Politikernas konstitution — eller folkets?[1]

Av professor EIVIND SMITH

Regeringsformens inledningsord slår fast principen om folksuveränitet. Men hur passar detta med att den offentliga makten utövas av lagstiftaren? Varken riksdag eller regering är strängt bundna av konstitutionen och Sverige tillhör de demokratier som oftast ändrar sina grundlagar. Den deskriptiva ambitionen, ändringsproceduren och andra särdrag för närmast konstitutionen till politikernas egen ordningsstadga. Principen om folksuveräniteten kan bättre förverkligas om folket kan utkräva ansvar av de styrande, majoriteten främst styr genom generella rättsregler och oberoende institutioner ser till att reglerna håller sig inom konstitutionens gränser. Diskussionen om domstolarna är en blygsam del av den samlade bilden och frågan om "författningsdomstol" gäller bara ett av flera möjliga medel, inte ett mål.

Förhållandet mellan juridik och politik förstås inte bäst som ett nollsummespel. Om folket, inte politiker eller jurister, har makten över konstitutionen, blir den tvärtom stärkt som politiskt redskap.

1. Sveriges grundlagar: dagens problem

En konstitution kan läsas som ett lands berättelse om sig själv. Det är så här som vi vill se oss själva, eller så som vi vill att andra ser på vårt styrelsesätt. Inledningsorden i Sveriges trettio år gamla regeringsform öppnar med att slå fast principen om folksuveränitet: "All offentlig makt i Sverige utgår från folket." Det råder inget tvivel om att dessa ord uttrycker en kärna i svensk självförståelse.

Men hur passar synen på Sveriges konstitution in i en sådan bild? Början till ett svar finner man redan några rader längre ner. Här heter att "den offentliga makten utövas under lagarna" (RF 1:1, tredje stycket). Man kan av denna formulering få intrycket att den offentliga makten inte ska utövas under regeringsformen och de tre andra av "rikets grundlagar" (RF 1:1). I stället är det vanlig lagstiftning som utpekas som demokratins främsta instrument.

Det är också anmärkningsvärt att bestämmelsen är utformad på ett sådant sätt att varken grundlagarna eller beslut om vanliga lagar betraktas som utövande av "den offentliga makten". Som vi senare ska se är vanlig lag inte heller fullt ut bindande för regeringen (jfr RF 11:14).

[1] Texten är en bearbetning av kap. 2 i Olof Petersson, Lauri Karvonen, Eivind Smith och Birgitta Swedenborg, *Demokratins grundlag. Demokratirådets rapport 2004*. Stockholm: SNS Förlag, 2004.

Allt detta är ägnat att försvaga den hierarkiska syn på rättsordningen som i utgångspunkten följer av själva regeringsformen. Och det stämmer illa med tanken på konstitutionen som det främsta uttrycket för folksuveräniteten, som man skulle kunna tro följer av regeringsformens egen grundtanke om att all offentlig makt utgår från folket.

Riksdagen som högsta uttolkare av folkets vilja

Enligt regeringsformen är det riksdagen som är ”folkets främsta företrädare” (RF 1:4). Bestämmelsen skiljer inte mellan å ena sidan riksdagen som organ för beslut om konstitutionens innehåll och å andra sidan riksdagen som utövare av lagstiftningsmakt, kontrollmakt och andra uppgifter inom ramen för konstitutionen. Detta bör ses mot bakgrund av utsagan att den offentliga makten ska utövas under ”lagarna”, inte under konstitutionen. Därmed försvagas bilden av konstitutionen som det förnämsta uttrycket för folkets makt.

Dessa formuleringar har inte tillkommit av någon tillfällighet. Tvärtom har den underliggande tanken länge varit central i den politiska debatten om konstitutionens innebörd. En centralt placerad ledamot av konstitutionsutskottet har sålunda uttryckt uppfattningen att ”kärnan i det socialdemokratiska tänkandet när det gäller författningsfrågor är att det inte skall finnas någon annan kraft än riksdagen som högsta uttolkare av folkets vilja”. ”De folkvalda som fått väljarnas förtroende att ta ansvar skall också få möjlighet att göra det”.[2] Uttalandet torde vara representativt för en i dag förhärskande uppfattning.

