorts typ av lagprövning en stat har reflekterar ofta samhällets specifika politiska, historiska och sociala arv.<sup>15</sup>

Det går knappt inte att beskriva lagprövning utan att lägga till definitioner, förbehåll och kvalifikationer. Begreppet lagprövning har alltid beskrivits på många olika sätt. På senare tid har lagprövning blivit allt vanligare förekommande i olika debatter vilket i sin tur gjort betydelsen av begreppet allt mer oredigt. Bakgrunden till de olika förekommande definitionerna är att debattörerna inte definierar begreppet utan istället talar om konceptet, i vissa fall helt motsatsvis.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 69.

<sup>15</sup> Se Barak (2012) s. 381f.

<sup>16</sup> Se Kmiec (2004) s. 1442f.



## 2.2 Om lagprövning

Den amerikanska och svenska modellen för lagprövning beskrivs ofta som en decentraliserad modell genom att modellen i princip ger alla domstolar i landet lagprövningsrätt, även om den högsta instansens avgöranden har högst prejudikatvärde. I USA och Sverige måste frågan om en föreskrifts grundlagsenlighet prövas i ett verkligt mål. Om domstolen skulle finna att föreskriften är grundlagsstridig tillämpas den inte i det föreliggande fallet. Detta kan få stora konsekvenser i det aktuella målet men rättsverkningarna sträcker sig inte härutöver. Den svenska och amerikanska domstolen kan alltså inte ogiltigförklara en lag.<sup>17</sup>

Den svenska Högsta domstolen har genomgått en förändring<sup>18</sup> vilken måste ses utifrån relationen mellan rättstillämpning och lagstiftning, mellan att tillämpa och skapa ny rätt, mellan rätten och politiken samt mellan tjänstemän och politiskt ansvariga beslutsfattare. Distinktionen är central för hur beslutsfattande och maktutövning ska ses i samhället.<sup>19</sup>

Trots förändringar i rättskulturer är den dominerade uppfattningen att en demokrati kräver ett folkstyre. Demokrati påkallar dock fler villkor såsom jämlikhet och tolerans. För upprätthållandet av demokratin måste dessa värden tillförsäkras medborgarna genom en oberoende kontroll. Högsta domstolen har en sådan kontrollerande funktion.<sup>20</sup>

Vilken funktion judiciell aktivism ska ha i en demokrati har under flera år diskuterats flitigt. Inom diskussionen har det funnits konkurrerande åsikter. Vissa anser att Högsta domstolen kan spela en viktig roll i främjandet av den sociala välfärden. Andra anser att domstolen ska vara mer tillbakadragen. En grupp är bekymrad över att sammansättningen i domstolen påverkar uppfattningen om vissa normer medan en annan grupp anser att handlingsutrymmet för domstolens uppfattning om vissa normer ska återspeglas ännu mer. Det finns förespråkare för att rättslig prövning och politik är odelbara varför domstolen inte bör dra sig undan politiska avgöranden. Andra förespråkare håller hårt i tankarna om maktindelning och anser att allt annat vore odemokratiskt.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Se Nergelius (1996) s. 143.

<sup>18</sup> Se avsnitt 5.

<sup>19</sup> Se Wiklund (2014) s. 337.

<sup>20</sup> Se Wiklund (2014) s. 343.

<sup>21</sup> Se Kmiec (2004) s. 1445ff.

De flesta moderna konstitutionella system anser att någon form av lagprövning är den bästa metoden för att försäkra sig om att föreskrifter som inte är förenliga med konstitutionen inte används i rättstillämpningen. Samtidigt kan makten att genomdriva konstitutionella begränsningar hota det demokratiska självstyret. Som regel kan olika bestämmelser ges olika tolkningar och innebörd. På så sätt kan en tolkning göra bestämmelsen oförenlig med konstitutionen samtidigt som en annan tolkning av samma bestämmelse kan göra den förenlig med konstitutionen. Att bestämmelserna ges olika tolkningar och att dessa kan te sig rimliga är därför inte märkligt.<sup>22</sup>

I stället för att domstolen väljer att åsidosätta en föreskrift kan det tänkas att en mindre drastisk utväg väljs. Domstolen kan tolka föreskriften på ett sätt som främjar en lösning i det konkreta fallet och samtidigt innebär att föreskriften inte anses strida mot grundlagen. I vissa fall kan gränsen mellan grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättandet av en lag vara tunn. En indelning kan göras mellan mål där lagen upprätthålls för att den inte anses grundlagsstridig och mål där lagen tolkas så att den kanske ges en ny innebörd men att den inte kommer i konflikt med grundlagen. Det är endast den senare formen av lagprövning som under vissa förutsättningar kan anses vara odemokratisk.<sup>23</sup>

Idag kräver konstitutionalism att befolkningen i en stat ska bestämma de riktlinjer under vilka de lever genom någon form av demokratisk styrning. Staten ska sedan följa dessa. Samtidigt kräver även konstitutionalism att det ska finnas någon form av möjlighet till konstitutionella begränsningar.<sup>24</sup> Det har i doktrin gjorts otaliga försök att påvisa att domstolarna har en institutionell särställning vilken gör dem särskilt lämpade att avgöra om en föreskrift strider mot grundlagen. Domstolarnas oberoende av den politiska processen kan åberopas till stöd för denna lämplighet.<sup>25</sup>

Det är viktigt att ha i åtanke att så fort ett rättssystem uttryckligen eller underförstått erkänt lagprövning bör inte kritik ske när prövningen tillämpas. Att framföra grundade argument mot en befintlig lagprövningsrätt är svårt när en stat erkänt lagprövning eftersom detta är en återspeglning av befolkningens vilja.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Se Tushnet (2008) s. 19ff.

<sup>23</sup> Se Nergelius (1996) s. 145.

<sup>24</sup> Se Tushnet (2008) s. 18f.

<sup>25</sup> Se Nergelius (1996) s. 150f.

<sup>26</sup> Se Barak (2012) s. 382f.

Vissa syner på demokrati kan förenas med en negativ inställning till lagprövningsrätt. Anledningen till denna negativa syn på lagprövningsrätten är ibland uppfattningen att demokratins enda legitima grund är ett oinskränkt majoritetsstyre. Den kritiska inställningen kan även handla om en misstro mot att domare ska kunna utöva politisk makt. Detta då juristerna inte är demokratiskt valda eller för att de saknar den krävda lämpligheten för en sådan prövning. Kritik mot lagprövningsrätt kan även grunda sig i tanken att alla medborgare genom sin rösträtt har lika stor del i det politiska beslutsfattandet, och att judiciell lagprövning kränker detta.<sup>27</sup>

Domstolens oberoende i förhållande till den verkställande och lagstiftande makten kan istället föras som argument för en utvidgad lagprövningsrätt. Frågan om skyddet för olika minoriteter har ofta åberopats till stöd för lagprövning. Svaga minoritetsgrupper är de som tjänar mest på lagprövning eftersom den lagstiftande majoriteten kan vara benägen att inskränka minoriteternas rättigheter.<sup>28</sup>

Demokratin i Sverige introducerades genom folkrörelser som inte behövde stödja sig på rättighetsvärnande domstolar. Den svenska författningstraditionen kan sägas ha präglats av att den suveräna folkmakten, företrädd av riksdagen, inte behövde underkasta sig materiella författningsrättsliga begränsningar. Numera anses grundlagen fylla funktionen att sätta gränser för den demokratiskt valda lagstiftaren när det är påkallat. Det finns även förespråkare för synsättet att konstitutionen bör ges större vikt som politiskt redskap och fungera som överordnat styrande instrument.<sup>29</sup>

En förändring av det svenska rättssystemet går att iakttä. Denna förändring brukar diskuteras inom ramen för lagprövning. Synsättet på domstolarnas roll i demokratin behöver fortsatt förändras för att möta den europeiska rättighetsbaserade utvecklingen.<sup>30</sup>

## 2.3 Diskussion

Detta arbete handlar alltså om maktförskjutning från politik (folkvalda församlingar) till juridik (icke-folkvalda församlingar), så kallad judikalisering. Utifrån det demokratiska perspektivet i

<sup>27</sup> Se Nergelius (1996) s. 146.

<sup>28</sup> Se Nergelius (1996) s. 148.

<sup>29</sup> Se Josefsson (2015) s. 47f.

<sup>30</sup> Se Josefsson (2015) s. 40f.

denna dikotomi kan judikaliseringen leda till att förtroendet för de demokratiska institutionerna minskar. I det andra perspektivet, judiciell aktivism, kan ökad domstolsmakt verka som en balans och upprätthållandet av maktindelning. Förhållandet kan beskrivas som en dikotomi. Ju mer makt som tilldelas domarna, desto mindre makt blir kvar åt politikerna.

Högsta domstolen i respektive land kan sägas ha två huvudsakliga funktioner. Domstolarna kan ses både som rättsskipande organ och som väktare av grundläggande rättigheter. Utifrån den ena funktionen kan ett avgörande framstå som aktivistiskt, medan det inte hade framstått så från den andra funktionen. Vilken demokratiuppfattning respektive stat har påverkar i sin tur huruvida ett avgörande anses som aktivistiskt eller ej.

När en domstol handlat aktivistiskt och åsidosatt en lag måste lagstiftaren ha varit medveten om att den utfärdade lagen balanserat på gränsen av vad som är tillåtet eller ej. Självklart kan lagstiftaren även ha gjort fel vid föreskriftens tillkomst. Lagprövning som resulterar i ett rättsskapande beslut är ett uttryck för samhällsbehov.

Lagprövning kan från väljarmajoritetens sida i vissa fall framstå som stötande. Att domstolen underkänner en lag och lekmän inte förstår varför kan äventyra medborgarnas respekt för domstolen. På så sätt kan det vid politiska frågor kännas som att medborgarna utesluts när dessa frågor avgörs av andra än de politiker en väljarmajoritet valt i traditionell ordning.

Domstolen har trots allt en lagprövningsrätt, vilken kan ses som deras demokratiska ansvar. Naturligtvis går det att föra argument för lagprövningens avskaffande men så länge det erkänns i rättsstaten måste domstolen respektera detta och handla därefter. I de flesta fall vållar det inte ens några problem utan domaren är lojal med lagstiftarens intentioner. Det är först när en aktuell bestämmelse misstänks vara grundlagsstridig som svårigheter uppstår.

Domaren kan känna sig manad att välja en mindre drastisk väg istället för att åsidosätta lagen. Istället för att bestämmelsen ska strida mot konstitutionen kan domaren tolka lagen på ett sätt som främjar en lösning i det konkreta fallet. På så sätt undviks den uppkomna konflikten, åtminstone för tillfället. Normkonflikter mellan domstolen och riksdagen kan nämligen resultera i ett minskat förtroende från allmänheten. Lika väl kan dock en iakttagen försiktighet avseende lagprövning förringa allmänhetens förtroende för grundlagen om inte väsentliga rättigheter värnas om.

Demokrati och judiciell aktivism står alltså i ett dikotomiförhållande. Ståndpunkten i det demokratiska självstyret som tidigare varit djupt präglad i den svenska rätten övergår allt mer till en aktiv domstol. En aktiv domstol utövar lagprövning i större omfattning än en återhållsam domstol. Vilket synsätt har Sverige respektive USA på detta dikotomiförhållande?

## 3 Svensk konstitutionell rätt

Det är inte enkelt att sammanfatta den svenska konstitutionella kulturen inom ramen för detta arbete. Detta kapitel erbjuder en översikt av den svenska konstitutionella rättens huvuddrag. Denna översikt fungerar som underlag för att kunna besvara frågeställningen om vilka förutsättningar den svenska Högsta domstolen har i den dikotomi som beskrivs i kapitel två.

Kapitel tre vittnar om en utmärkt doktrin och förarbeten. Till skillnad från den amerikanska konstitutionella rätten som presenteras i kapitel fyra har diskussioner om den svenska konstitutionella rätten fram till nyligen varit tyst. Därav kan inte den svenska aspekten, av självklara skäl, beskrivas på samma sätt som den amerikanska. Det är av vikt att landets författningskultur ses mot dess historia, varför en redogörelse om den svenska traditionen presenteras nedan.

### 3.1 Historisk utveckling

Konungabalken i Magnus Erikssons landslag från 1300-talet brukar betraktas som Sveriges första grundlag. År 1766 bestämde ständerna i riksdagen att grundlagar inte skulle kunna ändras på samma sätt som vanliga lagar.<sup>31</sup>

Fram till 1700-talet låg lagstiftningsmakten inte bara hos parlamentet och regenterna utan även hos domstolarna i form av tillämpandet av praxis och rättsvetenskap. Under hundratals år byggde rättsordningen på en solid religiös grund. Det fanns ingen tydlig gräns mellan de världsliga och kristna religiösa sfärerna. För svensk del var det först på 1800-talet som beroendet av religionen upphörde. Karakteristiskt för tiden före uppbrottet är att rätten stod över politiken, naturrätten präglade starkt den jordiska rättsordningen och det fanns en stark övertygelse om att rätten var oföränderlig över tiden eftersom samhället inte förändrades.<sup>32</sup>

Sveriges moderna konstitutionella historia kan sägas ha inletts med statsomvälvningen år 1809 då den dåvarande regeringsformen antogs. Den innehöll en rättighetsregel som byggde på den

<sup>31</sup> Se Nergelius (2018) s. 20f.

<sup>32</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Nygren, Rolf: Mellan rätt och politik – En rätthistorisk betraktelse s. 44f.

gamla landslagens konungaed. Skyddet för de medborgerliga rättigheterna var ändå svagt. Det saknades en rättighetskatalog och grundlagen var allmänt opåverkad av tidens liberala upplysningsströmningar. I den dåvarande regeringsformen är det svårt att hitta något egentligt inflytande från de konstitutionella framgångar den amerikanska och franska revolutionen förde med sig.<sup>33</sup>

De olika viljorna bakom 1809 års regeringsform gör att den har beskrivits som ett hastverk som ingen var helt nöjd med, vilket direkt gjorde att dess författare visste att den skulle behöva ses över för att utvecklas och ändras. Det kan ha varit anledningen till att det i regeringsformen infördes förutsättningar för att ändra en grundlag.<sup>34</sup> Under tiden härefter skedde flera statsomvälvande utvecklingar i bred enighet utan mer än väldigt små grundlagsändringar. I detta skede insågs även att den dåvarande regeringsformen var förlegad och saknade praktisk betydelse.<sup>35</sup>

Denna situation har senare beskrivits som det författningslösa halvsekklet. Under perioden 1920–1974 styrdes alltså Sverige i praktiken inte i enlighet med den då gällande grundlagens regler. I vissa avseenden styrdes landet till och med i direkt strid med grundlagen. Att respekten för grundlagen efter denna tid urholkats bland politiker, jurister, media och allmänhet är inte märkligt. Samtidigt förelåg dock en gynnsam samhällsutveckling i Sverige.<sup>36</sup>

För att värna om mänskliga rättigheter framhävdes domstolarnas position under efterkrigstiden i många europeiska länder. I Sverige betraktades domstolen i stor utsträckning däremot som ett hinder för det socialdemokratiska välfärdsbygget.<sup>37</sup> Att domstolarna behövde värna om rättigheter spelade inte någon roll för demokratis genombrott.<sup>38</sup>

En översyn av regeringsformen påbörjades år 1954.<sup>39</sup> Det var först år 1975 som 1809 års regeringsform ersattes av den som idag är gällande.<sup>40</sup> Det var i samband med 1974 års regeringsform som svensk grundlag för första gången kom att innehålla en grundlagsfäst

<sup>33</sup> Se Nergelius (1996) s. 545f.

