Domstolar och demokrati — Är det dags för maktdelning?

Av docent JOAKIM NERGELIUS

1. Inledning*

Jag vill först och främst säga att jag uppskattar inbjudan att hålla tal vid Svensk Juristtidnings årsmöte i mycket hög grad. Detta beror inte bara på tidningens status i juristvärlden eller på att ämnet ligger nära till hands då jag sedan länge varit vidtalad att för tidningens räkning skriva en recension, vilken tyvärr tagit lång tid på sig att bli färdig, av Barry Holmströms uppmärksammade och jämfört med mina egna studier i ämnet mer lagprövningsfientliga Domstolar och demokrati från 1998,[1] utan fastmer på att flera av de tidigaste artiklar jag skrivit i ämnet, vilka nog väckte en del förargelse inte minst på domarhåll men samtidigt bidrog till att aktivera debatten kring dessa frågor, publicerades just i Svensk Juristtidning under 1996–97.[2]

Därtill kommer emellertid att ämnet sedan dess endast tycks ha ökat i betydelse. Inte minst om man tittar tillbaka på det klimat som rådde i svensk juridik så sent som för tre-fyra år sedan så måste man tala om något av ett paradigmskifte. Jag skulle vilja gå så långt som att påstå att för fem år sedan hade det varit otänkbart att dagens ämne hade kunnat vara föremål för en angenäm sammankomst av detta slag och i denna krets. I dag kan vi i alla fall ha en seriös diskussion kring dessa frågor, även om det väl i och för sig är troligt att flertalet av de glädjande många höga domare som hörsammat inbjudan till denna diskussion alltjämt finner en del av det jag har att säga besvärande provokativt.

Det finns hursomhelst skäl att reflektera över den snabba händelseutvecklingen på det konstitutionella området under de allra senaste åren. 1996, när min avhandling Konstitutionellt rättighetsskydd utkom, tycktes inte intresset för konstitutionella frågor vara överdrivet stort bland svenska jurister. Det var dock just det året som HD för första gången fann att en regeringsförordning stred mot en överordnad

* Artikeln återger ett föredrag hållet vid föreningen Svensk Juristtidnings årsmöte den 11 april 2000. För värdefulla synpunkter under efterföljande diskussion, inte minst rörande svenska domares egen inställning till de frågor som berörs i artikeln, vill jag tacka Gunnar Björne, Torkel Gregow, Torgny Håstad, Stig Strömholm och Bertil Wennergren.

[1] Recensionen är nu dock slutförd och kommer att publiceras i något följande nr av SvJT.

[2] Jag syftar här på artiklarna Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig tolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag, SvJT 1996 s. 835–870, Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet — några reflexioner kring de senaste årens debatt och praxis, SvJT 1997 s. 426–457 samt Problemet lagrådet — oberoende granskningsinstans eller regeringens förlängda arm?, SvJT 1997 s. 562–572.

norm, i detta fall Regeringsformen.[3] Samma år inträffade det för första gången att en dom där en lag befanns vara grundlagsstridig vann laga kraft.[4] Det var också 1996 som Regeringsrätten för första gången fann att en lag stred mot en EG-rättslig regel[5] och även i några uppmärksammade mål tillämpade från Europarätten hämtade principer som proportionalitetsprincipen och förbudet mot retroaktiv lagstiftning på ett för utgången i respektive mål avgörande sätt.[6] I Lassagårdsmålet från 1997 åsidosattes rentav en svensk lag, lagen om allmänna förvaltningsdomstolar och dess på det förvaltningsrättsliga området centrala bestämmelse om fullföljdsförbud mot förvaltningsbeslut då lagstöd därom saknas, därför att denna stred mot EG-rättens *allmänna rättsprinciper*.[7] 1998 och 1999 innehöll kanske inte fullt så många intressanta normprövningsavgöranden,[8] men däremot desto tydligare exempel på att även politiskt känsliga frågor nu kunde avgöras slutligt av domstolar. Detta gäller givetvis Barsebäcksmålet,[9] men också exempelvis diskussionerna kring den svenska alkoholpolitiken, där det får beskrivas som överraskande att det nu tycks fullkomligt vedertaget, även bland ledande politiker, att denna fråga, i händelse av bestående oenighet mellan Sverige och EG-kommissionen, kan komma att avgöras av EG-domstolen.

Av särskilt intresse i detta sammanhang är kanske dock att det just de allra senaste månaderna från flera olika håll har kastats nytt bränsle på den konstitutionella brasan. Högsta domstolen har själv i hög grad bidragit till denna utveckling genom att i ett beslut den 15 mars i år, i målet Ö 1867-99, Staten / Ann-Mari Falk, finna att en retroaktiv tillämpning av den s.k. Skattebetalningslagen från 1997 skulle kunna strida mot (det egentligen ganska urholkade) förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning i Regeringsformen (RF) 2 kap. 10 § st. 2. Detta var första gången någonsin som någon av de högsta instanserna fann att en svensk lag var eller i sin tillämpning kunde bli grundlagsstridig, ehuru beslutet kom i form av en tolkningsanvisning till Lunds tingsrätt (jfr Rättegångsbalken 56 kap. 13 §) om hur det ifrågavarande lagrummet borde tolkas och tillämpas.[10] HD:s ordförande har också i en artikel i Dagens Nyheter den 26 mars argumenterat för en stärkt ställning för domstolarna, innefattande bland annat en utvidgad lagprövningsrätt. Demokratiutredningen föreslog i sitt slutbetänkande En