Frågan är vilken plats regeringsformen har i en sådan bild. Det finns anledning att göra flera observationer om den konstitutionella kulturen[3] i Sverige.

Fyra olika grundlagar

Det mest iögonenfallande är att Sverige inte nöjer sig med en enda, utan har hela fyra olika grundlagar. Utöver regeringsformen, som står i centrum för denna rapport, räknas också successionsordningen, tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen som rikets grundlagar (RF 1:3). Härtill kommer att riksdagsordningen och två lagar om trossamfund, som till följd av sina ändringsregler kan karaktäriseras som ”semikonstitutionella”; de befinner sig alltså någonstans mellan grundlag och vanlig lag.

De fyra grundlagarna har först och främst det gemensamt att de ändras på annat sätt än vanlig lag (RF 8:15); detta faktum får vi anledning att återkomma till senare. Här är det tillräckligt att nämna att bestämmelsen om att den offentliga makten utövas ”under lagarna”

[2] Göran Magnusson, ”Regeringsmakten måste bli starkare: en ny grundlag”, *Sydsvenska Dagbladet*, 16 januari 2004.

[3] Om begreppet ”konstitutionell kultur”, se Eivind Smith, ”Constitutional Cultures: the Constitution between Politics and Law”, i Eivind Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change*. Stockholm: SNS Förlag, 2003.

(RF 1:1) följs upp av att reglerna om grundlagsändringar har tagits in i regeringsformens kapitel med rubriken ”Lagar och andra föreskrifter”. Inte heller här syns alltså grundlagarnas principiella företrädesrätt.

För övrigt skiljer sig huvudinnehållet i de fyra grundlagarna till sin karaktär. Särskilt tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen bidrar starkt till den detaljeringsgrad som utmärker de svenska grundlagstexterna. Mycket av det stoff som finns här har i andra länder reglerats i straffrätten eller i andra regelsystem under grundlagsnivå.

Dagens ordning bör ses i ett historiskt ljus, särskilt tryckfrihetsförordningens ärorika anor, som går tillbaka till 1766 — om Sverige har något ”nationalmonument” av samma karaktär som USA:s konstitution eller Norges grundlag, är det nog detta. Med en annan förhistoria skulle ”yttrandefrihetsgrundlagen” med all sannolikhet inte sett dagens ljus i konstitutionell form. Men detaljrikedomen kan också förklaras av den deskriptiva ambition, som närmare diskuteras nedan.

Bortsett från alla historiska förklaringar är det ett faktum att dagens Sverige avviker från mönstret i andra länder. Här brukar konstitutionen vara samlad i ett enda dokument. Härtill kommer ofta en eller flera texter av semikonstitutionell karaktär, ungefär som den svenska riksdagsordningen.

Koncentrationen till ett enda dokument är givetvis inte tillräckligt för att i sig tillförsäkra att konstitutionen får en stark symbolisk position; härtill kommer också förhistoria och andra faktorer. Dessutom är en stark symbolkaraktär inte heller ensam tillräcklig för att göra texten till ett effektivt konstitutionellt redskap.[4] Men under i övrigt lika förhållanden är en enkel struktur ägnad att ge konstitutionen en starkare ställning i det folkliga medvetandet och därmed till att göra den till ett mer effektivt instrument för politisk handling. I Norge och USA har det inte varit ovanligt att tusentals hem haft grundlagen inom glas och ram på väggen. I Frankrike har 1789 års rättighetsförklaring haft en motsvarande position. Den som vill pryda sina väggar med Sveriges grundlagar måste ha gott om plats.