<sup>34</sup> Se Derlén m.fl. (2016) s. 42f.

<sup>35</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 72.

<sup>36</sup> Se Nergelius (2018) s. 21.

<sup>37</sup> Se Derlén m.fl. (2016) s. 499.

<sup>38</sup> Se Josefsson (2015) s. 47.

<sup>39</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 72.

<sup>40</sup> Se Nergelius (2011) s. 13f.

rättighetskatalog. Vissa av rättigheterna respekterades även dessförinnan i praktiken. Europakonventionens inträde under andra halvan av 1900-talet var en betydande förstärkning av grundläggande rättigheter. Ratifikationer av olika överenskommelser förstärkte även skyddet.<sup>41</sup>

Sveriges anslutning till EU och införlivandet av Europakonventionen med svensk rätt krävde inte mer än små ändringar i grundlagstexten. År 2010 genomfördes en allmän översyn och härtill kommande revision av regeringsformen.<sup>42</sup>

Vad som är speciellt med denna utveckling är att grundlagen reviderats utan påtryckningar varken från utrikes- eller inrikespolitiska kriser. Det här skiljer Sverige från många andra länder. Landet har en ovanlig stabilitet. Efter 200 år utan krig och 100 år utan stora inrikespolitiska kriser har det utvecklats en konsensuskultur på det konstitutionella området.<sup>43</sup>

## **3.2 Om den svenska statsrätten**

Sverige får anses ingå i civil law-familjen. Av historiska och politiska orsaker fick aldrig domstolen den starka ställning den får anses ha i rättssystem med common law. Det var istället lagstiftaren som utvecklade rätten.<sup>44</sup>

Frågan hur grundlagsregler ska tolkas har diskuterats knapphändigt i svensk doktrin. Även motiven till regeringsformen är knappa. Anledningen till detta kan vara att grundlagen länge haft en undanskymd roll i rättslivet. De kommentarer som trots allt finns om hur grundlagen bör tolkas tycks mer sällan ha skrivits med syfte att påverka domstolarnas ställningstaganden i konkreta fall.<sup>45</sup>

Ur regeringsformens portalparagraf, 1 kap. 1 §, går det att utläsa de fem viktigaste konstitutionella principerna i statsskicket: principerna om demokratin, om det representativa

<sup>41</sup> Se Derlén m.fl. (2016) s. 45f.

<sup>42</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 72.

<sup>43</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 71f.

<sup>44</sup> Se Derlén m.fl. (2016) s. 497.

<sup>45</sup> Se Nergelius SvJT(1996) s. 836.



statsskicket, om parlamentarismen, om den kommunala självstyrelsen och om maktutövningens lagbundenhet.<sup>46</sup>

En av principerna avseende demokratin är folksuveränitetens princip, vilken härleds ur att all offentlig makt utgår från folket. Denna är fast förankrad i den svenska rättskulturen.<sup>47</sup> Det innebär en maktkoncentration till riksdag och regering.<sup>48</sup> Folkrepresentationens lagstiftningsmakt har sina rättshistoriska rötter djupt ner i medeltiden. Det finns ett stort motstånd mot lagprövning som begränsar folksuveräniteten. Efter världskrigens slut har jämlikhetsprincipen i hög grad präglat den svenska rättsutvecklingen.<sup>49</sup>

Alla tankar och idéer om maktdelning avvisades i regeringsformen och alla dess förarbeten. Detta torde bero på att maktdelning generellt hade hamnat i vanrykte eftersom den förekom i 1809 års regeringsform samt att demokratiseringen kring 1920-talet till stor del innebar att demokrati och parlamentarism jämfördes.<sup>50</sup> Den gynnsamma samhällsutvecklingen under tiden spelade även in på motståndet mot maktdelning. Parlamentarism och folksuveränitet hade visat sig bra för Sverige och lagstiftaren ville inte att dessa vägledande principer skulle frångås. Att domstolsmakten skulle ta en annan plats framstod enbart som odemokratiskt vid den här tidpunkten.<sup>51</sup>

Regeringsformen 8 kap. 14 § stadgar förutsättningarna för att grundlagen ska kunna ändras eller att ny grundlag ska tillkomma. Båda förfarandena förutsätter två likalydande beslut med ett riksdagsval mellan besluten. Vidare ska minst nio månader förflyta mellan den tidpunkt då ärendet först initierades vid riksdagen och själva valet. Härtill finns undantag. Folkomröstning om ett vilande grundlagsförslag ska hållas om förutsättningarna enligt regeringsformen 8 kap. 16 § är uppfyllda.

Den sedan gammalt präglade metafysiska rättsföreställningen omkullkastades av Axel Hägerströms moral- och rättskritik, varpå den skandinaviska rättsrealismen följde. Den

<sup>46</sup> Se Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 1 kap. 1 §. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

<sup>47</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Kjell Å. Modéer: Vem regerar i rättens rike? Maktindelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv s. 69f.

<sup>48</sup> Jämför 1 kap. 1, 4 och 6 §§ regeringsformen.

<sup>49</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Kjell Å. Modéer: Vem regerar i rättens rike? Maktindelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv s. 69f.

<sup>50</sup> Se Derlén m.fl. (2016) s. 138.

<sup>51</sup> Se Nergelius (2018) s. 22f.

rättsrealistiska och positivistiska dominansen resulterade i det rättighetsbaserade tänkandets genomslag under efterkrigstiden spelade en jämförelsevis liten roll i Sverige. EU-rätten och Europakonventionen har kommit att ändra denna syn. Grundläggande rättigheter blir alltmer väsentligt för rättstillämpningen eftersom Högsta domstolen måste beakta att den inhemska rätten inte står i strid med unions- och konventionsrätten.<sup>52</sup>

Den svenska rättskulturen visar tendenser till förändring avseende domarens roll och uppgifter. Den ensidigt homogena och nationellt präglade rättskulturen är under pågående förändring. Numera ges en pluralistisk syn på rätten. Allt oftare ställs frågan vem som egentligen besitter den lagstiftande funktionen.<sup>53</sup>

### **3.3 Lagprövning**

Arbetet handlar om den dikotomi som finns beskriven i avsnitt två. Hur Sverige ser på gränsdragningen diskuteras i arbetet utifrån den svenska respektive amerikanska Högsta domstolens lagprövningsrätt. Nedan ges en introduktion till den svenska lagprövningsrätten.

#### **3.3.1 Inledning och historisk tillbakablick**

I Sverige har inte lagprövningsrätten haft någon långvarig praktisk betydelse. Det är därför rimligt att ställa sig frågan om domstolarnas politiska maktställning har haft en underordnad betydelse i demokratidiskussionen.<sup>54</sup> En intressant aspekt är att svensk debatt länge har använt den lagprövning som utövas i USA som ett exempel för hur det inte ska få gå till i Sverige.<sup>55</sup>

1809 års regeringsform nämnde inte lagprövningsrätt överhuvudtaget.<sup>56</sup> Frågan om grundlagens överordning och domstolarnas konstitutionella kontroll var dock under diskussion redan under sent 1820-tal till 1850-talets mitt. Vid denna tidpunkt var det en minoritet som förespråkade lagprövning. Vad som är intressant är emellertid att det fanns en diskussion om lagprövning.<sup>57</sup> Under 1880-talet uttalades förslag för en tämligen vidsträckt lagprövningsrätt.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> Se Josefsson (2015) s. 40f.

<sup>53</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Kjell Å. Modéer: Vem regerar i rättens rike? Maktindelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv s. 70.

<sup>54</sup> Se Nergelius (1996) s. 110f.

<sup>55</sup> Se Bull (00/01) s. 28.

<sup>56</sup> Se Nergelius (2018) s. 240.

<sup>57</sup> Se Sunnqvist (2014) s. 106.

<sup>58</sup> Se Nergelius (2018) s. 240.

När det under 1950-talet föreslogs att domstolen kunde finna en lag icke-konstitutionell och därmed inte tillämpa lagen menade vissa hur totalt oacceptabelt denna ordning skulle vara.<sup>59</sup>

Det tog ytterligare 25 år, och ett byte av politiskt styre, innan lagprövning skulle börja vinna acceptans i den politiska kretsen.<sup>60</sup> Genom rättspraxis blev domstolarnas lagprövningsrätt erkänd i doktrin långt in på 1900-talet.<sup>61</sup> Lagprövningsrätten accepterades slutligen av Högsta domstolen i ett mål från år 1964.<sup>62</sup>

Traditionellt var socialdemokraterna motståndare till en utvidgad lagprövningsrätt eftersom det kunde begränsa den politiska handlingsfriheten partiet hade under sitt långvariga makttinnehav. Högern däremot ville begränsa den socialdemokratiska maktutövningen genom att ge domstolen, som förhoppningsvis ville genomföra deras ideologi i rättstillämpningen, mer makt.<sup>63</sup> Från det socialdemokratiska hållet betonades regelns ringa räckvidd medan regelns betydelse betonades från borgerligt håll. Att det fanns möjlighet för domstolen att åsidosätta grundlagsstridiga beslut var dock obestridd. Att ta med bestämmelsen i grundlagen var mer kontroversiellt. Under den borgerliga regeringen blev reformen, som på olika sätt skulle förstärka de medborgerliga rättigheterna, verklighet.<sup>64</sup> Frågan om lagprövning handlar därmed högst om maktutövning och maktanspråk.<sup>65</sup>

Det var i 1973 års proposition med förslag till ny regeringsform och i samband med diskussionen om ett starkare skydd för fri- och rättigheter som frågan om lagprövning väcktes. Enligt departementschefen skulle konflikter mellan riksdag och domstol minska allmänhetens förtroende för lagar som utfärdats i behörig ordning samt innebära risk för en politisering hos domstolarna.<sup>66</sup>

I 1976 års proposition om fri- och rättigheter i grundlag väcktes åter frågan om lagprövning. Det framhölls att en lagprövningsrätt inte stod i strid med principen om folksuveränitet. Att införa bestämmelsen skulle vara ett led i skyddet mot maktmissbruk. Dock skulle en sådan

<sup>59</sup> Se Gerards och Fleuren (2014) s. 287f.

<sup>60</sup> Se Gerards och Fleuren (2014) s. 287f.

<sup>61</sup> Se Nergelius (2018) s. 240.

<sup>62</sup> Se NJA 1964 s. 471.

<sup>63</sup> Se Wiklund (2007) s. 910.

<sup>64</sup> Se Bengtsson (1987) s. 229f.

<sup>65</sup> Se Wiklund (2007) s. 910.

<sup>66</sup> Se prop. 1973:90 s. 197ff.

bestämmelse ge det felaktiga intrycket av att lagprövningen skulle utgöra ett normalt inslag av rättstillämpningen.<sup>67</sup>

Det var först år 1979 genom en grundlagsändring som det infördes en regel om lagprövning i regeringsformen. Bestämmelsen stadgade att en föreskrift som står i strid med grundlag inte får tillämpas. För det fall föreskriften beslutats av riksdagen eller regeringen gäller dock detta endast om felet var uppenbart. Stadgandet tillsammans med uppenbarhetsrekvisitet ansågs överensstämma med vad som tidigare gällt.<sup>68</sup> Det betonades att rättighetsskyddet måste utformas på sådant sätt att det inte skulle ge upphov till förskjutningar i det politiska maktspelet.<sup>69</sup>

Uppenbarhetsrekvisitetet i regeringsformen 11 kap. 14 § i dess lydelse före ändringen år 2010 var föremål för en omfattande diskussion i doktrin. Från flera håll hävdades det att riksdag och regering åtnjöt en större felmarginal än andra normgivande organ. Därutöver hävdades att det var konstitutionellt tvivelaktigt att på detta sätt ha en bestämmelse som begränsade lagprövningen och att innebörden av bestämmelsen var oklar. Avslutningsvis hävdades att rekvisitet gjorde det svårt för domstolarna att upprätthålla en hög nivå av rättighetsskyddet. Motsatt uppfattning har även framförts.<sup>70</sup>

### **3.3.2 Om lagprövning**

Rätten till lagprövning stadgas i regeringsformen 11 kap. 14 §. Bestämmelsen föreskriver att om en domstol finner att en föreskrift står i strid med en grundlagsbestämmelse eller annan överordnad författning får inte föreskriften tillämpas. Detsamma gäller om det vid föreskriftens tillkomst åsidosatts stadgad ordning. Paragrafens andra stycke stadgar att det vid lagprövning särskilt ska beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.

Frågan är vilken innebörd paragrafens andra stycke har. Vad innebär det egentligen att det vid prövningen av en lag ska beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag? Att avsikten är att grundlagsstridiga lagar inte ska kunna tillämpas är klar. Om Högsta domstolen i ett enskilt fall kommer fram till att en sådan situation föreligger bör

<sup>67</sup> Se prop. 1975/76:209 92ff.

<sup>68</sup> Se Bengtsson (1987) s. 229.

<sup>69</sup> Se prop. 1978/79:195 s. 41.

<sup>70</sup> Se Nergelius (2018) s. 259.

domstolen rimligtvis inte känna sig förhindrad att konstatera grundlagsstridighet samtidigt som domstolen för ett ögonblick beaktar att riksdagen fortfarande är folkets främsta företrädare.<sup>71</sup>

Lagprövning kan inte enligt bestämmelsen eller svensk rätt i övrigt få till följd att den granskade föreskriften förklaras ogiltig. Utfallet blir att föreskriften inte tillämpas i det förevarande fallet. Detta kan sedan resultera i att riksdagen väljer att upphäva eller ändra lagen, men så behöver inte vara fallet. Istället kan riksdagen acceptera att föreskriftens räckvidd har blivit preciserad genom lagprövningen och att denna ordning kan fortsätta att gälla.<sup>72</sup>

### 3.4 Diskussion

Den svenska konstitutionella rätten har historiskt haft en begränsad både praktisk och symbolisk betydelse. Historiskt sett har Sverige varit förhållandevis homogent och haft en harmonisk utveckling. Den svenska konstitutionen har därmed kunnat utvecklas successivt under en lång period med folkligt stöd. Det har därför inte funnits ett lika stort behov av uttryckliga konstitutionella bestämmelser. Till skillnad från större delen av Europa föll inte Sverige för krigstrycket under 1900-talet vilket resulterade i att många av de nyuppkomna tankarna om enskilda rättigheter inte beaktades.

Tillämpningen av konstitutionen befinner sig under ständig förändring. Att den svenska grundlagen inte alltid reflekterat de faktiska förändringarna i den konstitutionella rätten har getts exempel på, såsom när Sverige styrdes i strid mot dåvarande regeringsformen under 1900-talet. Den konstitutionella rätten är dynamisk och följer med samhällsutvecklingen, vilket inte alltid avspeglas i den tryckta konstitutionen.