[3] Se NJA 1996 s. 370.
[4] Detta gällde den frikännande domen i april 1996 från Hovrätten för Västra Sverige (avd. 6 dom nr DB 48 i mål nr B 13/96) i de s.k. uniformsförbudsmålen.
[5] Detta inträffade i målet RÅ 1996 ref. 50, Upplands Buss, där 7 kap. 2 § i lagen om offentlig upphandling befanns strida mot ett EG-direktiv, möjligen främst till följd av en felöversättning.
[6] Se målen RÅ 1996 ref. 40, 44 och 56 resp. 57 (Klippans finpappersbruk, betr. retroaktivitetsförbudet).
[7] RÅ 1997 ref. 65.
[8] För en aktuell översikt, se Nergelius, Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt, Stockholm 2000, särskilt kap. 4–5.
[9] Regeringsrättens dom i målet har beteckningen RÅ 1999 ref. 76.
[10] Målet kommenteras av mig i Juridisk Tidskrift, JT 1999–00 s. 907–910.

uthållig demokrati,[11] såvitt jag vet som första statliga utredning någonsin, att domstolarnas lagprövningsrätt bör utvidgas och att det s.k. uppenbarhetsrekvisitet i RF 11 kap. 14 § skall tas bort. Konstitutionsutskottet anordnade den 23 mars en särskild utfrågning med inbjudna experter på temat Skall makten delas?[12] Därtill kommer så existensen av några livaktiga konstitutionella forskningsprojekt i regi av CityUniversitet och SNS samt det glädjande förhållandet att denna övning är så påfallande välbesökt.

2. Bakgrund

Innan jag går närmare in på denna utveckling, dess bakgrund och rättspolitiska samt konstitutionella implikationer, så skulle jag vilja beröra ett närbesläktat ämne som dock mera sällan behandlats i mina eller andras artiklar på området, nämligen varför flertalet svenska domare är så markant negativa till denna utveckling i riktning mot ökad maktdelning och på sikt en stärkt ställning för domstolsväsendet i det svenska statskicket. Åtminstone är det min bestämda uppfattning att så är fallet och få jurister tycks, när frågan tas upp till diskussion, egentligen ha en avvikande uppfattning. (Däremot tycks flera andra debattörer, däribland Dagens Nyheters förre chefredaktör Svante Nycander, mena att juristerna stormar fram på bred front och vill roffa åt sig mer makt och inflytande, men jag menar att denna bild[13] är felaktig och inte korrekt återger stämningarna inom juristvärlden, där i synnerhet de ledande domstolarnas ovilja att bejaka en samhällsutveckling som ger dem ökat inflytande är mer iögonfallande.)

Om vi då som en utgångspunkt antar att domstolarnas makt (jag återkommer nedan till hur det uttrycket bör uppfattas i detta sammanhang) verkligen har ökat under de senaste åren och att detta till stor del beror på europarättens insteg och ökade inflytande i svensk rätt, så innebär detta inte minst den förändringen att det sedan den 1 januari 1995, till skillnad från tidigare, finns tre i förhållande till svensk lagstiftning överordnade normsystem, i relation till vilka de svenska lagarnas giltighet måste prövas, nämligen förutom grundlagarna även EG-rätten och Europakonventionen om mänskliga rättigheter.[14] Detta innebär bland annat att normkonflikter i framtiden lär komma att inträffa betydligt oftare än förut och att det blir mer legitimt än det tidigare varit att inför domstolarna, i olika slags mål, göra gällande olika former av konstitutionella argument.[15] Detta tycks emel-

[11] SOU 2000:1 (millenniets första SOU, således).
[12] Här kan också nämnas att tidningen Från Riksdag och Departement i år ägnat maktdelningsfrågorna ett särskilt temanummer (nr 2/2000).
[13] Här kan även hänvisas till ett temanummer av tidskriften TLM 4/1999, betitlat Politik är granne med juridik.
[14] Jag bortser här från de speciella problemen kring införlivandet av Europakonventionen och dess till viss del oklara ställning i svensk rätt; se här senast Nergelius, Förvaltningsprocess… s. 45 ff.
[15] Vilket f.ö. var min huvudpoäng i den tidigare nämnda artikeln Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet i SvJT 1997.

lertid inte vara ett perspektiv som fyller majoriteten av svenska domare med glädje och spänning inför en intressant framtid; snarare tycks många av dem betrakta utvecklingen med viss olust.[16] Hur kommer då detta sig?