En deskriptiv grundlag

En annan viktig observation gäller regeringsformens deskriptiva karaktär. Efter en period som har karaktäriserats som ”det författningslösa halvseklet”[5] skulle reformarbetet inför 1974 års regeringsform skaffa Sverige en skriven konstitution som relativt noggrant beskriver

[4] Om den franska rättighetsförklaringen av 1789 före ca 1970, se t.ex. Jean Rivero, ”Menneskerettighetenes stilling i fransk rett fra 1789 til 1971”, i Eivind Smith, red., *Menneskerettighetene i den nasjonale rett i Frankrike og Norge*. Oslo: Universitetsforlaget, 1990 s. 60–71.

[5] Jfr Fredrik Sterzel, *Författning i utveckling. Konstitutionella studier*. Rättsfondens skriftserie, 33. Uppsala: Iustus Förlag, 1998.

landets styrelseskick såsom det är. Grundlagen är tänkt som en lärobok i hur Sverige verkligen styrs.

Ambitionen om att hålla grundlagen ”fräsch” har utryckts av en av grundlagens fäder: ”När det uppkommer tvister om en lagbestämmelse, ska vi sätta oss ned och ändra på grundlagen så att det blir helt klart vad den innebär”.[6]

Bilden av ett författningslöst tillstånd som vänds till dess motsats — en heltäckande och aktuell beskrivning av det faktiska styrelseskicket — är självfallet en överdrift. Både före och efter 1974 har regeringsformen haft viktiga normativa funktioner; valen har exempelvis hållits vid den tidpunkt som grundlagen föreskriver. Om någon föreslår att man, utan att avvakta en grundlagsändring, uppskjuter nästa riksdagsval med motiveringen att fyra år är för lite, skulle det i praktiken innebära en uppmaning till statskupp.[7]

Det är heller inte sant att möjligheten för en avvikelse mellan liv och lära har eliminerats. Man kan exempelvis knappast hävda att riksdagen faktiskt har fått den centrala ställning som regeringsformens första kapitel ställer i utsikt.[8] Genom tolkning och annan slags praxis har detaljerna utformats inom de allmänna ramar som regeringsformen drar upp. Undantagsvis kan det också vara tal om praxis i strid med vad som borde följa av konstitutionen. Och möjligheten att avlägsna tvivel eller oklarheter genom grundlagsändring kan i praktiken bortfalla till följd av stark politisk oenighet, något som striden om äganderättens reglering är ett gott exempel på (RF 2:18).[9]

Täta ändringar

Förekomsten av modifieringar och förbehåll hindrar inte att den deskriptiva ambitionen är ett viktigt element i Sveriges syn på sin konstitution. Detta synsätt har lett till ett närmare samband mellan konstitution och politisk praxis än i många andra länder. Det gäller även om ”minimiprincipen” i svensk författningspolitik knappast är död: ”Ingenting är för litet för att motivera en grundlagsändring i Sverige, men en del saker är for stora för att behandlas i grundlag, och om man inte kan klara sig helt ifrån dem, bör man i vart fall göra så litet som möjligt”.[10]

Priset för ett sådant resultat är emellertid en mycket hög ändringstakt eller, med andra ord, en konstitution med ovanligt låg stabilitet.

[6] Bertil Fiskesjö, ”Författningsdomstol: för och emot”, i *Författningsdomstol och lagprövning i nordisk och europeisk belysning*. Stockholm: Rättsfonden, 1991.

[7] Jfr Eivind Smith, ”Constitutional Cultures: the Constitution between Politics and Law”, i Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change*, op.cit. s. 31–33.

[8] Jfr Fredrik Sterzel, ”Ett kvartsekel efter ’det författningslösa halvseklet’: har Sverige nu en författning?”, i Eivind Smith, red., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*. Stockholm: SNS Förlag, 2002 s. 87.

[9] Jfr närmare i Karl-Göran Algotsson, *Äganderätt och demokrati. Svensk grundlagsdebatt under 1990-talet*. Stockholm: SNS Förlag, 2001.

[10] Jfr Fredrik Sterzel, ”Ett kvartsekel efter ’det författningslösa halvseklet’: har Sverige nu en författning?”, i Smith, red., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm,* op.cit. s. 89–90.