Ett tydligare rättighetstänkande har vuxit fram i svensk rätt. Det kan ses som ett resultat av europarättsliga normer och att konstitutionen har fått ökad materiell betydelse i rättstillämpningen. Att lagprövningen ökat i betydelse kan ses utifrån att uppenbarhetsrekvisitet tagits bort och att domstolen har fått skyldighet att beakta att den inhemska rätten inte står i strid med unions- och konventionsrätten. Sveriges anslutning till EU och Europakonventionen har resulterat i en mer omfattande debatt avseende domarens roll.

<sup>71</sup> Se Nergelius (2018) s. 252.

<sup>72</sup> Se Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 14 §, under rubriken ”Lagprövning”. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

Denna utveckling har resulterat i att det är svårare att urskilja vilka frågor som tillhör den juridiska respektive politiska sfären. Frågor som tidigare var förbehållna politiken besvaras i allt högre grad av Högsta domstolen, vilket innebär en maktförskjutning. Det ökade behovet av rättighetsskydd har även gjort lagstiftningen mer generell. Sådana generella lagregler resulterar i att Högsta domstolen allt oftare ställs inför rättspolitiska intresseavvägningar. Därmed ökar risken för konflikt med lagstiftaren i takt med domstolarnas ökade aktivistiska ansvar.

Utifrån ett maktdelningsperspektiv är domstolens aktivism problematisk då domstolen saknar politiskt mandat och därmed inte är folkvald. Så länge likhetstecken fortsätter att sättas mellan folksuveränitet och demokrati kommer en långtgående lagprövning aldrig ses som en demokratisk möjlighet. En förklaring till detta kan vara folksuveränitetens traditionellt starka ställning där riksdagen är det organ som stiftar lagar. Eftersom politikerna är folkvalda blir de lagar de stiftar ett uttryck för att bestämmelserna är den yttersta folkviljan. Domstolens ansvar för samhällsutvecklingen när det finns luckor i lagen har blivit ett viktigt inslag i den svenska rättsordningen.

Resultatet av att domarna skulle göra anspråk på rollen som lagstiftare i avseendet att tillhandahålla individuella rättigheter har inte analyserats särskilt noggrant, varken i lagstiftning, förarbeten eller doktrin. Frågan är om den svenska konstitutionen innehåller mer än vad som uttryckligen stadgas och vad resultatet av det kan bli.

En aktivistisk domstol framstår successivt som det nya idealet när den strikta nationella rättskulturen alltmer präglas av rättspluralism. Kritiken som exemplifierades i arbetets inledning<sup>73</sup> inverkar på den svenska dominerande inställningen av att svensk rätt står i god överensstämmelse med Europakonventionen.

<sup>73</sup> Se avsnitt 1.1.

## 4 Amerikansk konstitutionell rätt

För att underbygga en argumentation om vilken metod, och därmed stat, som tillhandahåller det mest effektiva rättighetsskyddet måste relationen mellan rättstillämpning och lagstiftning presenteras i ytterligare minst en stat. Det här avsnittet tar därmed sikte på amerikansk rätt. Kapitel fyra är uppbyggt på liknande sätt som föregående kapitel av pedagogiska och komparativa skäl.

### 4.1 Historisk utveckling

För USA:s del går det inte att prata om statsrätt utan ett historiskt perspektiv, med tanke på landets långa konstitutionella kontinuitet och domstolarnas lagprövningsrätt sedan år 1803. På just rättighetsskyddets område är framväxten av rätten ett resultat av en obruten kedja sedan Bill of Rights ratificerades år 1791. Därmed måste statsrätten beskrivas utifrån den historiska utvecklingen.<sup>74</sup>

USA:s konstitution är starkt sammankopplad med landets revolutionära historia. År 1775 bröt parlamentet och kolonierna ut i ett fullskaligt krig och den amerikanska revolutionen var ett faktum. Grundlagar skrevs under år 1776 i alla de 13 kolonier som brutit sig loss. Samma år antogs en gemensam självständighetsförklaring och därmed utropades en ny stat. År 1783 avslutades kriget och under år 1787 sammankallades representanterna i de nya staterna till ett möte. Syftet var att reformera de konstitutionella regler som antagits under frihetskriget. Omfattande debatter resulterade år 1788 i den konstitution som än idag är högst aktuell.<sup>75</sup>

Det fanns en grundläggande nyhet i den amerikanska revolutionen ur en idéhistorisk synvinkel. Revolutionärerna strävade nämligen efter att förena den gamla tanken om folksuveränitet som maktens ursprung med en begräsning av suveräniteten genom hänsynstagande till människans ostridiga rättigheter. Härmed skulle folksuveräniteten komma till uttryck i allmänna lagar som stiftades av företrädare för folket. De ostridiga rättigheterna representerade däremot en högre rätt som de allmänna lagarna inte fick komma i konflikt med. Trots att denna motsättning kom

<sup>74</sup> Se Nergelius (1996) s. 367.

<sup>75</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 227.

till uttryck redan i oavhängighetsförklaringen år 1776 klargjordes den inte i konstitutionen. Dock är dess strävan efter dessa båda principer uppenbar.<sup>76</sup>

Redan år 1791 fick konstitutionen tio tillägg, så kallade amendments. Härmed infördes ett antal rättigheter i grundlag vilka benämns Bill of Rights. Därefter dröjde det till inbördeskrigets avslut år 1865 innan nästa stora konstitutionella förändring skedde. I samband med förbudet mot slaveri gjordes ytterligare tillägg till konstitutionen såsom det fjortonde tillägget vilket avser likabehandling.<sup>77</sup>

Majoriteten av tilläggen har sällan givit upphov till några tolkningstvister. Annorlunda förhåller det sig till det fjortonde tillägget. I tillägget förbjuds delstaterna att bland annat inskränka de rättigheter som enligt konstitutionen tillkommer amerikanska medborgare, det vill säga att förneka en person equal protection of the laws. Således stadgas ett diskrimineringsförbud.<sup>78</sup> Sedan dess har det tillkommit ytterligare tillägg till konstitutionen, varav ett av dem är det nittonde tillägget som tillkom år 1920. Det stadgar förbud mot att ge rösträtt endast till ett kön.<sup>79</sup>

Syftena bakom dessa tillägg var ett sorts förtydligande. När Bill of Rights antogs år 1791 ansågs de enbart förpliktande i förhållande till de federala organen. Delstaterna hade nämligen sett Bill of Rights som en garanti för att federationens maktbefogenhet skulle inramas och kontrolleras. Utifrån denna aspekt kände inte alla delstater sig skyldiga att respektera eller garantera de rättigheter som medborgarna åtnjöt enligt Bill of Rights i sin lagstiftning. På detta sätt kunde rättigheterna åberopas inför federala domstolar men inte gentemot delstatsmyndigheter. Vilket skydd en medborgare åtnjöt var därmed beroende av vilken delstat som medborgaren bodde i. Avsikten med det fjortonde tillägget kan därmed sägas ha varit att inkorporera rättigheterna i Bill of Rights i delstaternas lagstiftning. På så sätt kom de att vara gällande i hela USA och utgöra en form av minimirättigheter.<sup>80</sup>

En faktor som påverkat samhällsutvecklingen är de processer som initierats med syfte att utmana en viss typ av reglering eller ordning i samhället, så kallade public interest litigation. Det är inte sällan större intresseorganisationer som står bakom denna form av betydande insats.

<sup>76</sup> Se Nergelius (1996) s. 397f.

<sup>77</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 227.

<sup>78</sup> Se Nergelius (1996) s. 376.

<sup>79</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 227.

<sup>80</sup> Se Nergelius (1996) s. 376f.



Eftersom det är Högsta domstolen som ytterst avgör vad som är gällande rätt har domstolen en särskild betydelse.<sup>81</sup> Ett påfallande särdrag i den konstitutionella amerikanska rätten är ovissheten som ännu råder angående många centrala grundlagsregler.<sup>82</sup>

## 4.2 Om den amerikanska statsrätten

Rättssystemet i USA ingår i common law-familjen och har sin grund i det engelska rättssystemet. Common law kännetecknas av att betydelsefulla domstolar utvecklades tidigt och styrde rättsutvecklingen. Domstolarna blev centrala aktörer genom att i sin rättspraxis skapa ett nytt och gemensamt rättssystem.<sup>83</sup>

USA kan kortfattat beskrivas som en federal stat med en stark presidentmakt.<sup>84</sup> Demokratiuppfattningen i USA kännetecknas av en liberal och individualistisk grundsyn. Det finns en inställning att tjäna den enskilda medborgaren i förhållande till staten.<sup>85</sup>

USA har en av världens äldsta fortfarande gällande grundlag vilket gör amerikansk konstitutionell rätt speciell. Ett annat särdrag är att det författarna till författningen skrev om grundlagsfrågor än idag har betydelse för diskussioner om hur regler i konstitutionen ska tolkas.<sup>86</sup>

Enligt konstitutionen ska det finnas en lagstiftande makt i ett parlament, en verkställande makt i presidentämbetet och en dömande makt i domstolarna. På så sätt ska maktkoncentration hindras.<sup>87</sup> Statsskick som bygger på maktindelning är oftare än andra system konstruerade att ge ett starkare skydd för minoriteters rättigheter.<sup>88</sup>

Den konstitutionella rätten är i flera hänseenden ett centralt rättsområde i USA utifrån både en reell och symbolisk betydelse. Den reella betydelsen är att den inverkar på samhällsutvecklingen. Den symboliska aspekten tar sig uttryck i att konstitutionen och Bill of

<sup>81</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 230.

<sup>82</sup> Se Nergelius (1996) s. 368.

<sup>83</sup> Se Derlén m.fl. (2016) s. 496f.

<sup>84</sup> Se Nergelius nionde upplagan (2018) s. 7.

<sup>85</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Kjell Å. Modéer: Vem regerar i rättens rike? Maktindelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv s. 69.

<sup>86</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 228.

<sup>87</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 229.

<sup>88</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; Larsson, Torbjörn: Hur har det svenska EU-medlemskapet påverkat maktindelningen mellan regering och riksdag? s. 320.

Rights kvarstår i närmast oförändrat skick. Att föreslå ändringar alternativt en ny konstitution skulle knappast uppfattas som ett seriöst utspel. Konstitutionen är nämligen, tillsammans med oavhängighetsförklaringen, det dokument där USA som stat bildades och de rättsliga grunderna lades till grund. Konstitutionen har därmed blivit en symbol för skapandet av en av världens mäktigaste stater. Den kom sedermera att förknippas med frihet och hopp för miljontals människor världen över. Konstitutionens speciella historia är viktig att ha med sig för förståelsen om dess rättsliga särställning.<sup>89</sup>

Konstitutionens femte artikel anger att det finns två sätt att göra tillägg till författningen. Det måste betonas att det inte går att ändra konstitutionen i sig utan enbart tillägg till konstitutionen kan göras. Det ena sättet att göra tillägg är att två tredjedelar av delstaternas lagstiftande församlingar sammankallar till ett möte för att föreslå ett tillägg, ett så kallat Convention. Det andra sättet att göra tillägg på är att två tredjedelar av var och en av kongressens båda kammare antar ett sådant förslag. I båda fallen krävs att tre fjärdedelar av delstaterna därefter accepterar tillägget för att det ska bli gällande. Härmed går det att påstå att den amerikanska konstitutionen är bland de svåraste i världen att ändra. Det har i sin tur påverkat Högsta domstolens roll i utvecklingen av den konstitutionella rätten.<sup>90</sup>

### 4.3 Lagprövning

Inget annat land har haft en så omfattande lagprövningsrättsdiskussion som USA. Det kan härledas till den Högsta domstolens stora politiska inflytande.<sup>91</sup>

Konstitutionen nämner överhuvudtaget inte domstolarnas lagprövningsrätt. Att en sådan rätt trots allt har utvecklats var under år 1803 på Högsta domstolens eget beväg i målet *Marbury v. Madison*<sup>92</sup> där domstolen slog fast sin rätt att åsidosätta grundlagsstridig lag.<sup>93</sup> Motiveringen var att Högsta domstolen hade ett ansvar att åsidosätta lagstiftning som inte var förenlig med konstitutionen.<sup>94</sup> Baserandet gjordes inte på någon regel i konstitutionen utan på domstolens

<sup>89</sup> Se Nergelius (1996) s. 366f.

<sup>90</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 237.

<sup>91</sup> Se Nergelius (1996) s. 110f.

<sup>92</sup> Se *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, avgjord den 24 februari 1803.

<sup>93</sup> Se Nergelius (1996) s. 370.

<sup>94</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

eget konstaterande. Visserligen finns det visst stöd i konstitutionens sjätte artikel för att konstitutionens regler har högre rang än andra lagar.<sup>95</sup>

Även om lagprövning inte uttryckligen finns reglerad i konstitutionen förekom sådan prövning redan innan antagandet av konstitutionen. Innan den började gälla hade statliga domstolar redan avfärdat rättskällor som stred mot de statliga konstitutionerna. Många av grundarna till konstitutionen hade förväntat sig detta initiativ av domstolen. Bland annat Alexander Hamilton och James Madison som tillhörde the Founding Fathers poängterade vikten av domstolsprövning i dokument tillhörande konstitutionen.<sup>96</sup>

I efterhand upplevs det som självklart att tolkningen av konstitutionen utmynnade i rätten till lagprövning. Tack vare att grundarna av konstitutionen utformade dokumentet i så pass allmänna ordalag har grundarna lämnat det öppet för framtiden att möta ändrade förhållanden. I *McCulloch v. Maryland*<sup>97</sup> konstaterades att konstitutionen enbart skulle framstå som tomma ord om den försökte reglera alla detaljer. Därmed är det viktigt att endast de stora kontexterna lyfts.<sup>98</sup>

Alexander Hamilton uttryckte att eftersom konstitutionen är suverän i förhållande till lagstiftarens vilja säkerställer Högsta domstolens hela folkets vilja så som den är uttryckt i konstitutionen. James Madison skrev att det är den oberoende domarens motiverade omdömen som ska åläggas konstitutionell tolkning. Att överlåta konstitutionella frågor till politiska förhandlingar skulle innebära att konstitutionens ställning försvagades.<sup>99</sup>

Att kontrollera om lagar och avgöranden är förenliga med medborgerliga rättigheter har blivit en av de viktigaste delarna av Högsta domstolens lagprövningsrätt. Rättighetskatalogen från år 1971 och senare tillkomna rättighetsregler har på så sätt fått stor praktisk betydelse.<sup>100</sup>

Det finns en motsättning huruvida en tolkning av konstitutionen ska göras enligt den ursprungliga betydelsen, originalism, eller baserad på förändringarna över tid av de

<sup>95</sup> Se Nergelius (1996) s. 370.

<sup>96</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

<sup>97</sup> Se *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316, avgjord den 5-6 mars 1819.