Vill man göra det lätt för sig kan man givetvis beskriva det hela som först och främst en generationsfråga. Den domargeneration som alltjämt kraftigt dominerar besättningarna i de båda högsta instanserna är teoretiskt starkt influerad av det Hägerströmska, värdenihilistiska arvet och den skandinaviska rättsrealismen, som länge präglade juristutbildningen. Dagens studenter tar däremot i högre grad intryck av EG-rätten och en europeisk rättstradition som bygger på andra teoretiska grundvalar. (Som ett slags illustration till det sagda kan nämnas att jag varit i Svea hovrätts vackra lokaler, där denna sammankomst äger rum, en gång tidigare, nämligen 1987 när jag som student deltog i tävlingen om det Sporrong-Lönnrothska priset (praktisk Europaprocess)). Därtill kommer att Europarätten som sådan bidrar till och ökar behovet av ett nytt konstitutionellt synsätt, där bland annat domstolarnas stärkta ställning är en viktig del. Ännu tycks dock inte domstolarna fullt ut vilja bejaka detta, vilket bland annat visas av HD:s dom i det s.k. Data Delecta-målet från 1996.[17] HD hade där begärt ett förhandsbesked från EG-domstolen, men följde sedan inte detta (vilket hade inneburit ett åsidosättande av en svensk lag) utan upprätthöll, på eget bevåg och i strid med EG-rättens regler,[18] den svenska lagen, med motiveringen att tvisten gällde ett rättsförhållande som inträtt innan Sverige blev medlem av EU. (Målet gällde skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnad.) Något egentligt skäl att handla på det sättet fanns inte (underinstanserna hade t.ex. kommit till ett annat slut) och utgången var dessutom oskälig mot sökanden. Läsaren får av domen faktiskt ett intryck av att HD medvetet försökte undvika att ge EG-rätten full genomslagskraft.

[16] Exemplen på en sådan hållning är talrika både i praxis och i den rättspolitiska debatten under senare år. Förutom till justitierådets Lind artikel Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, i JT 1996–97 s. 352–370, kan hänvisas till den gentemot maktdelning skeptiska hållning som hovrättspresidenten Bo Broomé gav uttryck för vid den nämnda KU-utfrågningen den 23 mars (nu återgiven i KU 1999/00:12) samt de uppfattningar som kom till uttryck vid det av Svensk Juristtidning understödda symposiet om Lagstiftaren i en internationaliserad värld på Häringe slott den 18–19 november 1999, vilka fästs på pränt i SvJT 2000 s. 206 ff. I de diskussioner som fördes vid detta symposium var det ganska slående, att medan rättsvetenskapens företrädare som ofta var splittrade i synen på internationaliseringens faror och förtjänster och närvarande ämbetsmän faktiskt var påfallande positiva eller i vart fall nyanserade (se t.ex. Göran Lambertz och Fredrik Wersäll i SvJT s. 236 ff. resp. 250 ff.), så gav i synnerhet närvarande domare uttryck för oro över exempelvis en sådan möjlighet som att lagförarbetena framöver kan komma att minska i betydelse. Denna intressanta rättspolitiska aspekt tycks ha förbisetts av Torbjörn Andersson i dennes annars mycket utförliga referat av symposiet i SvJT s. 206–217.

[17] NJA 1996 s. 668.

[18] Vilket EG-domstolen själv påpekade i en efterföljande dom, C-122/96, Saldanha and MTS Securities v. Hiross Holding, European Court Reports 1997 I s. 5325.

Till generationsfrågan hör också en annan aspekt, nämligen att så många av domarna i de högsta instanserna haft en stor del av sin yrkesverksamma gärning förlagd till Regeringskansliet, i något av de många departementen. Jag vill inte upprepa i sammanhanget måhända något nötta argument om hur stor del av domarna i HD som har en bakgrund i Regeringskansliet,[19] men det kan väl knappast råda någon tvekan om att karriärvägar för blivande ledamöter av de högsta instanserna har en viss betydelse för hur de rättspolitiska aspekterna i rättslivet betonas och uppfattas av framträdande jurister och att det, åtminstone fram till nu, knappast gått att göra karriär inom departements- och domstolsvärlden genom att diskutera konstitutionella frågor och exempelvis ständigt betona att den enskildes skydd gentemot statsmakten är alldeles för svagt. Denna mer sociologiska aspekt av problematiken bör inte förbises i detta sammanhang.

Därtill kommer så vad jag skulle vilja kalla en svag konstitutionell tradition i Sverige överhuvudtaget. Fredrik Sterzel har härvidlag träffande talat om ”det författningslösa halvseklet” för att beteckna den period, från demokratins genombrott vid 1920-talets början till den nya Regeringsformens antagande 1974, då Sverige faktiskt medvetet styrdes i strid med den gamla regeringsformens stadganden, innefattande exempelvis att ”Konungen äger att allenast styra riket”.[20] Självklart har detta förhållande bidragit till att sänka den juridiska respekten även för den nya grundlagen, i stället för att bland riksdagsmän, domare och allmänhet inskärpa vikten av att de av riksdagen stiftade lagarna eller de av regeringen fattade besluten stämmer överens med denna överordnade text och håller sig inom dess ramar. De speciella förhållandena kring demokratins genomförande i Sverige har också lett till en demokratitradition och en uppfattning om demokratin som ett begrepp, där demokrati en aning ohistoriskt eller åtminstone ensidigt helt och hållet kommit att likställas med parlamentarism och majoritetsstyre, medan maktdelning och minoritetsskydd tidigt under 1900-talet blev politiskt anatema. Detta förhållande har givetvis även påverkat domstolarnas hållning. Det är min gissning att majoriteten av ledamöterna i de båda högsta instanserna alltjämt, trots alla nyheter i rättslivet under senare år, spontant känner ett slags obehag inför tanken att överpröva eller rentav åsidosätta av riksdagen stiftade lagar; de anser inte att detta är deras naturliga uppgift, inte bara för att de saknar vana utan också för att det strider mot deras demokratisyn och självuppfattning.