Tanken år 1974 var att införa en regeringsform som var ”fräsch”. Ändå hade 46 procent av paragraferna ändrats trettio år senare. Även om denna siffra påverkas av utvidgningen av fri- och rättighetskatalogen under 1970-talet rör det ändå sig om många ändringar under så kort tid. Dessutom har även de andra grundlagarna varit föremål för stora ändringar; införandet av den nya yttrandefrihetsgrundlagen 1991 är bara ett exempel.

En exakt jämförelse med andra länder är vansklig, men det står helt klart att det genomsnittliga antalet grundlagsändringar per år ligger mycket högt i Sverige. Detta gäller även om endast regeringsformen räknas med. Och om alla fyra grundlagar beaktas så hamnar Sverige i topp bland 19 undersökta länder, framför Portugal.[11]

Den möda som läggs ner på att hålla grundlagstexten aktuell kan på sitt sätt tolkas som att Sverige har hög respekt för sin konstitution. Men om man utgår från sannolikheten att medborgarna identifierar sig med sin konstitution blir värderingen av den höga ändringstakten mer negativ. Hur kan texter som ändras så ofta få ett egenvärde som nationella symboler?

Samma gäller om man bedömer ändringsfrekvensen mot värdet av stabilitet. Ändringarna måste främst förstås i ljuset av den deskriptiva ambitionen. Om liv och lära skiljer sig åt så ska grundlagarna ändras för att ånyo ge en rättvisande beskrivning av det faktiska styrelsesättet. Om det uppstår en konflikt, om ett politiskt förslag riskerar att kollidera med grundlagen, så är det alltså grundlagen som får foga sig, inte praxis.

Detta innebär också att det inte är så viktigt om en rättsregel står i grundlag eller vanlig lag. Det svenska systemet avstår alltså från den stabilitet och potential för politisk handling som en grundlagsreglering skulle medföra, förutsatt att proceduren för ändring var mer krävande och grundlagstexten tillmättes större vikt.

Politikernas egen ordningsstadga

En viktig aspekt av den grundlagssyn som dominerar svensk politik är också att de många grundlagsändringarna praktiskt taget utan undantag äger rum utan någon form för folklig inblandning i processen.

Det är också först med 1974 regeringsform som de enskilda individerna egentligen dyker upp i grundlagen, genom att medborgerliga fri- och rättigheter började regleras. Dittills hade regeringsformen i allt väsenligt varit ett slags ordningsstadga för staten. Texten handlade om de olika statsorganen och deras inbördes förbindelser.

Detta historiska arv gör sig alltjämt gällande. Grundlagen skrivs av politiker som en ordningsstadga för det politiska livet. Det handlar alltså mer om en politikernas konstitution än om folkets.

[11] Jfr Bjørn Erik Rasch, ”Rigidity in constitutional amendment procedures”, i Eivind Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change,* op.cit. s. 119–121.

En tolkningsfri grundlag?

Tolkningen och tillämpningen av regeringsformens bestämmelser har i allt väsentligt överlåtits till riksdagen, i löpande samspel med regeringen. Detta drag i den svenska grundlagskulturen ligger helt i linje med intentionerna bakom 1970-talets reformer. Om grundlagen hålls fräsch så reduceras behovet av att domstolar och andra uttolkar vad som är konstitutionens rätta mening.

Alternativet skulle vara att organ med en hög grad av självständighet i förhållande till de politiska organ, som både har fastställt och som har makt att ändra grundlagarnas text, hade en mer central ställning i denna process och därmed bidrog till att ge konstitutionen större vikt som politiskt redskap.