<sup>98</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

<sup>99</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

<sup>100</sup> Se Nergelius nionde upplagan (2018) s. 14f.

grundläggande värdena. Domare Antonin Scalia, som var en stark förespråkare för det förstnämnda, menade att konstitutionen ”*säger vad den säger och inte säger vad den inte säger*”. Det är alltså den ursprungliga betydelsen som ska ligga till grund för avgörande. Allt annat är farligt för rättsstaten.<sup>101</sup> Domare Anthony Kennedy är däremot en stark förespråkare för att grunda sina avgöranden på motiverade bedömningar och nya insikter. Istället för att titta bakåt ska tolkning göras av vad frihet är och måste bli.<sup>102</sup>

Åsidosättandet av en lag innebär inte att den underkända lagen blir en nullitet utan endast att den inte kan läggas till grund för det konkreta avgörandet. Högsta domstolens avgöranden är bindande för de lägre domstolarna vilket uttrycks som *stare decisis*. I praktiken får en åsidosatt lag sådan rättsverkan att den inte kommer tillämpas i underrätterna. Högsta domstolen är själv aldrig bunden av sina tidigare avgöranden.<sup>103</sup>

## 4.4 Diskussion

Den amerikanska konstitutionen uppfattas som oföränderlig och dess speciella ställning går att se genom att den inte går att ändra i praktiken. När det är något som ska ändras görs istället tillägg, men även det är svårt. Dokumentet är en skapelse för sig och får anses representera hela folkets vilja. Konstitutionen får anses självklar för både medborgare och konstitutionella aktörer. Att konstitutionen anses representera folkets vilja är enbart aktuellt så länge folket är av samma vilja som när konstitutionen antogs eller åtminstone delar samma uppfattning som konstitutionen. Resonemanget kan leda till att domstolen inte har någon egentlig vilja utan att lagprövning sker mekaniskt utifrån givna ramar från folket. Detta är dock inte verkligheten då domstolen faktiskt skapar lagar i deras tolkning av konstitutionen. Tolkningen är slutlig och bindande för övriga konstitutionella aktörer.

Den amerikanska konstitutionen kan beskrivas som ett levande dokument. Tolkningen av konstitutionen utvecklas och ändras över tid samt anpassar sig till nya omständigheter utan att ändras formellt. Samtidigt har samhället utvecklats sedan tillkomsten av konstitutionen. Om inte konstitutionen ändrar sig i samma riktning kan frågan ställas om konstitutionen riskerar att bli förlegad alternativt verka hämmande? Upplevs detta till trots som ett problem i praktiken? Svaret är nej.

<sup>101</sup> Se Duncan (2016) s. 12.

<sup>102</sup> Se Duncan (2016) s. 30.

<sup>103</sup> Se Nergelius (1996) s. 393.

Konstitutionen har istället tolkats på olika sätt genom historien och det kan upplevas som att det är den sammansättning domare som vid tillfället har att tolka konstitutionen som även bestämmer dess innebörd. I praktiken har det inte varit något problem då rättstillämpningen bygger på gamla traditioner och prejudikat. Prejudikaten möjliggör utrymme för anpassning inom vissa gränser eftersom motivation till avgöranden krävs.

Eftersom konstitutionella frågor enbart kan initieras i Högsta domstolen i samband med verkliga fall kan det få negativa följder. En domstolsprocess kan vara kostsam vilket inverkar negativt på medborgare som vill ha sina intressen tillgodosedda. I förlängningen får detta självklart en negativ inverkan på den samhällsliga utvecklingen. Flera perspektiv kan saknas i rättstillämpningen på grund av uteslutandet av vissa grupper på grund av ekonomiska skäl. Det kan vara en anledning till att organisationer spelat en viktig roll i amerikansk rättsutveckling eftersom organisationerna kan tillvarata sina medlemmars intressen i domstol.

Amerikaner är kända för att stå upp för sina rättigheter och initiera stämningar. Varifrån kommer denna instinkt att värna om sina rättigheter från? Går det att härleda denna instinkt från den traditionellt starka konstitutionella rätten? En annan företeelse som utmärker amerikaner är nationalism. Eftersom medborgarna i USA inte har en långvarig gemensam historia och inte heller består i en enda etnisk eller religiös grupp är det som binder dem samman just konstitutionen.

Hur påverkar de respektive konstitutionella förutsättningarna rättsordningarnas Högsta domstols möjlighet att tillhandahålla ett effektivt rättighetsskydd? Se mer härom nedan.

# 5 Högsta domstolen i Sverige

I kapitel tre redogjordes för Sverige som rättsstat och därmed förutsättningarna för vilken funktion Högsta domstolen kan tillåtas ha. I detta kapitel förs en diskussion om Högsta domstolens roll i den svenska kontexten. Härmed kommer en del av frågeställningen att besvaras, nämligen vilken förutsättning den svenska Högsta domstolen har att tillhandahålla ett effektivt rättighetsskydd.

## 5.1 En självständig och oavhängig domstol

Högsta domstolen fick ställningen som en prejudikatinstans genom en reform år 1971.<sup>104</sup> Genom grundlagsändringarna år 2010 fick domstolarna ett eget kapitel i regeringsformen, 11 kap. Denna förändring åsyftade att öka domstolarnas självständighet och oavhängighet.<sup>105</sup>

I regeringsformen 11 kap. 3 § stadgas bestämmelsen om domstolarnas självständighet. Härmed avses den viktiga rättssäkerhetsprincipen att domstolarna i sin rättsskipande verksamhet enbart har att beakta rättsregler. Domstolen får därmed inte ta emot order eller anvisningar om hur den dömande verksamheten i det enskilda fallet ska gå till. Att grundlag tillförsäkrar domstolarnas självständighet i den rättstillämpande verksamheten är den kanske viktigaste garantin för att domstolarna ska fullfölja sina uppgifter på ett för den enskilde tillfredställande sätt. Det nyss sagda hindrar inte riksdagen att inom sin normgivningskompetens utfärda en ny föreskrift även om föreskriften skulle vara föranledd av det aktuella ärendet. Det finns dock vissa bestämmelser som måste beaktas, däribland förbudet mot retroaktiva brottspåföljder och principen om att föreskriften måste uppfylla kravet på generell giltighet.<sup>106</sup>

Enligt regeringsformen 11 kap. 4 § får rättsskipningsuppgifter inte fullgöras av riksdagen i vidare mån än vad som framgår av riksdagsordningen eller grundlagen. Denna bestämmelse är ett skydd för domstolarnas självständiga dömande verksamhet eftersom riksdagen till följd härav aldrig kan överpröva domstolarnas avgöranden.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Se prop. 1988/89:78 s. 1.

<sup>105</sup> Se Nergelius Timbro (2011) s. 25.

<sup>106</sup> Se Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 3 §, under rubriken ”Domstolarnas självständighet”. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

<sup>107</sup> Se Nergelius Timbro (2011) s. 26f.

Av bestämmelserna får anses följa att riksdagsmän, statsråd och andra makthavare ska avhålla sig från att kommentera enskilda fall, något de i praktiken även gör. Avvikelser från detta brukar leda till skarp kritik.<sup>108</sup>

År 1991 lades det omfattande utredningsbetänkandet *Domstolarna inför 2000-talet*<sup>109</sup> fram. Betänkandet framhöll att domstolarna skulle ses ur ett medborgarperspektiv. Denna ordning knöts härigenom både till internationella konventioner och till domarregler. Det framhölls att domstolarna inte har till uppgift att verka för några av statsmakten uppsatta mål eller på något annat sätt fungera som en förlängd arm till överheten.<sup>110</sup>

## 5.2 Om domaren

På initiativ av grundlagsberedningen finns det lag om utnämning för ordinarie domare (2010:1390).<sup>111</sup> Förfarandet för domarutnämningar togs upp i utredningsbetänkandena *Domaren i Sverige inför framtiden*<sup>112</sup> och *Domarutnämningar och domstolsledning*<sup>113</sup>. Efter den ytterligare utredningen *En öppen domarrekrutering*<sup>114</sup> inrättades Domarnämnden år 2008. Verksamheten lagfästes i samband med revisionen av regeringsformen och trädde i kraft den 1 januari 2011.<sup>115</sup> Utredningen kom fram till att utnämningar av detta slag skulle ligga hos ett organ som direkt eller indirekt hämtat sitt mandat hos folket, alltså regeringen.<sup>116</sup> Det innebär att alla ordinarie domaranställningar numera är öppna för ansökan.<sup>117</sup> Domarnämnden ska lämna motiverade kandidatförslag till regeringen som sedan utser passande kandidater. Regeringen är inte bunden av förslagen.<sup>118</sup> Hitintills har regeringen alltid följt de rekommendationer nämnden gett.<sup>119</sup>

Grundlagsberedningen framhöll vikten av domstolarnas självständighet och legitimitet genom att domare utnämns på ett sätt som säkerställer en bred och kvalitativ hög rekrytering. Det är

<sup>108</sup> Se Nergelius Timbro (2011) s. 26f.

<sup>109</sup> Se SOU 1991:106.

<sup>110</sup> Se Sunnqvist (2014) s. 625.

<sup>111</sup> Se Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 6 §, under rubriken ”Förfarandet vid utnämningen av ordinarie domare”. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

<sup>112</sup> Se SOU 1994:99.

<sup>113</sup> Se SOU 2000:99.

<sup>114</sup> Se SOU 2003:102.

<sup>115</sup> Se Nergelius Timbro (2011) s. 33.

<sup>116</sup> Se Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 6 §, under rubriken ”Utnämningen av domare; beslutande organ”. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

<sup>117</sup> Se Sunnqvist (2014) s. 626.

<sup>118</sup> Se Nergelius Timbro (2011) s. 33.

<sup>119</sup> Se Gerards och Fleuren (2014) s. 264.

viktigt att förfarandet vinner medborgarnas förtroende.<sup>120</sup> För att finna exempel på att en svensk domstol blivit föremål för politisk inblandning måste en tillbakablick göras långt tillbaka i tiden. Direkta politiska utnämningar inom rättsväsendet har knappast alls förekommit.<sup>121</sup>

Enligt 1809 års regeringsform skulle kungen vid alla utnämningar enbart fästa avseende vid den sökandes skicklighet samt förtjänst och inte på den sökandes börd. Uttrycket förtjänst syftade i första hand på anställningens förvärvade förtrogenhet och mättes vanligtvis i tjänstgöringstid. Skicklighet avsåg däremot allmänna och speciella meriter som hade betydelse för tjänsten. Även den sökandes lämplighet hade en inverkan. Numera ska skickligheten sättas främst om det inte finns särskilda skäl för annat enligt 4 § 2 st. lag (1994:260) om offentlig anställning.<sup>122</sup>

Många av de ordinarie domarna blir anställda efter att de fullgjort diverse uppdrag som tjänstemän vid olika myndigheter, många gånger genom att undersöka behovet av lagreformer. Trots att detta ger domaren insikter om den lagstiftande processen råder kritik då denna väg ger domaren ett ensidigt perspektiv avseende den rättsliga funktionen. Det är inte ovanligt att en domare är i 40-års åldern innan personen får en anställning som ordinarie domare. Denna relativt långa period gör att tjänstemännen inte vill sticka ut så mycket utan håller i regel en låg profil.<sup>123</sup>

Det föreligger grundläggande ideologiska skillnader mellan domarna. Vissa kan vara konservativa och allmänt skeptiska till europeiseringen. Vissa kan även vara kritiska till rättighetsdiskursen och nästintill vara paternalistiska i sin syn på förhållandet mellan juridik och stat. Andra kan däremot älska upplysningstankarna såsom värdighet, jämlikhet, rättvisa och likhet. De borde då även ställa sig positiva till den liberala idéens universella ideal och se EU som en väktare att skydda dessa liberala tankar.<sup>124</sup>

Domaren står inte i centrum för offentligheten, även om vissa ärenden inom främst brottmål är extremt exponerade i media. Istället är det domstolens generella funktion som är föremål för

<sup>120</sup> Se SOU 2008:125 s. 319.

<sup>121</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 85.

<sup>122</sup> Se Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 6 §, under rubriken ”Utnämning av domare; befordringsgrunder”. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

<sup>123</sup> Se Gerards och Fleuren (2014) s. 264.

<sup>124</sup> Se Wiklund (2014) s. 340.



diskussion under vissa perioder. Domare är nästan alltid okända bland allmänheten. Historiskt sett har det rått en skepsis mot domstolen därför att domstolar ansetts konservativa och att domstolen använt lagen som ett verktyg för att uppnå politiska genomföranden. Det har resulterat i en tämligen teknisk och opersonlig rättskultur. Sverige utvecklades till en välfärdsstat under den långa styrelseperiod socialdemokraterna hade under 1900-talet. Det har i sin tur påverkat domstolens inställning.<sup>125</sup>

Hela den svenska konstitutionella rätten bygger på tanken att all politisk makt nödvändigtvis måste utövas av folkvalda organ för att vara demokratisk. Många domare har därför inte vågat uttala meningar som avviker från denna tradition. Sverige har på så sätt fått en domarkår som knappast sett det som sin huvuduppgift att värna om den enskildes rättigheter gentemot statsmakten. Resultatet härav är att en konstitutionell debatt saknats i Sverige, fram tills nyligen. Är alla överens finns det inte mycket att diskutera. När avvikande meningar från den svenska starka traditionen har yttrats har det ansetts udda och avvikande.<sup>126</sup>

## 5.3 Domstol och aktivism

På senare år har det skrivits mycket om judiciell aktivism. Det här arbetet kan inte återge alla olika resonemang som finns beskrivna i debatten, eller vad de utmynnat i. Nedan skildras istället de mest populära åsikterna utifrån vissa debattörers ståndpunkter. Under avsnitt 5.3.4 diskuteras diskriminering som ett konstitutionellt exempel för att sedan underbygga denna diskussion i en slutsats.

### 5.3.1 Bakgrund till debatten

Diskussionen om vilken roll domstolen bör ha i ett samhälle sträcker sig långt tillbaka. Vilket svar som ges varierar över tid och beror på vilket samhälle som åsyftas. På senare år har det hävdats att Högsta domstolen intagit en ny, friare roll i förhållande till lagstiftaren. Debatten har främst gällt ett antal kontroversiella domar som enligt vissa kan beskrivas som judiciell aktivism. Frågan har flitigt behandlats i en tämligen omfattande offentlig debatt.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Se Gerards och Fleuren (2014) s. 287ff.

<sup>126</sup> Se SOU 1999:76 Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Nergelius, Joakim: Grundlagsmodeller och maktindelning s. 114.

<sup>127</sup> Se Derlén och Lindholm (2016) s. 143.