Slutligen går det inte att komma runt att 1974 års Regeringsform som sådan innebär betydande restriktioner för utövandet av lagpröv-

[19] Siffror härom (vilka torde vara något inaktuella men dock visade att Regeringskansliet var den i särklass viktigaste rekryteringsbasen för de högsta instanserna) presenterades senast av Jan Mikael Bexhed i artikeln Rättstillämpning i stället för maktutövning, i Rättsfall att minnas — Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1997 s. 451 ff.

[20] Se Sterzel, Författning i utveckling, Stockholm 1998 s. 14 ff.

ningsrätten, framförallt genom införandet 1979 av det s.k. uppenbarhetskravet i 11 kap. 14 §. Detta begränsar onekligen domstolarnas handlingsfrihet på området ganska kraftigt. Ändå måste det vara möjligt att i doktrinen föra en kritisk diskussion om innebörden av detta rekvisit och inte minst av det för utvecklingen i praxis säkerligen vägledande motivuttalande från Konstitutionsutskottet[21] enligt vilket riksdagens tillämpning av ett visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga. Som jag tidigare konstaterat[22] är det egentligen en ganska märklig tanke att riksdagen i kraft av sitt grundlagstiftningsmonopol också skulle vara särskilt väl skickad att avgöra en bestämmelses grundlagsenlighet; här förväxlas tydligtvis rättslig behörighet att stifta grundlag med faktisk juridisk förmåga att pröva lagars grundlagsenlighet. Vidare får det konstateras att domstolarnas möjlighet att åsidosätta lagar åtminstone på grund av innehållsmässig, materiell grundlagsstridighet här framstår som starkt beskurna, för att inte säga minimala. Först om det skulle vara fullkomligt omöjligt för en domstol att tolka en bestämmelse som förenlig med grundlagen så skulle domstolen kunna åsidosätta bestämmelsen, medan detta således inte skulle vara möjligt om bestämmelsen av allt att döma, med tillämpning av normala tolkningsregler, framstår som oförenlig med någon grundlagsregel. Är detta verkligen rimligt?

Jag kan i detta sammanhang nämna att jag för ett drygt år sedan stötte samman med ett pensionerat regeringsråd som berättade att han tjänstgjort i Konstitutionsutskottet vid den tidpunkt då lagprövningsregeln infördes och det nämnda uttalandet formulerades samt att han av just den anledningen uppskattade den kritik mot uttalandet som jag tidigare framfört, eftersom han redan då han deltog i detta arbete ansåg att KU:s uttalande var juridisk gallimatias och därför undrat hur länge det skulle dröja innan någon i doktrinen sköt det i sank! Det måste dessutom framhållas att svenska domstolar inte kan upprätthålla något uppenbarhetskrav i händelse av konflikt mellan en svensk lag och EG-rättsliga regler.[23] HD:s ovannämnda, nyligen meddelade beslut om retroaktiv skattelag antyder dessutom enligt min mening en möjlighet att något släppa på de hårda krav för tillämpning av RF 11:14 som hittills upprätthållits i praxis.[24] I framtiden måste

[21] KU 1978/79:39 s. 13.
[22] Se Konstitutionellt rättighetsskydd s. 669 f.
[23] Något som exempelvis framgår mycket tydligt av Regeringsrättens ovan vid not 7 nämnda dom i Lassagård, RÅ 1997 ref. 65.
[24] De lege ferenda är det väl dessutom möjligt, som jag framhållit tidigare i denna tidning (bl.a. 1998 på s. 270 f.), att önska sig en något klarare rättslig och konstitutionell reglering av förhållandet mellan lagrådsgranskning och efterföljande lagprövning i domstol. Skall båda företeelserna bevaras i nuvarande form och skall lagrådsgranskningen då i praktiken vara bindande för den efterföljande domstolsprövningen (trots att EG-domstolen nu i ett fall, C-118/96, Jessica Safir, ECR 1998 I s. 1897, funnit att en lag som godkänts av lagrådet strider mot EG-rätten), eller skall normkontrollen stärkas i det ena ledet, varefter betydelsen av det andra tonas

det enligt min mening vara möjligt att föra en något mer förutsättningslös diskussion än hittills om vad ”uppenbart” egentligen innebär; betyder det att överträdelsen gentemot den överordnade bestämmelsen måste vara väldigt grov från normgivarens sida, eller räcker det om den bristande överensstämmelsen är väldigt tydlig, exempelvis om en viss lag inte är förenlig med grundlagens ordalydelse?[25]

3. Vad är maktdelning?

Till allt detta kommer emellertid en annan aspekt som kanske bör framhållas mer än vad som hittills skett, nämligen att det för flertalet svenska domare tycks vara olustigt att ens höra talas om och behöva ta ställning till termen maktdelning, i fall detta innebär att de skall förutsättas utöva någon (politisk) makt i reell mening. Detta ser få domare som sin naturliga uppgift, varför de måhända redan av detta skäl tenderar att rygga tillbaka inför själva maktdelningsdiskussionen som sådan. Rent terminologiskt tycks de här ha visst fog för sin uppfattning; ända sedan 1974 års RF infördes har det varit vanligt inom doktrinen att betona att den nya grundlagen bygger på ”funktionsfördelning” i stället för på traditionell maktdelning och denna semantiska innovation i konstitutionella sammanhang begagnas även i grundläggande läroböcker i statsrätt.[26] Tanken är väl då närmast att domstolarnas och myndigheternas självständighet garanteras genom bestämmelser i RF 11 kap., samtidigt som det redan framgår av portalparagrafen i RF 1:1 st. 1 att domstolarna saknar och helt enkelt inte kan utöva politisk makt. Domstolsjuristernas skepsis inför den delvis nya och annorlunda konstitutionella diskussion som

ner? Få konstitutionella frågor torde inför framtiden vara angelägnare att bringa klarhet i.