Även om domstolarna har fått något ökade möjligheter att pröva grundlagsenligheten av politiska beslut så är deras roll i praktiken alltjämt marginell. Endast 25 procent av paragraferna i dagens regeringsform har hittills över huvud taget nämnts i de två högsta domstolarnas praxis, och endast en mindre del av dessa referenser kan sägas ha berört något i egentlig mening konstitutionellt problem.[12] Och medan rättighetsskyddet enligt Europakonventionen kommit att få ett visst genomslag i Sverige, har rättspraxis om regeringsformens bestämmelser om enskildas rättigheter inte haft särskilt stor betydelse.[13]

Endast en mer genomgripande förändring i synen på konstitutionen och dess uppgift skulle kunna förändra denna situation.

2. Politikernas konstitution — eller folkets?

Efter denna skiss av hur konstitutionen uppfattas i dagens Sverige kan det vara dags att återvända till den grundsats som formuleras i regeringsformens första ord, om att all offentlig makt i Sverige utgår från folket. Tanken på folksuveränitet utgör demokratins kärna. I ett demokratiskt system utövas makten i folkets namn. Av folksuveränitetsprincipen följer sålunda att konstitutionen tillhör de medborgare som har rösträtt i allmänna val. Den ägs alltså inte av någon bestämd grupp i samhället, oavsett om denna grupp utgörs av politiker, riksdagsledamöter eller jurister.

Konstitutionen fastställer de grundläggande reglerna om hur landet ska styras. I ett sådant perspektiv kan konstitutionen bäst förstås som uttryck för ett slags samhällskontrakt. Landet styrs av de organ som konstitutionen själv etablerar. Organen ska uppträda på det sätt och inom de gränser som följer av konstitutionen.

Kontraktet kan ändras, men endast efter bestämda regler. Vanligen är ändringar av en grundlag svårare att genomföra än ändringar i vanlig lag. Men grundlagsändringar får inte vara så svåra att praxis stän-

[12] Caroline Taube, ”Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister?”, i Eivind Smith och Olof Petersson, red., *Konstitutionell demokrati,* SNS Förlag, Stockholm (2004).

[13] Karin Åhman, ”Rättighetsskyddet i praktiken”, i Smith och Petersson, red., *Konstitutionell demokrati,* op.cit.

digt fjärmar sig från konstitutionen, eller att domstolarna (eller någon annan makt än den grundlagsstiftande) helt tar över den konstitutionella utvecklingen. Idealet är alltså en balans mellan å ena sidan möjligheten till formell ändring och å andra sidan stabilitet.

Utgångspunkten om folket som konstitutionens ägare behöver inte uppfattas som en historisk beskrivning; folket behöver inte nödvändigtvis ha samlats i sin helhet för att anta en grundlagstext. Inte heller metaforen kontrakt behöver tolkas bokstavligt. Vad det här är fråga om är själva betraktelsesättet, hur man ska uppfatta förbindelsen mellan ”folket” och ”konstitutionen”.

Rent praktiskt kan folksuveräniteten komma till uttryck genom en folkomröstning om ett förslag till konstitution som har utarbetats av andra, exempelvis en konstituerande församling, ett konvent. Konstitutionens förankring i folket kan också uppstå vid nationella omvälvningar av det slag som exemplifieras av upprättandet av demokratiska regimer i mellersta och östra Europa efter kommunismens fall. Men inte heller i sådana fall är det historiskt korrekt att påstå att folket i sin helhet tagit ställning till alla de frågor som regleras i en konstitution. Dessutom kan uppslutningen bakom konstitutionen vara mer eller mindre klar; majoritetens storlek kan variera och valdeltagandet blir aldrig totalt. En folkomröstnings viktigaste bidrag är en starkare folklig förankring av det paket som bildar demokratins spelregler och därmed också för den politiska regim som konstitutionen etablerar, eller formaliserar. Även om andra faktorer också måste tas med i bilden så kan en folkligt förankrad konstitution bidra till politikens legitimitet.

Vill Sverige egentligen ha en konstitution?

I sin regeringsförklaring hösten 2003 deklarerade statsminister Göran Persson att samhället efter trettio år hade ”kraftigt förändrats och demokratin ställts inför nya utmaningar”. Det var nu därför tid för en ”översyn av demokratins spelregler”.