Den akademiska debatten om domstolars roll kan grovt delas in i två läger. Det ena lägret består främst av politiska forskare som använder en snäv definition av demokrati. De använder denna som verktyg för att förespråka det odemokratiska i att ge domstolarna en lagstiftningsroll. Maktindelning och en aktiv domstol visar enligt detta läger tecken på en dysfunktionell demokrati. Internationaliseringen upplevs som ett hot mot demokratin. Detta perspektiv förminskar domstolarnas roll till att vara teknisk. Det andra lägret består av juridiska forskare och jurister som generellt är mer positivt ställda till maktindelning och mindre oroliga över internationaliseringen. Detta perspektiv ser en sådan ordning som positiv då en liten stat som Sverige på så sätt kan delta och verka inflytande på beslut som inte annars skulle gått.<sup>128</sup>

Under åren efter andra världskriget då den svenska välfärdsstaten växte fram låg fokus inte på lagprövning och skydd för mänskliga rättigheter. Istället betonades moderniseringsbehov, jämlikhetssträvanden och social ingenjörskonst i det svenska samhället. Det kom att präglade Högsta domstolens praxis. Ur de stora lagreformer som genomfördes gick det tydligt att utläsa lagstiftarviljan. Att tolka och tillämpa den lagstiftning politikerna ansåg nödvändig för sitt folkhemsbyggande var en stor del av Högsta domstolens verksamhet under denna tid.<sup>129</sup>

År 1996 kan ses som ett slags paradigmskifte vad gäller diskussion om domstolarnas lagprövningsrätt. Det kan påstås att det dessförinnan hade varit otänkbart att ämnet varit föremål för en seriös diskussion i domarkretsen. Det finns flera aspekter som gör att år 1996 är av intresse att titta på då det innan dess inte fanns något stort intresse för konstitutionella frågor. Det var under år 1996 som Högsta domstolen för första gången fann att en regeringsförordning stred mot den överordnade regeringsformen. Det var även år 1996 som det för första gången inträffade att en dom där en lag bedömdes som grundlagsstridig vann laga kraft<sup>130</sup>. Samma år fann Regeringsrätten att en svensk lag stred mot en EG-rättslig regel<sup>131</sup> samt tillämpade principer från Europarätten som hade betydelse för målens utgång<sup>132</sup>. År 1997 åsidosattes en svensk lag därför att den stred mot EG-rättens allmänna rättsprinciper<sup>133</sup>. Härmed blev det tydligt att även politiskt känsliga frågor nu kunde avgöras av domstolar.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> Se Gerards och Fleuren (2014) s. 290f.

<sup>129</sup> Se Wiklund (2014) s. 341.

<sup>130</sup> Se avd. 6 dom nr DB 48 i mål nr B 13/96.

<sup>131</sup> Se RÅ 1996 ref. 50 där 7 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling befanns strida mot ett EG-direktiv.

<sup>132</sup> Se RÅ 1996 ref 40, 44 och 56 respektive 57.

<sup>133</sup> Detta rörde sig om lagen om allmänna förvaltningsdomstolar och dess på det förvaltningsrättsliga området centrala bestämmelser om fullföljdsförbud mot förvaltningsbeslut.

<sup>134</sup> Se Nergelius (2000) s. 545.

Idag drunknar departementen i europeiskt harmonierings- och genomförandearbete. Ofta saknas resurser att initiera ny svensk lagstiftning eller genomföra färdiga betänkanden. Det är idag inte lika viktigt för lagstiftaren att direkt korrigera eventuella systemfel. Regeringen kan rent av upplevas som paralyserad av hög arbetsbelastning och utökat kompetensområde. Högsta domstolen är säkerligen medveten om detta. Lagstiftarens relativa inaktivism på det nationella planet kan förklara varför Högsta domstolen blivit aktivistiska i större omfattning. I takt med europeiseringen och den globala kapitalismens utveckling får Högsta domstolens roll anses ha ändrats. Rättighetsfrågor blir numera i större utsträckning föremål för prejudikatbildning. I stort har den svenska utvecklingen gått från folkhem med kultur av folksuveränitet till en global kapitalism med en konstitutionell rättighetskultur.<sup>135</sup>

### 5.3.2 Debattens huvuddrag

Det finns förespråkare för att Högsta domstolen bedriver en alltmer offensiv och aktivistisk position i sin praxisbildning. Domstolens upplevda handlingsutrymme kan förefalla ha ökat, liksom domstolens självförtroende. Utvecklingen har resulterat i mer enhetligt strukturerade domar med mer principiellt grundade resonemang. I vissa avseenden tycks dessa ambitioner gå längre än vad som är nödvändigt.<sup>136</sup>

Det råder olika teorier om vad denna utveckling beror på. En tes har varit att det är avgörande vilka ledamöter som utgör domstolen. Teorin att det är vissa domare som tydligt driver på utvecklingen har bland annat uttryckts av media. Denna teori kan vara för enkelt uttryckt då bakgrunden kan vara mer komplex än så.<sup>137</sup>

Historiskt sett har Högsta domstolen intagit en försiktig roll som normgivare. Denna attityd verkar ha ändrats, vilket till stor del kan bero på den internationalisering som den svenska rätten tydligt genomgår. Eftersom Sverige numera är en del av ett internationellt normsystem som ligger parallellt med, och i många avseenden över, den svenska lagstiftningen har en stor del av den inhemska lagstiftningsverksamheten behövt fokusera på implementering och anpassning till internationella normer.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Se Wiklund (2014) s. 341f.

<sup>136</sup> Se Wersäll (2014) s. 1.

<sup>137</sup> Se Wersäll (2014) s. 2.

<sup>138</sup> Se Wersäll (2014) s. 2.

I samband med europeiseringen har normkonflikter blivit allt vanligare. Domstolen får i stor utsträckning lösa dessa. Domstolarnas makt har ökat på bekostnad av den politiska makten, vilket borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet visar. Vid tillämpning av europarätten kan domstolen i vissa fall sätta lag stiftad av riksdagen åt sidan. Frågan om europarättens inträde utvidgat hanteringen av den nationella rättens normkonflikter kan därmed ställas.<sup>139</sup>

Domare måste i takt med den ökade makt som tillkommit domstolarna ta ställning till och döma i sådana frågor som traditionellt ålegat lagstiftaren. Härtill följer dock ett ansvar. Domare har inget politiskt mandat och att ha politiserade domstolar är inget alternativ. Domstolarna ska inte leda rättsutvecklingen utan följa den.<sup>140</sup>

Vissa anser det glädjande att Högsta domstolen uppträder med ökat självförtroende och att flera avgöranden tycks utgå från ett ökat fokus på rättighetsperspektivet. Principen om subsidiaritet, vilken numera är inskriven i preambeln till Europakonventionen, förutsätter att rättigheterna respekteras och tillämpas på nationell nivå. Till en början ansåg sig Sverige nå upp till alla de krav som konventionen ställde upp. Det skedde ett uppvaknande i och med avgörandet *Sporrong-Lönnroth*<sup>141</sup> då Sverige fälldes för att bryta mot Europakonventionen. Härigenom väcktes en strävan i att tolka respektive ändra svensk lagstiftning för att passa avgöranden från Strasbourg. Vissa skulle däremot inte hålla med om denna utvecklingslinje. De skulle snarare beskriva den förändrade attityden som en anledning att försvara och bevara den svenska modellen.<sup>142</sup>

I ett tillägg till NJA 2012 s. 535 har det anförts att det historiskt sett har varit lagstiftaren som stiftat lagar som Högsta domstolen i det enskilda fallet klargjort för hur de ska tillämpas. Att prejudikatbildningen är händelsestyrd går inte undkomma eftersom det rör ett enskilt fall. Ofta uttalar inte domstolen sig om den rättsregel som skapas genom prejudikatet, utan det är de sakomständigheter domstolen lagt som grund för sin slutsats som prejudikatet får härledas ur.<sup>143</sup>

Det framstår som klart att Högsta domstolen över tid tagit på sig ett större ansvar för normbildningen. Under förutsättningen att rättsläget inte är låst genom lagstiftning framstår det

<sup>139</sup> Se Wersäll (2014) s. 2f.

<sup>140</sup> Se Wersäll (2014) s. 7f.

<sup>141</sup> Se *Sporrong och Lönnroth mot Sverige*, nr 7151/75; 7152/75, dom meddelad den 23 september 1982.

<sup>142</sup> Se Fura (2014) s. 101.

<sup>143</sup> Se NJA 2012 s. 535 tillägget.

som naturligt att Högsta domstolen tar ansvar för normbildningen när anpassningar och förändringar i samhället inte möts i lagstiftningen. Eftersom lagstiftaren genom lagstiftning kan ingripa mot Högsta domstolens normgivning kan en sådan rättsbildning inte anses stå i strid med grundläggande demokratiska utgångspunkter.<sup>144</sup>

Att Högsta domstolen inte enbart tar ansvaret när en normkonflikt uppstått vållar flera problem. För det första har en domare och lagstiftare olika roller och arbetsmetoder. Högsta domstolens roll är att lösa tvister och att skapa praxis. Domstolens motiveringar vid ett prejudicerande fall är mer slutna än rätt som skapas genom ordinarie lagstiftningsprocess. Den ordinarie lagstiftningsprocessen tillhandahåller förarbeten som visar olika argument och analyser som utförts innan slutlig ställning tagits. På så sätt kan det vara enklare att acceptera sådan rätt. Sverige har varit stolta över lagstiftningstraditionen med grundliga utredningar och ett brett inhämtande av synpunkter från olika roller i samhället. Om Högsta domstolen tar över rollen som lagstiftare och blir den drivande länken i samhällsutvecklingen rubbas denna balans.<sup>145</sup>

Högsta domstolens ökade aktivism kan anses grunda sig i att lagstiftaren accepterat att anpassa sig till europarättslig tolkning och därmed gett makt åt Högsta domstolen. Domstolen kan därefter ha valt att använda denna makt vid hanteringen av inhemska normkonflikter.<sup>146</sup>

### **5.3.3 Domaren och aktivism**

Det går att ställa sig frågan varför flertalet svenska domare är negativa mot denna typ av ökad maktindelning när domstolarna får en stärkt ställning i det svenska statskicket. Utifrån en aspekt kan det handla om en generationsfråga. De högsta instanserna har tidigare dominerats av en generation som teoretiskt varit starkt influerade av teorier såsom det Hägerströmska, värdenihilistiska arvet och den skandinaviska rättsrealismen. Eftersom dagens juristutbildning behandlar EU-rätten är dagens studenter väl bekanta med den europeiska rättstraditionen som bygger på andra teoretiska grundvalar. Det är numera möjligt att göra karriär i Högsta domstolen genom att diskutera konstitutionella frågor och betona den enskildes skydd gentemot statsmakten, något som inte skulle gått tidigare.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Se NJA 2012 s. 535 tillägget.

<sup>145</sup> Se Fura (2014) s. 101ff.

<sup>146</sup> Se Kleineman (14/15) 496.

<sup>147</sup> Se Nergelius (2000) s. 547ff.

Det finns ett antagande att majoriteten av ledamöterna i Högsta domstolen alltjämt känner ett obehag inför att överpröva eller rentav åsidosätta av riksdagen stiftade lagar. Domarna kan känna att det inte är deras uppgift då det både strider mot deras demokratisyn och självuppfattning.<sup>148</sup> Många domare har en olustig inställning till begreppet maktindelning vilket kan ha att göra med att de själva ska behöva utöva politisk makt. Eftersom få domare ser detta som sin uppgift är de även obenägna att diskutera maktindelning.<sup>149</sup>

Frågan är om domaren har kompetens att klara av denna relativt nya uppgift. Utbildning kan tänkas behövas, även för den skickligaste. I samband med vissa avgöranden kan det rimligen behövas helt andra sociologiska, ekonomiska och statsvetenskapliga insikter än vad som tillhandahålls inom ramen för den ordinära domarkarriären. Vissa av frågorna ligger nämligen långt utanför den juridiska sfären. Det har anförts att en domare måste ha ett mycket starkt självförtroende för att anse sig värdig ett sådant ansvar. Domaren blir inte längre rättsordningens tjänare utan riskerar att bli dess herre.<sup>150</sup>

Det finns en bild av svenska domare som en försiktig och blygsam skara, som ogärna vill stå i rampljuset. Många vill inte känna att de utövar makt i någon form. Den pågående diskussionen om ökad makt till domstolarna kan därmed skapa oro för förändringar.<sup>151</sup>

Det finns invändningar mot denna minimalistiska bild av domaren som en försiktig, återhållsam, opartisk och objektiv tillämpare av klara och tydliga normer. Denna bild är inte verklighetsförankrad och målar inte upp den korrekta bilden av vilka krav som går att ställa på domare i Högsta domstolen. Att rätta till underinstansernas misstag ligger i första hand på hovrätterna. Högsta domstolens huvuduppgift är bredare, den ska nämligen rätta till systemfel. I rollen att värna om rättssystemet ska Högsta domstolen överbygga glappet mellan rätten och samhället, på så sätt ska domstolen skydda den svenska demokratin.<sup>152</sup>

<sup>148</sup> Se Nergelius (2000) s. 549.

<sup>149</sup> Se Bengtsson (1987) s. 235f.

<sup>150</sup> Se Bengtsson (1987) s. 239f.

<sup>151</sup> Se Nergelius (2015) s. 85.

<sup>152</sup> Se Wiklund (2014) s. 341.

### 5.3.4 Ett resultat av gällande ordning

Tilläggsprotokoll 12<sup>153</sup> till Europakonventionen utsträcker diskrimineringsförbudet genom att nationella lagstiftningar mot diskriminering skyddas och därmed blir gällande rätt enligt Europakonventionen. Sverige har varken undertecknat eller ratificerat protokollet, i likhet med många andra europeiska stater.<sup>154</sup>

Faktum är att när Europarådets ministerkommitté antog tilläggsprotokollet lade den svenska regeringen ner sin röst.<sup>155</sup> Som argument till varför regeringen fortfarande inte har för avsikt att underteckna protokollet har följande argument framförts. Eftersom tilläggsprotokollet är så allmänt hållet och har ett så brett tillämpningsområde blir det omöjligt att dra några säkra slutsatser om diskrimineringsförbudets omfattning och innebörd. Det är först när Europadomstolen fastslagit innebörden genom praxis som det blir klarlagt hur protokollet bör tolkas. Innan Sverige ansluter sig till konventioner och andra internationella instrument finns som princip att det först ska stå klart vad dessa innebär i praktiken.<sup>156</sup>

I propositionen till diskrimineringslagen anförde regeringen att det vid tidpunkten var lämpligast att låta diskrimineringslagstiftningen utgå från de diskrimineringsgrunder Diskrimineringskommittén arbetat fram. Därmed fanns det vid tillfället ingen anledning att bedöma lämpligheten av att införa fler grunder eller en öppen lista i lagstiftningen. Däremot uttryckte regeringen att på sikt behöver antalet diskrimineringsgrunder inte vara just dessa samt att det kan vara av intresse att undersöka om det är lämpligt och möjligt att införa ett generellt diskrimineringsförbud.<sup>157</sup>

År 2014 beslutade regeringen att en utredning skulle tillsättas för att lämna förslag till hur arbetet mot diskriminering skulle kunna organiseras och effektiviseras.<sup>158</sup> Utredningen framhöll att det råder frågetecken om det skydd mot diskriminering som diskrimineringslagen innehåller då det enbart tar sikte på vissa samhällsområden. Därmed gjordes bedömningen att regeringen

<sup>153</sup> Härmed avses att återkoppla till den teori som presenterats i avsnitt 1.5.

<sup>154</sup> Se [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/motion/uteblivet-svenskt-undertecknande-av\\_GP02U205](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/motion/uteblivet-svenskt-undertecknande-av_GP02U205) (hämtad 2019-09-17).