[25] Ett mål som i så fall borde vara intressant från lagprövningssynpunkt är den långvariga tvisten om inomkommunal skatteutjämning. HD fann i november 1998 att Vellinge kommun saknade rätt att få sin talan om den ifrågavarande lagstiftningens grundlagsenlighet prövad vid allmän domstol (NJA 1998 s. 656 (II)), varefter Vellinge tillsammans med tre andra berörda kommuner ansökte om resning mot regeringsbeslutet om utdebitering av skatt i RegR. Den materiella bakgrunden var här att det system som riksdagen beslutat innebär en ren transferering mellan olika kommuner och därför stred mot stadgandet i RF 1:7 st. 2 om att kommuner får ta ut skatt ”för skötseln av sina uppgifter”. Om detta argument hade godtagits måste konstateras att grundlagsstridigheten var uppenbar i bemärkelsen tydlig, vilket också lagrådet hade funnit i ett yttrande i maj 1995. RegR valde dock i sitt beslut i maj 2000 (mål 4802-4811/99) att konstatera att det inte förelåg någon uppenbar grundlagsstridighet, ett slut som enligt min mening uppnåddes genom att alltför stor, närmast orimlig vikt fästes vid motivuttalanden från 1973. I doktrinen har närmast total enighet hittills rått om att motivuttalanden bör begagnas sparsamt vid grundlagstolkning (se bl.a. Nergelius i SvJT 1996 s. 835 ff. samt i Konstitutionellt rättighetsskydd s. 678 ff. med vidare hänvisningar), medan frågan om den närmare innebörden av RF 1:7 st. 2 varit föremål för många skilda uttolkningar, men RegR valde att avstå från en egen tolkning och att helt bortse från allt som skrivits i doktrinen, för att i stället beakta tämligen bedagade motivuttalanden, vilka exempelvis skrivits innan ett flertal utredningar befattat sig med frågan. Detta måste beskrivas som ganska anmärkningsvärt och otillfredsställande.

[26] Se t.ex. Håkan Strömberg, Sveriges författning, 16:e uppl. 1999 s. 72 ff.

vuxit fram under senare år, i europeiseringens spår, är således väl fotad i en svensk konstitutionell tradition.[27]

Det är dock nödvändigt, för den forsatta framställningen och för en någorlunda klar syn på frågeställningen i ett samtida, svenskt perspektiv, att nyansera eller vidga perspektivet något. För det första är det angeläget att ha klart för sig varför diskussionen om maktdelning och lagprövning plötslig blivit så livlig: Detta beror mer än något annat, om vi söker en konkret juridisk förklaring, på att Europarättens nya roll vänt upp och ner på traditionella svenska statsrättsliga perspektiv, men också på tendenser som tycks vara gemensamma för flertalet västerländska demokratier, som minskad tilltro till de politiska organen, ökad risk för maktmissbruk och därmed ökat kontrollbehov samt en allmän tendens i samhällslivet att starkare än tidigare betona enskildas rättigheter (varav följer ett ökat behov av att skydda dessa på rättslig väg); de senaste årens debatt om tidigare tvångssteriliseringar är här ett tydligt svenskt exempel. Jag har behandlat denna bakgrund till den aktuella problematiken i flera tidigare artiklar[28] och skall inte uppehålla mig närmare vid denna fråga här, men vill ändå framhålla att ämnet inte plötsligt blivit ”hett” eller hamnat på den ideologiska och konstitutionella agendan enbart eller främst på grund av enskilda forskares ihärdighet — sådant genomslag kan ingen rättsvetenskapsman hoppas på — eller till följd av någon nyliberal sammansvärjning, som vissa skribenter och debattörer tycks tro,[29] utan fastmer till följd av den allmänna samhällsutvecklingen.

Framförallt skulle jag dock i detta sammanhang vilja säga något om vad termen makt i ordet maktdelning i dag rimligen kan sägas betyda.[30] Om inte annat så förhindrar oss som jag ser det ett rent idéhistoriskt pietet att helt överge termen maktdelning, eftersom detta skulle

[27] Detta framhålls också av en av de statsvetare som under senare år gått till storms mot det ökade intresset för maktdelning från juristers och statsvetares sida, nämligen Rune Premfors (en annan av traditionalisterna på området är givetvis den inledningsvis nämnde Barry Holmström). Premfors uttrycker sig i sin nya bok Den starka demokratin (Stockholm 2000), där han förespråkar just en ”stark” demokrati i form av en ganska ohejdad majoritets- och politikermakt, på följande vis (i kap. 8, betitlat Stark demokrati på svenska, på s. 227): ”Maktdelningens pris är alltså, i det starka perspektivet, ännu ett flagrant tummande på den demokratiska principen om politisk jämlikhet. Ingen utövare av offentlig makt kan ju enligt den starka synen tillåtas vara oberoende av demos. Kloka jurister inser förstås detta. Frågan är snarare hur man skall hantera sin potentiella makt”. Alla jurister som förespråkar något slags maktdelning skulle med andra ord vara okloka, vilket väl dock får sägas vara ett ganska djärvt påstående.