Den diskussionen borde först handla om det band mellan styrande och styrda som konstitutionen utgör. Innan man diskuterar valsystem, kommuner och andra delar av innehållet måste man börja med den grundläggande frågan: vad ska konstitutionen användas till? Vilken betydelse ska det ha att en fråga behandlas i grundlagen och inte i vanlig lag? Vill Sverige över huvud taget ha en ”konstitution” i någon annan betydelse än den rent deskriptiva?

Vad är en ”konstitution”?

Först gäller det att klara ut vad man egentligen menar när man talar om en ”konstitution”. I varje demokrati finns en samling rättsregler om hur staten ska styras och om vad den offentliga makten kan användas till utan att först ändra själva konstitutionen. Sådana samlingar bär olika namn. Ordet ”constitution” dominerar i franska och engels-

ka, och därmed i internationell debatt. Det germanska ordet ”författning” ligger närmare svensk tradition; det var sålunda detta ord, och inte ordet ”konstitution”, som statsministern använde i sin regeringsförklaring.

Ordet ”författning” är problematiskt, eftersom det används i så skilda betydelser. Regeringsformen talar exempelvis om ”grundlag eller annan överordnad författning” (RF 11:14). Svensk författningssamling (SFS) innehåller rättsregler av olika valör, inte bara grundlagar och vanliga lagar utan också av regeringen utfärdade förordningar.

I många praktiska sammanhang är ordet ”grundlag” likvärdigt med ”konstitution”. Det har den fördelen att det sätter fingret just på de skrivna konstitutioner som numera finns i praktiskt taget alla länder. Men ordet kan leda till en övervärdering av själva textdokumentets roll och en undervärdering av konstitutionens oskrivna element.[14] I Sverige borde man dessutom strängt taget använda pluralformen, eftersom detta land alltså särskiljer sig genom att ha flera olika grundlagar.

En möjlighet vore också att använda ordet ”regeringsform”, såsom Sverige gjort sedan 1634 och Axel Oxenstiernas tid. Men man bortser då från de tre andra grundlagarna och dessutom associerar ordet till den ursprungliga betydelsen av en förvaltningsstadga. Detta kommer också till uttryck i den engelska översättningen (instrument of government). Uttrycket pekar primärt på regler om statsapparaten och dess interna reglering. Det handlar främst om statens institutioner, inte om förhållandet mellan staten och medborgarna. Men sedan fri- och rättigheter fått en mer framskjuten plats blir denna tolkning av ordet regeringsform allt mindre träffande.

Här använder jag främst ordet konstitution (ordet grundlag brukas främst om den svenska regeringsformen). Men i såväl facklitteratur som i dagsdebatt används ordet konstitution, och dess synonymer, i tämligen skilda betydelser. Det är ofta oklart vad som avses. Ordet kan exempelvis betyda:

- _En samling rättsregler av överordnad juridisk dignitet (lex superior).
- _Ett dokument som fungerar som en nationell symbol (som i Norge och USA).
- _En beskrivning av det faktiska styrelsesättet (som dominerar i Sverige och i många statsvetenskapliga sammanhang).
- _Ett formaliserat uttryck för samhällets självbild eller för den bild som man vill förmedla till andra (utan hänsyn till om den faktiskt ger en sann beskrivning av det faktiska styrelsesättet).

[14] Eivind Smith och Olof Petersson, ”Konstitutionell demokrati som begrepp och som ideal”, i Smith och Petersson, red., *Konstitutionell demokrati*, op.cit. s. 22 ff.

- _En samling rättsliga och/eller sociala normer som åtnjuter en mycket hög grad av stabilitet (en vanlig användning i litteratur om politisk ekonomi och public choice).
- _Ett internationellt fördrag om att etablera eller omorganisera en internationell institution (exempelvis förslaget till fördrag om en konstitution för Europeiska unionen).