<sup>155</sup> Se <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/00-3/01left.asp> (hämtad 2019-09-17).

<sup>156</sup> Se [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svar-pa-skriftlig-fraga/europakonventionens-skydd-mot-diskriminering\\_GT121552](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svar-pa-skriftlig-fraga/europakonventionens-skydd-mot-diskriminering_GT121552) (hämtad 2019-09-17).

<sup>157</sup> Se prop. 2007/08:95 s. 111.

<sup>158</sup> Se SOU 2016:87 s. 3.

bör utreda frågan om att införa ett generellt diskrimineringsförbud eftersom denna fråga är alltför omfattande inom ramen för utredningen.<sup>159</sup> Att införa ett generellt diskrimineringsförbud är det alternativ som anses mest förenligt med de krav Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga ställer upp. Resultatet skulle även bli att de förbättringsåtgärder FN:s kommitté för mänskliga rättigheter i Genève kommenterat om diskrimineringslagens begränsade räckvidd skulle mötas.<sup>160</sup>

FN:s kommitté för mänskliga rättigheter i Genève granskade år 2016 Sveriges arbete med de mänskliga rättigheterna. Granskningen gav upphov till en rad förbättringsåtgärder och rekommendationer. Gällande diskriminering uttalades att kommittén fortfarande var oroad över den begränsade räckvidden och luckorna i lagstiftningen. Detta eftersom diskrimineringslagen inte har ett övergripande skydd mot alla former av diskriminering baserade på ställning och inte heller omfattar diskriminering inom alla offentliga verksamhetsområden.<sup>161</sup>

## 5.4 Diskussion

Utan djupare insikter i den rättsteoretiska diskussion om domstolens roll som pågått under åtminstone två decennier, är det enkelt att fastna i deskriptiva analyser av förhållandet mellan rättstillämpning och lagstiftning. Det måste finnas en motiverad utgångspunkt att utgå från och härigenom formulera argument för om given metod är den mest effektiva för den enskildes rättighetsskydd. Det måste även beaktas att debatten kring Högsta domstolens ökade aktivism är betydligt mer komplicerad än den vid en första anblick tycks vara.

För att sätta in exemplet om diskriminering i arbetets konstitutionella perspektiv kan följande påstås. Att regeringen ifrågasatt om tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen är rätt metod att använda i syfte att utveckla diskrimineringskyddet eftersom det tar lång tid innan Europadomstolen hunnit utveckla praxis ter sig märkligt. Detta då själva Europakonventionen är ett levande dokument i bemärkelsen att det utvecklas beroende på samhällsförhållandens förändringar och att det därav är svårt att överblicka dess omfång. Liknande hade kunnat anföras mot stiftandet av ny inhemsk lagstiftning. Frågan är varför denna ordning valdes, finns det några traditioner bakom den valda regleringen?

<sup>159</sup> Se SOU 2016:87 s. 28.

<sup>160</sup> Se SOU 2016:87 s. 500.

<sup>161</sup> Se SOU 2016:87 s. 482.



I Sverige finns en historiskt förankrad skepsis gentemot aktiva domstolar som ställer sig i lagstiftarens ställe. Genom att utforma ett generellt diskrimineringsförbud hade domstolen per automatik fått ett utökat tolkningsmandat. Det går att ställa sig frågan om kritiken som framförts mot Högsta domstolens ökade aktivism vilar på ett föråldrat, lagpositivistiskt synsätt.

Domstolarna har fått en framskjuten position utifrån flera avseenden. Bland annat har grundlagsändringen år 2010 stärkt domstolarnas oavhängighet och självständighet. I Högsta domstolens arbetsuppgifter, som prejudikatinstans, anses ingå att utveckla rätten. I sin tur kan det påverka lagstiftarens incitament till att genom ordinarie lagstiftningsförfarande stifta lagar vars område redan finns berört av praxis från domstolen. Lagstiftaren kan även anse att den praxis som utvecklats av Högsta domstolen tillräckligt tillfredsställande speglar den samhälleliga utvecklingen. Domstolens lagprövningsrätt är alltså beroende av hur regeringsformen är utformad. Är bestämmelserna klara blir inte själva lagprövningen särskilt problematisk. Det måste framhållas att det är varje avgörande från Högsta domstolen som bidrar till rättsutvecklingen. Det är alltså inte prejudikatbildning enbart när Högsta domstolen avviker från ett tidigare avgörande. Trots att Högsta domstolens prejudikat inte är formellt bindande skapas generella normer.

Om Högsta domstolen inte utför sin roll som prejudikatinstans fullt ut riskerar prejudikaten bli undermåliga och därmed kan förtroendet för domstolen minska. Om domstolen däremot går för långt i sin lagstiftande roll riskerar den demokratiska legitimiteten att försvinna. Var gränsen för denna dikotomi går är givetvis svårt att säga generellt och får istället avgöras i varje enskilt fall.

Även om debattörerna i stor utsträckning är oeniga rörande legitimiteten i Högsta domstolens agerande går det i alla fall att påstå att det råder tämligen stor enighet om att Högsta domstolens förhållande till lagstiftaren förändrats under senare år i och med judikaliseringen. Frågor som tidigare ansetts tillhöra den politiska makten kan numera avgöras i domstol. Att det för svenskt vidkommande rör sig om att europeiseringen haft inverknings på domstolen är de flesta överens om. Domstolen är skyldig att tillämpa europeisk rätt och ställa motstridiga svenska regler åt sidan. Eftersom detta medför mer komplexa rättsfrågor resulterar det likväl i större skillnader i domarnas uppfattningar.

Domarna ska uttolka politikernas vilja såsom denna kommit till uttryck i lagtext och förarbeten. Med andra ord ska domaren agera inom de gränser som lagstiftaren fastslagit. Eftersom Högsta domstolen är en prejudikatinstans är det särskilt viktigt att lägre instanser uppfattar domar som legitima. För att skapa förutsebarhet torde Högsta domstolen i praktiken vara bunden av sina egna avgöranden.

Domarens rättsskapande verksamhet kan präglas av luckor i lagen, konflikter och mångtydighet och vaghet. Rättsskapandet är ingen exakt process då den mer eller mindre är öppen för värderingar. Domarens egna värderingar kan vara beroende av en rad aspekter. Ideologi, självuppfattning och samhällsåskådning är bara exempel på värderingar som spelar in på domarens rättsskapande verksamhet. Domstolen får dock inte fatta vilka beslut som helst utan måste följa lagen, vilket även följer av regeringsformens portalparagraf. Det blir på så sätt tydligt att domaren inte enbart utgått från sina egna personliga åsikter.

Sammantaget visar Högsta domstolen upp ett varierat förhållningssätt till sin rättsskapande roll. I vissa sammanhang tar sig förhållningssättet i uttryck som en ovilja att skapa ny rätt medan det i vissa kontexter finns en motsatt öppen vilja.

Domarens framskjutna roll har mötts av stor skepsis, till stor del av domarna själva. För domare finns särskilda risker med att uppfattas som aktivistiska då det i svensk tradition är viktigt att domstolarna framstår som opolitiska. Många svenska domare verkar även trivas som anonyma. Vissa domare kan däremot attraheras av att föra den pågående diskussionen framåt och därmed bidra till utvecklingen ytterligare. Det måste påpekas att uttalanden i debatten gjorda av domare inte representerar hela kårens inställning.

Intressant är att den utveckling som äger rum i Högsta domstolen måste ses som konkurrerande gentemot lagstiftaren. Den ökade aktivismen bland Högsta domstolen som gått att urskilja de senaste åren är istället ett resultat av europarättens allt större inflytande på svensk rätt. Det rör sig inte om att svensk rätt helt plötsligt skulle övergått till common law, utan mer om att låta problem som uppstår skötas av en aktiv domstol. Högsta domstolen kan med detta sagt sägas närma sig målen med 1971 års fullföljdsreform till att bli en prejudikatinstans. I detta avseende får det anses självklart att de arbetar på ett annat sätt, vilket kan uppfattas som att de blivit aktivistiska. Interaktionen fungerar hur som helst allra bäst med en skärpt domstol och en lyhörd lagstiftare.

# 6 Högsta domstolen i USA

Precis som i föregående kapitel förs här en diskussion om Högsta domstolens roll vid säkerställandet av ett effektivt rättighetsskydd i syfte att utröna vilken metod, och därmed stat, som tillhandahåller det bästa skyddet. En del av frågeställningen kommer därmed att besvaras, nämligen vilka förutsättningar den amerikanska Högsta domstolen har att tillhandahålla ett sådant.

## 6.1 Om domaren

I konstitutionens tredje artikel anges vissa regler om domstolsväsendet. Domare nomineras av presidenten och deras utnämningar bekräftas av senaten. I konstitutionen finns inga formella krav på den som ska vara domare men i praktiken har det varit jurister, med olika erfarenheter, som utnämnts. Domarens ämbete utövas så länge de sköter sig. I praktiken sitter de på livstid eller tills de avgår.<sup>162</sup> I början på 1800-talet försökte en grupp avsätta domare Samuel Chase från Högsta domstolen. Försöket misslyckades vilket tydligt visar principen om att en domare inte ska bli åsidosatt för den sakens skull att kongressen anser att domaren har gjort fel val.<sup>163</sup>

Det råder omfattande debatter om personsammansättningen i Högsta domstolen. Redan i utnämningssfasen blir det ofta livliga diskussioner om olika tänkbara personers lämplighet. En anledning till detta är att presidentens val av ledamöter kan ha betydelse för den långsiktiga politiska utvecklingen i landet eftersom domarna i regel sitter under betydligt längre tid än vad presidenten själv gör. Politiseringen av utnämningssmakten och den mediala uppmärksamheten utmärker det amerikanska konstitutionella systemet. I praktiken handlar utnämningarna inte bara om politisk inställning utan även om bland annat kön, hudfärg, geografisk hemvist och bakgrund. Personens juridiska kompetens kan därmed hamna i bakgrunden.<sup>164</sup> Nyheter avseende domarna är inte endast av intresse för amerikaner utan har även ett nyhetsvärde i bland annat Sverige.<sup>165</sup>

<sup>162</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 235.

<sup>163</sup> Se Tushnet (2008) s. 22f.

<sup>164</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 243f.

<sup>165</sup> Se <https://www.hbl.fi/tagg/hogsta-domstolen-i-usa/> (hämtad 2019-12-11).

Genom att domarna utses på livstid ges domarna emellertid ett mandat med en oberoende ställning.<sup>166</sup> Erfarenhetsmässigt uppträder inte domarna särskilt förutsägbart ur politisk synvinkel då domarna när de väl utnämnts kan gå sin egen väg och inte låta sig placeras i något rättspolitiskt eller ideologiskt fack.<sup>167</sup>

Många av de politiska forskare som studerat hur domarna gör juridiska bedömningar har anfört att domarna tar sig an problem på samma sätt som andra beslutsfattare. Många av forskarna gör liknande påståenden avseende att ideologier, attityder och politik har en större inverkan samt förklarar mer än olika metoder som enbart förklarar juridiskt beslutsfattande.<sup>168</sup> En förklaring till varför domare gör olika bedömningar kan exempelvis ha att göra med att ventilationen är dålig i salen en varm sommardag eller vad domaren ätit till frukost.<sup>169</sup>

Under de senaste decennierna har Högsta domstolen varit oförmögen att enas om någon egentlig huvudlinje. Den viktigaste förklaringen härtill är de politiska och ideologiska meningsskiljaktigheter som delat upp domstolen i två relativt jämnstarka block. Detta grundar sig i hur utnämningarna till Högsta domstolen under årens lopp har sett ut. Vissa presidenter har tillsatt liberala domare medan majoriteten tillsatt konservativa. Trots att det funnits en majoritet har domstolen fortfarande haft svårt att utforma en entydig praxis då de nya konservativa domarna handlat oförutsägbart, och i vissa fall anslutit sig till det liberala blocket.<sup>170</sup>

## 6.2 Domstol och aktivism

### 6.2.1 Bakgrund

President Franklin Roosevelt övervägde efter den ekonomiska krisen under 1920-talet, och den därtill ökade efterfrågan av ekonomisk lagstiftning, att gå i direkt konflikt med Högsta domstolen. Domstolen backade till följd av det från sina tidigare restriktiva avgöranden och undgick på så sätt en kamp som domstolen inte skulle gått vinnande ur. När domstolens roll granskas är denna erfarenhet viktig att ha med sig. Högsta domstolen är nämligen en del av ett politiskt system och dess tillämpning av federalismens principer, rättighetskyddets regler och

<sup>166</sup> Se Heinebäck (1972) s. 749.

<sup>167</sup> Se Nergelius nionde upplagan (2018) s. 14.

<sup>168</sup> Se Schauer (2012) s. 3.

<sup>169</sup> Se Schauer (2012) s. 129.

<sup>170</sup> Se Nergelius (1996) s. 447.

andra konstitutionella normer kan inte förstås utan en djupare förståelse av den politiska kontexten.<sup>171</sup>

Det första steget mot domarskapad rätt motiverades med att domaren inte gjorde något annorlunda än vad domstolar hade gjort i USA genom historien. Domaren gjorde på så sätt inte något annat än att tillämpa och skydda konstitutionen.<sup>172</sup>

Just det fjortonde tillägget har varit föremål för en omfattande debatt i ljuset av domstolens lagprövning. Uppgiften hur den vaga utformningen av tillägget skulle översättas i praktiken gavs över till domstolen.<sup>173</sup> Härmed kommer en stor del av domstolens aktivism belysas utifrån exempel på resonemang som gjorts om utifrån det fjortonde tillägget.

Den politiska och ekonomiska utvecklingen har haft stor inverkan på USA:s konstitutionella historia. En sådan historisk händelse var när vissa delstater i slutet av 1800-talet kom att mena att det gick att leva upp till det fjortonde tilläggets krav på likabehandling genom läran om lika men åtskilda. Det innebar att afroamerikaner och andra amerikaner visserligen hade rätt till samma behandling men att det inte var nödvändigt att beblanda grupperna av den anledningen. Högsta domstolen godtog resonemanget och laglig segregering var ett faktum.<sup>174</sup>

Gällande könsdiskriminering skilde stiftarna av det fjortonde tillägget mellan medborgerliga rättigheter, som alla åtnjöt, och politiska rättigheter som enbart en grupp av vissa män erhöll. Rösträtten som är en politisk rättighet, till skillnad från de medborgerliga rättigheterna som behandlas i det fjortonde tillägget, gav kvinnor rösträtt först år 1920 i och med det nittonde tillägget. Det femtonde tillägget var på samma sätt nödvändigt för att bereda vägen för afroamerikaners rösträtt senare.<sup>175</sup>

När förbudet mot könsdiskriminering beträffande politiska rättigheter tillkommit blev det otänkbart att det fjortonde tillägget inte förbjöd könsdiskriminering av medborgerliga rättigheter. Att kvinnor skulle få rösta till president- och kongressval men inte få ingå avtal utan

<sup>171</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 228.

<sup>172</sup> Se Wolfe (1986) s. 5f.