[28] Se bl.a. Domstolarnas självständighet i ett komparativt och EU-perspektiv, i Politik och juridik — Grundlagen inför 2000-talet, Fakulteternas symposium för rektor Stig Strömholm, Uppsala 1999 (ehuru symposiet ägde rum i maj 1998) s. 27–36, liksom Maktdelning och politikens judikalisering, i SOU 1999:58 (Demokratiutredningens skrift Löser juridiken demokratins problem?) s. 55–84.

[29] Se förutom Premfors, a.a. även det ovan i not 13 nämnda specialnumret av TLM.

[30] För en närmare behandling av denna fråga kan hänvisas till min artikel Maktdelningsbegreppet, i N. Berggren / N. Karlson / Nergelius (utg.), Makt utan motvikt — Om demokrati och konstitutionalism, Stockholm 1999 s. 37–78.

innebära att mer än trehundra års liberal politisk och konstitutionell teori, med rötter hos John Locke och Montesquieu, vilken till yttermera visso genom de amerikanska grundlagsfäderna med James Madison i spetsen fått en oerhörd juridisk betydelse, särskilt under det senaste halvseklet då den amerikanska konstitutionella modellen kan sägas ha inlett något av ett globalt segertåg, mer eller mindre förnekades. Detta hindrar dock inte att man kan och bör föra en seriös diskussion om huruvida maktdelning i dagens svenska samtid verkligen betyder detsamma som på Lockes eller Montesquieus tid.

Här tycker jag för egen del att det är angeläget att betona att domstolarnas roll i ett system eller statsskick som i något högre grad än det nuvarande svenska präglas av maktdelning, inte är att ge sig in på den politiska arenan och utöva politisk makt i konkurrens med de valda politiska organen, såsom den amerikanska högsta domstolen kan sägas ha gjort under den s.k. *Lochnereran* från 1890–1937, cirka (vilket ledde till den kända konfrontationen mellan domstolen och president Roosevelt). Min konstitutionella grundsyn bygger i stället främst på en distinktion mellan grundlagens överordnade normer och den sedvanliga lagstiftningen. Den kände amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkin har här gjort en åtskillnad mellan samhälleliga *policies*, vilka politikerna lägger fast, och de mer grundläggande *principles* vilka återfinns i konstitutionen och vilka inte får inskränkas genom sedvanlig lagstiftning eftersom de ger uttryck för samhällets mer långsiktiga, överordnade värden. Tillfälliga riksdagsmajoriteter kan alltid känna sig frestade att träda de grundläggande rättigheterna och vägledande konstitutionella principerna för när för att uppnå kortsiktiga politiska mål, men i ett statsskick präglat av maktdelning är det de rättsliga kontrollorganens uppgift att tillse att så inte sker, vilket de alltså bland annat gör genom att kontrollera att vanlig lagstiftning inte överträder de formella och materiella gränser som grundlagen ställer upp. Detta, och varken mer eller mindre, är som jag ser det domstolarnas grundläggande konstitutionella uppgift. Med en sådan, i sak helt naturlig avgränsning torde det inte framstå som särskilt dramatiskt, ens för mycket försiktigt sinnade domare, att något lite tala och tänka i maktdelningstermer; något utövande av politisk makt i traditionell mening torde det inte bli tal om, inte ens då domstolarna avgör politiskt känsliga frågor. Snarare framskymtar här en renodling av politikernas respektive juristernas roller, i enlighet med vad Dworkin förespråkat, så att politikerna kan koncentrerar sig förutom på att stifta lag och ”styra riket” (jfr RF 1:6) främst på att formulera långsiktiga mål för samhällsutvecklingen, medan juristerna övervakar att rättsordningen respekteras och att all maktutövning sker inom grundlagens ramar. Huruvida detta sedan benämns maktdelning, funktionsfördelning eller något annat har knappast i sig någon avgörande betydelse.

4. Principiella perspektiv

Vad som emellertid är angeläget att en gång för alla slå fast inför framtiden, när väl vissa preciseringar gjorts av vilken slags maktdelning som närmast föresvävar mig, är att norm- och lagprövning, som varande ett av denna maktdelnings mest konkreta uttryck, inte i sig är någon odemokratisk företeelse. Tyvärr tycks fortfarande den uppfattningen dröja sig kvar i domstolskretsar, att en eventuell rättslig överprövning av riksdagens eller rent av regeringens rättsakter[31] i sig skulle innefatta någon slags odemokratiskt handlande. Så är emellertid, vågar jag påstå, inte fallet. Vad det hela handlar om är helt enkelt att begreppet demokrati kan tolkas och uppfattas på en mängd olika sätt, men i den svenska demokratidebatten sedan länge givits en ensidig majoritetsinriktad innebörd, helt inriktad på folksuveränitet och majoritetsstyre. Alla tankar på maktdelning har i motsvarande mån förkastats.