En text kan betecknas som en konstitution i flera betydelser. Den kan exempelvis både vara lex superior och en historiskt betingad symbol för nationen. En konstitution kan, som i Sverige, ha en starkt beskrivande ambition, utan att därför helt sakna juridisk substans. Dessutom kan en aspekt (som stark symbolkraft) belysa, vara en produkt av eller förstärka andra sidor av en konstitution (exempelvis varaktighet eller genomslagskraft).

Här koncentrerar vi oss till konstitutionen som en uppsättning överordnade rättsregler (lex superior). Detta öppnar ett viktigt perspektiv på folkstyrelsens organisering: Det är denna egenskap som kan ge konstitutionen dess kraft som redskap för politisk handling.

Texten utgår sålunda från konstitutionen såsom den är formulerad i ett politiskt fastställt dokument. Även om varje konstitution inrymmer vissa element av oskriven karaktär, ligger kärnan likaväl i texten. Det är den som blivit föremål för politiskt beslut och konstitutionens framtida innehåll kan ändras genom nya beslut i samma form. Detta är en viktig punkt i idealet om konstitutionell demokrati.

Konstitutionen som högsta rättsnorm

Som ordet används här är en konstitution alltså en samling rättsregler som åtnjuter en särskild dignitet i hierarkin av rättsliga normer. En konstitution definieras då efter de aktuella reglernas rang och genomslagskraft i förhållande till andra normer i samma rättssystem.

Ett sådant system av rättsregler tar sin utgångspunkt i ändringsproceduren. Den avgörande frågan är hur lätt eller svårt det är att ändra en viss typ av rättsregler. Hur stor majoritet krävs för att fastställa, ändra eller upphäva en viss rättsregel? Krävs en viss väntetid före det avgörande beslutet? Räcker det med ett enda beslut eller behövs det två (exempelvis med mellanliggande val)? Måste fler än ett beslutsorgan medverka (exempelvis två kammare, både parlament och statschef eller en folkomröstning om parlamentets beslut)? Längs alla dessa dimensioner kan processen vara mer eller mindre komplicerad.[15]

Det är skillnaderna när det gäller hur svårt det är att få till stånd ett beslut som gör det möjligt att uppställa en hierarki av rättsnormer med högre respektive lägre rättslig dignitet. I Sverige har exempelvis regeringsbeslut lägre rang än lagar stiftade av riksdagen. Mest omfattande krav gäller för ändring av grundlag (RF 8:15), medan semikon-

[15] Se t.ex. Olof Petersson, ”Grundlagsändringar”, i Ingvar Mattson och Olof Petersson, red., *Svensk författningspolitik*. Stockholm: SNS Förlag, 2003.

stitutionella texter som riksdagsordningen, lagen om svenska kyrkan (SFS 1998:1591) och lagen om trossamfund (SFS 1998:1593) hamnar i en mellanställning mellan grundlag och vanlig lag (se RF 8:6 och 8:16).

Konstitutionen som uttryck för vertikal maktdelning

Denna bestämning av begreppet konstitution öppnar också för ett viktigt perspektiv på fenomenet maktdelning. Också ordet maktdelning används på många skilda sätt, inte minst i svensk debatt. Vanligen avses en uppdelning eller utspridning av makt mellan två eller flera offentliga organ, horisontellt inom statsapparaten (mellan riksdag, regering, domstolar, riksbank etc.) eller vertikalt (mellan EU, staten, regioner, kommuner, medborgare etc.).

Debatten förbiser ofta den grundläggande form för maktdelning som följer av skillnaderna i ändringsprocedur för olika slags rättsregler i rättssystem med en fungerande konstitution. Om denna ordning respekteras följer en viktig potential för tydlighet och klara ansvarsförhållanden. Om man vill genomföra en politisk reform så krävs beslut i en viss bestämd ordning — i det ena fallet kanske grundlagsändring, i det andra kanske ordinarie lagstiftning. Eller det kanske rent av visar sig att reformen ligger innanför gällande lag så att ett regeringsbeslut är tillräckligt.