<sup>173</sup> Se Nelson (1988) s. 63.

<sup>174</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 227f.

<sup>175</sup> Se Calabresi (2011).

sin makes tillstånd var ologiskt. Högsta domstolen uttalade sig om detta år 1923. På så sätt utvidgades tolkningen av det fjortonde tilläggets rättigheter.<sup>176</sup>

Efter år 1937 ändrade Högsta domstolen fokus från lagprövning avseende ekonomiska angelägenheter till medborgerliga rättigheter. På så sätt blev det fjortonde tillägget viktigt och lagprövning fick ett helt nytt anseende. Genom lagprövning hade domstolen en grundläggande lagstiftningskaraktär. Samtida debattörer gjorde en analogi från common law för att få en förståelse för konstitutionell rätt, dock genom att medge domstolarnas lagstiftande roll inte bara när föreskrifter saknades utan även vid åsidosättandet av dem.<sup>177</sup>

Sedan andra världskrigets slut blev frågan om segregationen och den tidigare accepterade läran om lika men åtskilda åter aktuell för Högsta domstolen. Domstolen fann att agerandet inte längre var konstitutionellt förenligt. En stark bidragande faktor var just att samhällssynen förändrats.<sup>178</sup> Faktumet att sådan diskriminering hade förekommit år 1868 vid tilläggets stiftande och hade utövats under lång tid ändrade inte bedömningen.<sup>179</sup>

Under senare delen av 1950-talet tog Högsta domstolen ställning i ett antal mål som grundade sig i kränkningar av den personliga och politiska integriteten. I takt med att den anti-kommunistiska fruktan avtog gick domstolens verksamhet ut på att stärka individens rättigheter.<sup>180</sup>

År 1967 slog Högsta domstolen ned lagar som förbjöd blandäktenskap mellan afroamerikaner och andra amerikaner, som hade stöttats vid tillkomsten av tillägget. Argumentet var att afroamerikaner enligt det fjortonde tillägget borde ha samma privilegier att ingå avtal som andra amerikaner. Eftersom en annan amerikan fick gifta sig med en annan amerikan skulle därmed afroamerikaner ha samma rättighet.<sup>181</sup>

Det råder inga tvivelaktigheter om att de tolkningar Högsta domstolen gjort rörande det fjortonde tillägget för att bredda det konstitutionella skyddet har varit rättfärdigat och enkelt motiverat. Att det tagit så många år för utvidgandet av diskrimineringsskyddet kanske säger

<sup>176</sup> Se Calabresi (2011).

<sup>177</sup> Se Wolfe (1986) s. 6.

<sup>178</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 228.

<sup>179</sup> Se Calabresi (2011).

<sup>180</sup> Se Heinebäck (1972) s. 752.

<sup>181</sup> Se Calabresi (2011).

mer om utvecklingen av samhället som det fjortonde tillägget vidgats i. Den utvidgande tolkningen sker ständigt och andra tolkningar har härefter gjorts.<sup>182</sup>

Det ska observeras att de beslut domstolen fattat många gånger skett med få riktlinjer från presidenten och kongressen. I stor utsträckning har domstolen fått pröva sig fram genom att iaktta de reaktioner i samhället domstolens utslag givit upphov till.<sup>183</sup>

## 6.2.2 Synen på domstolen

Ovanför huvudentrén till Högsta domstolen pryds orden ”EQUAL JUSTICE UNDER LAW”. Dessa ord ger uttryck för Högsta domstolens yttersta ansvar. Domstolen är den högsta rättsliga instans för alla fall och tvister rörande konstitutionen. Som den sista rättsliga instansen är Högsta domstolen skyldig att tillförsäkra medborgarna lika rättvisa. På så sätt fungerar Högsta domstolen som konstitutionens beskyddare, och domstolen har även har tolkningsföreträde till konstitutionen.<sup>184</sup> Högsta domstolen har tagit ställning till ett flertal frågor med politiskt innehåll vilka kommit att påverka den fortsatta samhällsutvecklingen.<sup>185</sup>

Lagprövningsdebatten utmärks av att själva lagprövningen nästintill aldrig betvivlas. Det är snarare omfånget som är utsatt för diskussion. I USA ifrågasätts helt enkelt inte att det åligger domstolen att avgöra ett stort antal viktiga frågor, varav flera har stor politisk betydelse.<sup>186</sup>

Jämfört med Högsta domstolen i USA har få domstolar i världen en sådan auktoritet för konstitutionell tolkning och ingen annan domstol har utövat auktoritet lika länge eller med så mycket inflytande. För 150 år sedan uppmärksammade den franska politiska observatören Alexis de Tocqueville USA:s Högsta domstols unika ställning i historien och rättspraxis. Han påpekade att han inte var medveten om att någon nation i världen hittills organiserat en rättslig makt i samma omfattning.<sup>187</sup>

Den unika ställningen beror till stor del på det amerikanska folkets djupa engagemang för rättsstatsprincipen och till en konstitutionell samhällsstyrning. USA har visat en tydlig

<sup>182</sup> Se Calabresi (2011).

<sup>183</sup> Se Heinebäck (1972) s. 752.

<sup>184</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

<sup>185</sup> Se Heinebäck (1972) s. 750.

<sup>186</sup> Se Nergelius (1996) s. 467.

<sup>187</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

beslutsamhet att bevara och skydda sin skriftliga konstitution.<sup>188</sup> Konstitutionen är utformad för att tillhandahålla en nationell regering som är tillräckligt stark och flexibel för att tillgodose republikens behov, men ändå tillräckligt begränsad.<sup>189</sup>

Förutom Högsta domstolens judiciella prövningsrätt, befogenhet att upphäva delstatliga lagar och att undanröja beslut av delstatliga domstolar i den mån de strider mot konstitutionen vakar domstolen även över att författningen efterlevs av övriga två grenar av den federala makten: presidenten och kongressen. Det är dock sällan som denna rätt utnyttjats.<sup>190</sup>

Trots all uppmärksamhet som debattörer ägnar lagprövningsrätten måste det påpekas att Högsta domstolen inte funnit att fler än cirka 200 federala lagar stridit mot konstitutionen sedan lagprövningsrätten fastställdes. Domstolen utövar därmed inte sina befogenheter i den omfattning som motsvarar den djungel av material som debatterats.<sup>191</sup>

## 6.3 Diskussion

Att den amerikanska Högsta domstolen både utvecklar och ändrar tolkningen av konstitutionen utifrån samhällsförändringar gör konstitutionen till ett levande dokument. Detta system ger domstolen en stor flexibilitet att både applicera och skapa lagen. Debatten om konstitutionen handlar om den amerikanska nationen och hur den framtida utvecklingen ska ske.

Vid en överblick över Högsta domstolens beslut genom åren går det att konstatera att olika politiska och samhällseliga förändringar återspeglar dessa. Det finns därför inte ett klart svar på hur konstitutionen ska tolkas. Domstolen får betraktas som en betydelsefull faktor i den amerikanska politiska och demokratiska processen. En viss osäkerhet och känsla av inkonsekvens över hur konstitutionen ska uppfattas är ett resultat av den flexibla processen. Hur ett ärendes utfall blir är beroende av domstolens sammansättning. Beroende på politiska ideologer och domarnas egenheter kan det både vara svårt och enkelt att skapa nya prejudikat.

Bara för att den amerikanska Högsta domstolen fattat ett beslut i en fråga vars utgång har varit konstitutionellt osäkert betyder inte det att meningsskiljaktigheterna slutar. Då det genom

<sup>188</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

<sup>189</sup> Se <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx> (hämtad 2019-09-25).

<sup>190</sup> Se Heinebäck (1972) s. 749.

<sup>191</sup> Se Jonsson Cornell (2015) s. 249.



tillägg till konstitutionen eller genom senare ändrad inställning hos domstolen går att få ett annat utfall i frågan behöver detta inte vara bestående.

Författarna av konstitutionen utformade antagligen inte konstitutionen för att domare idag skulle behöva tolka bestämmelserna utifrån doktrin och att tolkningen skulle vara beroende av sammansättningen. De hoppades antagligen att det stod klart vad syftet var och att meningsskiljaktigheter inte skulle uppstå. Problemet med att titta på författarna av konstitutionens intentioner är att det aldrig går att utreda hur denna generation hade hanterat nutida frågor som inte ens existerade då. Att titta tillbaka på detta sätt kan kännas underligt eftersom det har viss bakåtsträvande effekt.

I samband med diskussioner om amerikansk lagprövning kan även en diskussion om risken för politisering av domarutnämningarna föras. Eftersom presidenten vet att tillämpningen av konstitutionen kommer att vara beroende av domarnas värderingar i Högsta domstolen kan frestelsen att sätta in pålitligt folk aldrig bortses från. Om inte denna ordning skulle vara för handen hade inte de konflikter och den uppmärksamhet som råder vid utnämningarna existerat. Den amerikanska domstolen kan misstänkas för att gynna olika politiska intressen, snarare än tillhandahållandet av effektivt rättighetsskydd.

Till skillnad från i den svenska rätten finns inte särskilda diskussioner om hur domarna ser på sin roll när normkollisioner uppstår. En förklaring till detta torde vara att USA godtagit lagprövning konstitutionellt i över 200 år och lagprövningsrätten är med andra ord självklar. Även synen på domaren i USA är en helt annan än i Sverige. I USA framstår yrkesvalet som ett kall för att upprätthålla konstitutionen, grundpelaren för staten. Domaren har därmed en central roll i det amerikanska systemet. Den politisering som präglar utnämningsförfarandet av domare, vilken är bevakad av media, gör att det är enkelt för medborgarna att kritisera enskilda domare när dessa inte når upp till de förväntningar som blivit givna under tillsättningen.

Vilken ordning har då möjlighet att tillhandahålla det mest effektiva rättighetsskyddet? Svaret, och därmed besvarandet av frågeställningen, diskuteras mer ingående i nästa avsnitt.

## 7 Sammanfattande synpunkter

Vad arbetet framhållit ovan om dikotomin mellan demokrati och judiciell aktivism sammanfattas samt utvecklas delvis här. Att dra en tydlig gräns mellan juridik och politik är som framgått problematiskt. Frågan är hur landet mest effektivt ska möta samhällsförändringar. Nedan besvaras arbetets frågeställning sammanfattningsvis utifrån vad som tidigare redogjorts för. I de fall då synpunkterna enbart rör den ena staten framgår det uttryckligen medan resonemangen i annat fall får anses gälla båda staterna.

### 7.1 Olika konstitutionella angreppssätt

Hur rättsstaters historiska utveckling sett ut gör att domstolarnas roll skiljer sig åt markant. Hur domstolarna tar sig an problem är även en skiljelinje mellan staterna. Domare i det amerikanska systemet, där praxis spelar stor roll, kan ha en större benägenhet att titta på tidigare liknande avgöranden för att lösa det aktuella målet. Domare inom det svenska rättssystemet är mer benägna att hitta stöd för ett avgörande i en rättsregel. Om lagstiftaren har hållit sig inom konstitutionens ramar uppstår inte någon konflikt.

Rätten får vidare anses avspegla ett samhälles värderingar. Domstolens roll är att förstå lagstiftarens intentioner och sedan realisera dem. När samhället förändras måste rättssystemet anpassa sig härefter. Rätten är på så sätt en föränderlig mekanism som grundar sig i en faktisk och given verklighet. Eftersom rätten företrädesvis ska vara så förutsägbar och stabil som möjligt för att medborgarna ska kunna inrätta sig härefter, ställer det domstolen inför ett dilemma eftersom domstolen samtidigt ska beakta samhällseliga förändringar.

En domare identifierar på så sätt samhällets inställning till den aktuella frågan. Eftersom alla domare har olika synsätt blir detta enbart en fråga om vad domaren själv tror att samhällets inställning är. Domarens egna preferenser avspeglas på så sätt. Vilken roll en domare anser sig själv ha får även betydelse för vilken utgång det aktuella ärendet får. Att påstå att människan kan hålla isär sitt civila jag från sitt professionella jag medför problem.

Domare har trots allt inte frihet att utforma prejudikat hur som helst. De är fortfarande tvungna att förhålla sig till rättskällor. På så sätt går det att diskutera om domaren behöver grunda sina

avgöranden på vad samhället anser i en viss fråga. Om en domare tar sig för stora friheter äventyras dess legitimitet hos befolkningen. I en demokrati kommer legitimiteten trots allt från folket. Det kan tänkas att en domare under sin karriär behöver tillämpa bestämmelser som domaren inte personligen överensstämmer med.

En domare kan anse att en utformad lag har en bakåtblickande funktion eftersom den har blivit förlegad eller verkar hämmande efter att samhället utvecklats. Med detta sagt får en domare inte enbart avgöra ett mål på ett sätt som ger önskvärt resultat i framtiden, beslutet ska helst även följa eller vara förenligt med tidigare beslut i förevarande fråga. Ett problem med att ha kravet på förenlighet med tidigare prejudikat är att domaren blir förpliktad att fästa ett större avseende på detta än att kanske välja det bästa alternativet. Genom att avgöra fall utifrån de bästa juridiska förutsättningarna bidrar domaren till rättsutvecklingen. Oavsett hur många eller hur detaljerade föreskrifterna är finns det alltid utrymme för tolkning, anpassning och utfyllnad.

Domstolarnas normgivande funktion är även viktig eftersom domstolen har en kontrollerande funktion gentemot de politiska aktörerna. På så sätt kan domstolarna ses som konstitutionens väktare. Att lagprovning och demokrati är beroende av varandra råder det ingen tvekan om.

Utifrån resonemang ovan har den svenska Högsta domstolen lagt sig mellan att domstolen fungerar som en konstitutionell väktare i förhållande till den lagstiftande och verkställande makten och att ge domstolen för mycket makt. USA har länge behandlat sina domare som lagstiftare. Den stora frågan är nu om Sverige kommer att göra detsamma utifrån den pågående debatten.

Som diskuteras ovan i aktuellt avsnitt har inte domarna hur mycket handlingsutrymme som helst utan avgöranden måste vara motiverade, ofta från lagstiftarens och samhällets synpunkt. Att som i USA ha domare som lagstiftare kännetecknas med flexibilitet att, under rätt förutsättningar, på ett enklare sätt möta samhällsutvecklingen. Är denna ordning något för Sverige?

En minskad makt hos den svenska lagstiftaren kan vara negativt utifrån följande perspektiv. Att lägga för stort ansvar på domstolen avseende rättsutvecklingen kan riskera att vissa grupper exkluderas från att få sin rätt tillgodosedd eftersom en domstolsprocess kan vara dyr. Det kan på så sätt leda till osymmetrisk tolknings- och rättsutveckling till vissa gruppers nackdel.

En annan aspekt som minskar makten för den svenska lagstiftaren kan vara i de fall lagstiftaren känner sig tvungen att acceptera domstolens tolkning. Detta då domstolen i sin roll framstår som kompetent att tolka individuella rättigheter, då det annars kan framställas som att lagstiftaren går från de individuella rättigheterna.