Härvidlag bär inte minst den svenska statsvetarkåren ett stort ansvar. Delvis hänger givetvis denna utveckling samman med vad som ovan nämnts om att 1809 års RF i praktiken helt övergavs i samband med demokratins införande, varvid demokrati på ett i internationell jämförelse mindre vanligt sätt helt kom att jämställas med parlamentarism, men ända sedan Brusewitz' och Tingstens dagar har samtidigt dessa tankar haft stark hegemoni i den teoretiska och akademiska diskussionen kring dessa frågor.[32] 1974 års RF innebar härvidlag därför inget annat än en kodifiering inte bara av konstitutionell praxis, för att använda ett i andra sammanhang missbrukat uttryck, utan också av ett rådande opinionsläge.

Det går emellertid inte att hävda något så enkelt och generellt som att ett system byggt på maktdelning i sig är mindre demokratiskt än ett statsskick som likt det svenska bygger på renodlad parlamentarism. Att uttrycka sig på det sättet är att missbruka demokratibegreppet. Andra länder har här gjort andra erfarenheter och kommit till andra slutsatser än Sverige, men vem kan i dag på allvar hävda att låt säga USA och Tyskland är mindre demokratiska stater än Sverige och Storbritannien enbart för att domstolarna i de förra staterna har mer att säga till om i samhällslivet än i de senare? På samma sätt är inte den inledningsvis nämnde Barry Holmström, en av de få statsvetare på senare år som presenterat ett vältaligt, genomtänkt och engagerat försvar för demokrati som mer eller mindre renodlat majoritetsstyre, en bättre eller mer äkta demokrat än jag, som förespråkar maktdelning och stärkt rättighetsskydd och på senare år ganska livligt förordat ett paradigmskifte i denna riktning. Om sådana föreställningar

[31] Här kan nämnas att medan lagprövning i den nya finska grundlagen (§§ 106–107) omfattas av ett uppenbarhetskrav som påminner om det svenska, så gäller inget liknande beträffande av regeringen beslutade förordningar.

[32] Helt unikt för Sverige är dock detta inte; Alf Ross hade exempelvis länge en liknande ställning i den danska demokratidebatten. Jfr Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd, kap. 3.2.4.

alltjämt skulle frodas, i juristkretsar eller på andra håll, så behöver nog diskussionen ansas och nyanseras något.

Den relevanta frågan är knappast vilket demokratibegrepp som är mer eller mindre demokratiskt, utan snarare om det i Sverige hittills dominerande, ensidigt formella demokratibegreppet behöver överges eller åtminstone kompletteras. Här tycker jag att den tidigare nämnda Demokratiutredningen gjort en ytterst värdefull och förtjänstfull insats. Utredningen utgår i sin slutrapport En uthållig demokrati — Politik för folkstyrelse på 2000-talet från och redogör för ett antal viktiga och i den samtida debatten inflytelserika demokratiteorier, varefter det slås fast att man inför det nya seklet förordar en ”deltagardemokrati med deliberativa inslag”.[33] Även de delvis nya utmaningar som internationalisering, informationsteknologins utveckling och det mångkulturella samhället ställer demokratin inför beaktas dock i den fortsatta framställningen, varefter ökad lagprövningsrätt med avskaffande av uppenbarhetskravet förs fram som en av flera lämpliga åtgärder (andra är t.ex. vidgat kommunalt självstyre och införande av meddelarfrihet även i den privata sektorn).

Vad särskilt gäller lagprövning och maktdelning, som ju är ämnet för detta anförande, så bör utifrån ett demokratiperspektiv, som komplement till vad som anförts ovan, även framhållas det ”skydd” för majoritetsstyret och folksuveräniteten som ligger i att riksdagsmajoriteten, om den skulle ogilla ett domstolsutslag där en lag åsidosätts som grundlagsstridig, alltid har möjlighet att ändra inte bara den lagen utan även grundlagen. En av de mest inflytelserika nordiska forskarna på området, norrmannen Eivind Smith, har i själva verket till stor del baserat sin teori om lagprövningens demokratiska legitimitet just på att understryka denna möjlighet till grundlagsändring, vilken så att säga alltid ger politikerna sista ordet.[34] Det bör då uppmärksammas att grundlagsändringar i Norge, det andra landet i världen och det första i Europa där lagprövning redan kring 1860 blev en rättslig realitet, kräver 2/3 majoritet av riksdagens ledamöter. Detta argument gör sig därför gällande med desto större tyngd i Sverige, där grundlagsändring enligt RF 8:15 endast kräver enkel majoritet, om än i två identiska beslut med riksdagsval emellan.[35] Genom att krav på kvalificerad majoritet helt saknas är Sverige så vitt jag kan bedöma den demokratiska stat i världen med en skriven grundlag där denna är lättast att ändra, vilket onekligen ger just detta demokratiargument extra tyngd i sammanhanget.

Vidare bör det understrykas att det definitivt inte ligger något särskilt demokratiskt värde i att Europadomstolen i Strasbourg och EG-

[33] SOU 2000:1, särskilt s. 21 ff.
[34] Se i synnerhet Høyesterett og folkestyret, Oslo 1993 s. 322, där det hävdas att lagprövning överhuvudtaget inte inkräktar på folksuveräniteten, eftersom den bara kan leda till ”forsinkelser, men ikke til absolutte barrierer mot at den herskende, politiske vilje kan settes igjennom”. Se även s. 314 och 324.
[35] Jfr till det sagda även Nergelius, konstitutionellt rättighetsskydd s. 150.

domstolen i Luxemburg har betydligt större möjligheter att pröva svenska lagars förenlighet med Europarätten, utifrån olika utgångspunkter, än vad svenska domstolar har. Tvärtom finns det i detta perspektiv uppenbara fördelar med att de svenska domstolarnas normprövningsrätt vidgas, eftersom en prövning som så att säga sker ”på hemmaplan” går snabbare och blir billigare för parterna, samtidigt som de svenska domstolarna oftast har större möjligheter att i sina bedömningar beakta adekvata lokala förhållanden och sätta in målets frågeställningar i en relevant samhällelig kontext. De båda överstatliga europeiska domstolarna tar i sin prövning av olika frågor inte hänsyn till något uppenbarhetskrav, som åtskillig praxis från senare år visar.[36] Skulle svenska domstolar känna någon tvekan om EG-rättens sanna innebörd finns alltid möjligheten att begära förhandsbesked från EG-domstolen, vilket jag anser kan och bör begagnas något flitigare än vad som hittills skett.[37] Skulle en domstol av någon anledning inte vilja ta detta steg, så är det i princip säkrare att ge EG-rätten företräde framför svensk rätt, som Regeringsrätten gjorde i det tidigare nämnda Lassagårdsmålet; härvidlag gäller alltså då heller inget uppenbarhetskrav. Som jag nyligen behandlat i boken om Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt kan nog HD i åtminstone två fall från senare år, Data Delecta och VolvoService,[38] sägas ha förfarit felaktigt med den EG-rättsliga materian från här behandlade utgångspunkter. Även Regeringsrättens dom i Barsebäcksmålet är härvidlag en uppenbar måltavla för kritik.[39] Svenska domstolar, särskilt de högsta instanserna, måste här axla sitt ansvar som en slags biträdande EG-domstolar och med all kraft försöka undvika att bryta mot lojalitetsförpliktelsen i artikel 10 i EG-fördraget.

Om den då i anförandets titel ställda frågan avslutningsvis skall besvaras, så skulle jag nog vilja säga att ja, tiden är faktiskt inne för att införa ett tydligt element av maktdelning i det svenska statsskicket. Men den maktdelning som då åsyftas innebär, som framgått ovan, inte i sig någon överföring av en politisk makt, som nu finns någon annanstans, till de svenska domstolarna, utan endast att de senare ges en tydligare roll än hittills som konstitutionens och i förekommande fall Europarättens övervakare — en uppgift som emellertid är viktig nog. Det är också min bestämda övertygelse att en sådan utveckling vore

[36] En annan fråga är dock om det av Europadomstolen lanserade begreppet ”margin of appreciation” någon gång kan leda till likande resultat, särskilt i frågor som rör staternas ytte och inre säkerhet; jfr bl.a. Nergelius, a.a. kap. 12.

[37] Jfr Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt, bl.a. på s. 65 ff. samt i kap. 7. Jag vänder mig här således mot de uppfattningar om att detta inte är så angeläget och kanske rentav om möjligt bör undvikas som de båda f.d. justieråden Staffan Vängby och Fredrik Sterzel på senare tid förfäktat; se Vängby, Förhandsavgörande från EG-domstolen — replik till Jan Mikael Bexhed, JT 1999–00 s. 248–250 resp. Sterzel i JT 1999–00 s. 653–670.

[38] NJA 1996 s. 668 resp. 1998 s. 474, vartill kommer det något mer komplicerade men också högst tveksamma målet rörande Europakonventionen och den norske säljaktskritikern Odd Lindberg, NJA 1998 s. 817.

[39] RÅ 1999 ref. 76, jfr Nergelius, a.a. kap. 5.4.

gynnsam för domstolsväsendet i stort. Domarna och domstolarna är i själva verket de stora vinnarna i den ”judikaliseringstrend” som vi sedan en tid kunnat iaktta runtom i världen och vars effekter nu även börjat synas på våra breddgrader, inte bara genom att deras inflytande och därmed status ökar utan också därför att deras arbetsuppgifter i framtiden kan bli attraktivare och mer varierande. Svenska domare borde därför ha all anledning att bejaka denna utveckling i stället för att ängsligt bekymra sig över att de någon gång i framtiden möjligen kan komma att utöva något som kan betraktas som ”makt” (vilket tydligen då i sig ses som något fult eller suspekt).

Alldeles bortsett från vad denna makt kan sägas innebära så bör det nog också understrykas att makt eller inflytande knappast är fult i sig. Det intressanta från ett övergripande samhällsperspektiv är i stället att denna makt fördelas på ett sätt som är bra för samhällsutvecklingen i stort, varvid behovet av rättsliga kontrollmekanismer nog kan antas bli större i framtiden än vad som tidigare varit fallet. Mycket har faktiskt hänt i samhällslivet sedan 1975, när den nuvarande grundlagen skrevs. Ett slags paradigmskifte pågår och detta sker inte längre helt i det tysta, som det senaste årets intensifierade debatt kring dessa frågor visar. Allt tyder på att domstolarnas samhälleliga roll kommer att öka. Jag vill hävda att detta är helt legitimt från demokratiska utgångspunkter och att det kan ske utan att domstolarna på något sätt behöver konkurrera om makten med de politiska organen. Mitt slutord till här närvarande domare och andra som läser detta är därför att Ni fullt ut bör bejaka denna utveckling.