Samtidigt är det i de fall då rättsläget påkallar förändring som inte möts av lagstiftaren märkligt att Högsta domstolen inte skulle ta ansvar för rättsbildningen. Det innebär inte att en för stor konstitutionell makt läggs på den svenska domstolen. Det finns alltid möjlighet till en grundlagsändring från riksdagens sida om de inte skulle hålla med i gällande praxis. Det är med andra ord politikerna som har sista ordet. I Sverige är det relativt enkelt att ändra den svenska grundlagen. Det borde utifrån ett demokratiskt perspektiv vara svårare att acceptera lagprövning när det är svårt att ändra grundlagen. Det stämmer dock inte överens med det amerikanska systemet som förespråkar lagprövning men samtidigt har en etablerad maktindelning och där det framstår som omöjligt att ändra själva konstitutionen.

Frågan är om amerikaner behöver vara oroliga över den amerikanska Högsta domstolens besluts legitimitet eftersom domstolen på ett helt annat sätt har sista ordet i ämnen samhället är djupt skiljaktiga i. Svaret är att det beror på vilken sammansättning som råder. Är diskuterad ordning ett bättre alternativ för Sverige för att nå upp till internationell standard och nyansera den kritik som erhållits?

## **7.2 Den mest effektiva konstitutionella metoden**

Vilken metod som är den mest effektiva för rättighetsskyddet kräver resonemang om bland annat rättstraditioner och kulturarv. Det finns alltså inte någon universell lösning. Det sagda innebär inte att det inte skulle gå att argumentera för en utökad, alternativt inskränkt, lagprövningsrätt för svenska domstolar. Att påstå att det ena systemet är bättre än det andra är svårt. Länderna har kommit till olika slutsatser gällande synen på rättighetsskydd och individen. I USA tar modellen mer sikte på individens okränkbarhet och därmed är skyddet mer generellt. I Sverige är modellen däremot mer partikulär i det avseende skyddet tar sikte på utpekade grunder.

Fördelen med det amerikanska systemet är att domstolen på en gång kan vara flexibel att vid behov skapa ett nytt prejudikat. Det är dock inte alltid korrekt. I de fall domarna inte är flexibla kan det svenska rättssystemet vara snabbare i rättsutvecklingen.

Då är frågan, vilket system är det mest effektiva? Rättssystemet som förespråkar förutsebarhet och stabilitet (Sverige) eller rättssystemet som är mindre förutsebart och stabilt men mer flexibelt (USA). I Sverige betraktar sig domare som relativt anonyma och objektiva rättstillämpare i förhållande till lagstiftarens vilja. I USA ses domare som viktiga politiska aktörer. Skillnaderna mellan staterna speglas på så sätt i respektive stats synsätt.

Den ena systemet är inte per definition bättre än det andra, det hela handlar om tycke. Om de båda systemen egentligen bryts ned handlar båda två om att domarna tolkar och applicerar gällande rätt på ett enskilt fall när de ska fatta ett beslut. Därför går inte frågan att besvara. Respektive system verkar vara det mest effektiva för den stat det verkar i. I slutändan fungerar uppenbarligen båda systemen.

Allt annat blir endast en teoretisk diskussion eftersom att argumentera för vilket system som tillhandahåller individuella rättigheter mest effektivt inte resulterar i särskilt mycket, förutom förståelse och inspiration. Det går nämligen inte att enbart ta systemet ur sin rättsstatliga kontext utan att behöva beakta de konstitutionella förutsättningarna, dess historiska bakgrund med mera. Den enda gång det egentligen hade gett något utslag hade varit om en helt ny stat skulle introduceras utan någon form av tradition.

I den svenska kontexten, med en välfungerande demokrati och med ett fullgott skydd för individuella rättigheter, kanske det inte spelar så stor roll om mer lagstiftande makt ska ligga hos domstolen. Kanske behöver konfrontation av den traditionella domarkulturen inte ske. Samtidigt har landet erhållit kritik för avsaknaden av det generella diskrimineringskyddet. Att sätta in detta faktum tillsammans med landets rädsla för att inte nå upp till internationella dokument innebär kanske att en förändring är påkallad.

Vilken roll ska då den svenska domstolen ha? Viss inspiration går att inhämta från det amerikanska systemet. Lagrättsprövningsrätten bör inte vara helt frikopplad från politiken. Domstolen bör samtidigt inte vara underordnad folkviljan på ett statiskt sätt. Domstolen kan nämligen skydda grundläggande fri- och rättigheter. I Sverige skulle dock normgivning genom

praxis ha uppenbara begränsningar då avgörandena ges inom ramen för prövningen av ett enskilt fall. Det är därmed svårt att bedöma effekterna utanför det enskilda fallet. Lagstiftning genom praxis saknar den kontroll som erhålls genom det ordinära lagstiftningsförfarandet. I detta ligger att rättighetsskyddet borde vara så pass starkt att enskildas rättigheter inte enkelt kan åsidosättas. För bäst effekt borde skyddet för efterlevandet av dessa rättigheter ligga hos en politiskt fristående domstol som fyller ut de luckor lagstiftaren lämnat, och därutöver även kontrollerar och tillvaratar dessa. Prejudikatbildning kommer inte kunna ersätta lagstiftning, vilket kan vara anledningen till att det generella diskrimineringsförbudet inte antagits i svensk rätt.

Om inspiration hade inhämtats från USA och alltmer lagstiftande makt ålegat den svenska domstolen hade antagligen den praktiska skillnaden i rättstillämpningen inte blivit så stor. Den svenska ordningen ligger så djupt rotad att bestämmelserna förmodligen hade utvecklats på samma sätt som när lagstiftaren var ensam i lagstiftningsmandatet. Den starkt förankrade svenska representativa demokratin kommer inte per automatik att urholkas bara för att Högsta domstolen blivit mer aktiv i rättsskapandet.

Detta är den tradition som fungerar bäst i Sverige. En annan lösning är svår att tänka sig utifrån den konstitutionella djupa svenska traditionen. På så sätt premieras förutsebarhet och stabilitet. Att säga hur framtiden ser ut är svårt, kanske internationaliseringen medför en helt annan ordning som sätter den svenska traditionen ur spel. Europeiseringen har ju medfört små förändringar i åtminstone synsättet. Det är dock inget märkligt eftersom att stå still i rättsutvecklingen egentligen är att gå bakåt.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Barak, Aharon: *Proportionality – Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press 2012

[Citeras: Barak (2012)]

Bengtsson, Bertil: *Om domstolarnas lagprövning*, Svensk Juristtidning 1987 s. 229–247

[Citeras: Bengtsson (1987)]

Bogdan, Michael: *Concise Introduction to Comparative Law*, Europa Law Publishing 2013

[Citeras: Bogdan (2013)]

Bull, Thomas: *Om domstolarnas roll i demokratin – fågel fisk eller mittemellan? Del II*, Juridisk tidskrift 2000/01 s. 26–47

[Citeras: Bull 00/01]

Calabresi G. Steven: *Does the fourteenth amendment guarantee equal justice for all?* Harvard Journal of Law & Public Policy (Vol. 34 no. 1)

[Citeras: Calabresi (2011)]

Derlén Mattias och Lindholm Johan: *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? – En empirisk granskning av Högsta domstolen*, Svensk Juristtidning 2016 s. 143–158

[Citeras: Derlén och Lindholm (2016)]

Derlén, Mattias m.fl.: *Konstitutionell rätt*, Wolters Kluwer Sverige 2016

[Citeras: Derlén m.fl. (2016)]

Fura, Elisabet: *En offensiv Högsta domstol – En kommentar*, Svensk Juristtidning 2014 s. 101–104

[Citeras: Fura (2014)]

Gerards, Janneke och Fleuren Joseph: *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgements of the ECtHR in national case-law – A comparative analysis*, Intersentia 2014

[Citeras: Gerards och Fleuren (2014)]

Heinebäck, Bo: *USA:s Högsta Domstol och dess politiska roll*, Svensk Juristtidning 1972 s. 749–765

[Citeras: Heinebäck (1972)]

Jonsson Cornell, Anna: *Komparativ konstitutionell rätt*, andra upplagan, Iustus 2015

[Citeras: Jonsson Cornell (2015)]

Josefsson, Carl: *Domstolarna och demokratin – Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida*, Svensk Juristtidning 2015 s. 40–71

[Citeras: Josefsson (2015)]

Kleineman, Jan: *Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism*, Juridisk tidskrift 2014/15 s. 495–527

[Citeras: Kleineman (14/15)]

Kmiec, Keenan D.: *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review volym 92:1441 (2004)

[Citeras: Kmiec (2004)]

Lindblom, Per Henrik: *Mauro Cappelletti*, Svensk Juristtidning 1990 s. 566–577

[Citeras: Lindblom (1990)]

Nelson E. William: *The Fourteenth Amendment – From Political Principle to Judicial Doctrine*, Harvard University Press 1988

[Citeras: Nelson (1988)]

Nergelius, Joakim: *Constitutional Law in Sweden*, Wolters Kluwer 2011

[Citeras: Nergelius (2011)]

Nergelius, Joakim: *Domare på vift?* Svensk Juristtidning 2015 s. 85–91

[Citeras: Nergelius (2015)]

Nergelius, Joakim: *Domstolar och demokrati – Är det dags för maktindelning?* Svensk Juristtidning 2000 s. 545–557

[Citeras: Nergelius (2000)]

Nergelius, Joakim: *Komparativ statsrätt*, nionde upplagan, Studentlitteratur 2018

[Citeras: Nergelius nionde upplagan (2018)]

Nergelius, Joakim: *Konstitutionellt rättighetskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Gotab; Fritze 1996

[Citeras: Nergelius (1996)]

Nergelius, Joakim: *Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag*, Svensk Juristtidning 1996 s. 835–871

[Citeras: Nergelius Svensk Juristtidning (1996)]

Nergelius, Joakim: *Stärkta men inte starka – Om svenska domstolars svaga konstitutionella ställning*, Timbro 2011

[Citeras: Nergelius Timbro (2011)]

Nergelius, Joakim: *Svensk statsrätt*, fjärde upplagan, Studentlitteratur 2018

[Citeras: Nergelius (2018)]



Nääv Maria och Zamboni Mauro: *Juridisk metodlära*, andra upplagan, Studentlitteratur 2018  
[Citeras: Nääv och Zamboni (2018)]

Schauer, Frederick: *Thinking like a lawyer – A new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press 2012  
[Citeras: Schauer (2012)]

Sunnqvist Martin: *Konstitutionellt kritiskt dömande – Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*, andra upplagan, Institutet för rättshistorisk forskning 2014  
[Citeras: Sunnqvist (2014)]

Tushnet, Mark: *Weak courts, strong rights – Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University Press 2008  
[Citeras: Tushnet (2008)]

Wersäll, Fredrik: *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, Svensk Juristtidning 2014 s. 1–8  
[Citeras: Wersäll (2014)]

Wiklund, Ola: *Juridisk nationalism och lagprövning – hinder för gemenskapsrättens genomslag i svensk rätt*, Svensk Juristtidning 2007 s. 910–926  
[Citeras: Wiklund (2007)]

Wiklund, Ola: *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – Löper domstolen amok?* Svensk Juristtidning 2014 s. 335–347  
[Citeras: Wiklund (2014)]

Wolfe, Christopher: *The Rise of Modern Judicial Review*, Basic Books 1986  
[Citeras: Wolfe (1986)]

## Offentligt tryck

### Utredningsbetänkanden

- |              |   |
|--------------|---|
| SOU 1991:106 | <i>Domstolarna inför 2000-talet: arbetsuppgifter och förfaranderegler</i>   |
| SOU 1994:99  | <i>Domaren i Sverige inför framtiden</i>  |
| SOU 1999:76  | Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Kjell Å. Modéer: <i>Vem regerar i rättens rike? Maktindelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv</i> |
| SOU 1999:76  | Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Nergelius, Joakim: <i>Grundlagsmodeller och maktindelning</i>  |
| SOU 1999:76  | Demokratiutredningens forskarvolym 1; Larsson, Torbjörn: <i>Hur har det svenska EU-medlemskapet påverkat maktindelningen mellan regering och riksdag?</i>       |

SOU 1999:76	Demokratiutredningens forskarvolym 1; närmre Nygren, Rolf: <i>Mellan rätt och politik – En rättshistorisk betraktelse</i>
SOU 2000:99	<i>Domarutnämningar och domstolsledning – frågor om utnämning av högre domare och domstolschefens roll</i>
SOU 2003:102	<i>En öppen domarrekrutering</i>
SOU 2008:125	<i>En reformerad grundlag – Del 1</i>
SOU 2016:87	<i>Bättre skydd mot diskriminering</i>

## **Propositioner**

Prop. 1973:90	<i>Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.</i>
Prop. 1975/76:209	<i>Om ändring i regeringsformen</i>
Prop. 1978/79: 195	<i>Om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.</i>
Prop. 1988/89:78	<i>Om högsta domstolen och rättsbildningen</i>
Prop. 2007/08:95	<i>Ett starkare skydd mot diskriminering</i>

## **Elektroniskt**

Duncan, Richard F.: Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. The Living Constitution, University of Nebraska – Lincoln (2016). Hämtad den 23 december 2019 från: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=lawfacpub>  
[Citeras: Duncan (2016)]

Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 1 kap. 1 §. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo

Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 3 §. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo.

Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 6 §. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo

Isberg, Magnus och Eliason, Marianne: kommentar – regeringsformen (1974:152) 11 kap. 14 §. Hämtad den 18 oktober 2019 från Zeteo

Herzfeld Olsson Petra: Nordiskt nyhetsbrev EU & arbetsrätt, Nytt diskrimineringsförbud anses för vagt. Hämtas den hämtad 17 september 2019 från: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/00-3/01left.asp>

Hufvudstadsbladets om Högsta domstolen i USA. Hämtad den 11 december 2019 från:  
<https://www.hbl.fi/tagg/hogsta-domstolen-i-usa/>

Supreme Court of The United States, The court and Constitutional Interpretation. Hämtad den 25 september 2019 från: <https://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>

Sveriges riksdag, motion 2001/02:U205. Hämtad den 17 september 2019 från:  
[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/motion/uteblivet-svenskt-undertecknande-av\\_GP02U205](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/motion/uteblivet-svenskt-undertecknande-av_GP02U205)

Sveriges riksdag, svar på skriftlig fråga 2005/06:1552. Hämtad den 17 september 2019 från:  
[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svar-pa-skriftlig-fraga/europakonventionens-skydd-mot-diskriminering\\_GT121552](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svar-pa-skriftlig-fraga/europakonventionens-skydd-mot-diskriminering_GT121552)

# Rättsfallsförteckning

## Svenska rättsfall

NJA 1964 s. 471

Avd. 6 dom nr DB 48 i mål nr B 13/96

RÅ 1996 ref 40, 44, 50 och 56 respektive 57

NJA 2012 s. 535

## Europeiska rättsfall

Spjöring och Lönnroth mot Sverige, nr 7151/75; 7152/75, dom meddelad den 23 september 1982

## Amerikanska rättsfall

Marbury v. Madison 5 U.S. 137, avgjord den 24 februari 1803

McCulloch v. Maryland 17 U.S. 316, avgjord den 5–6 mars 1819