Svensk rätt sätter inga gränser för vilka politiska beslut som kan fattas. Men rätten ställer krav på hur man måste gå tillväga för att förverkliga de politiska målen. Rättsligt sett är det fullt möjligt att avlägsna de sista resterna av monarkin, men de politiska beslut som krävs måste fattas i de former som fastställs för grundlagsändringar (RF 8:15). Svensk rätt hindrar heller inte att man bygger en trafikled genom nationalstadsparken norr om Stockholm. Men i ett uppmärksammat rättsfall slog Regeringsrätten fast att lagen i så fall först måste ändras enligt de former som fastlagts av grundlagen (målet om Norra länken, RÅ 1997 ref. 18).

Dessa exempel handlar primärt om förhållandet mellan olika slags rättsnormer. Men ändringsmakten är utspridd mellan olika beslutsformer och organ. Därför är det även fråga om ett slags vertikal maktdelning mellan offentliga organ.

I många länder framträder denna maktdelning mycket tydligare. Sverige har den ordningen att grundlagsändringar i allt väsentligt beslutas av riksdagen med samma majoritetskrav som för vanlig lag. Men även i svensk rätt finns det vissa skillnader mellan grundlagsändring och ändring av vanlig lag. Därmed återfinns också element av den för konstitutionella demokratier grundläggande maktdelning som följer av ett hierarkiskt ordnat system av rättsregler. Det är konstitutionen som ligger närmast folksuveräniteten.

Konstitutionen som folkstyrelsens främsta uttryck

Konstitutionens ställning i dagens Sverige är oklar. Enligt regeringsformen vilar all offentlig makt på principen om folksuveränitet. Men det är i bästa fall tveksamt om denna utgångspunkt omfattar konstitutionen själv.

Hur kan man bidra till att göra konstitutionen till folkets egendom? Hur kan man göra konstitutioner till ett mer effektivt redskap för politisk handling? Dessa två frågor är centrala i den författningspolitiska diskussionen.[16] Svaren avgör vad det betyder att en bestämmelse finns placerad i grundlag och inte i en vanlig lag. Om formens betydelse är ringa så är det heller inte så viktigt att diskutera vad som vid en viss tidpunkt bör stå i konstitutionen och vad som bör regleras i den vanliga lagstiftningen.

De två frågorna hänger nära samman. En konstitution som inte bara ligger i politikernas, närmare bestämt den lagstiftande församlingens, händer har bättre förutsättningar att fungera som ett tungt politiskt redskap. Konstitutionens innehåll blir betydelsefullt först när konstitutionen i praktiken sätter gränser för vad politiken kan åstadkomma utan att behöva gå vägen via en grundlagsändring.

Med denna utgångspunkt skall vi titta närmare på tre sammanhängande, mycket centrala frågor i den författningspolitiska debatten. Vilken karaktär bör konstitutionen ha? Hur ska konstitutionen ändras? Hur ska efterlevnaden av konstitutionen kontrolleras?

3. En styrande konstitution

Om de svenska grundlagarna ska förvandlas från politikernas till folkets konstitution måste man börja med själva textinnehållet. Här ligger också en nyckel till att göra konstitutionen mer slagkraftig som politiskt redskap.

En enda grundlag

Ett första steg för att lättare kunna identifiera sig med grundlagen vore att samla de centrala rättsreglerna i en enda grundlag. Endast historiska tillfälligheter kan förklara varför Sverige fortfarande håller sig med fyra olika grundlagar. Denna ordning bidrar till att göra textmängden stor och strukturen svårförståelig. Dessutom finns det många regler av detaljkaraktär som passar bättre i vanlig lag.

Ett nära till hands liggande alternativ till dagens ordning är att flytta delar av dagens grundlagstexter till en semikonstitutionell nivå. Dessa bestämmelser skulle, liksom dagens riksdagsordning, få en rättslig nivå mellan grundlag och vanlig lag.

Sverige skulle därmed närma sig den normala ordningen i demokratins länder. Finland, vars författningshistoria delvis sammanfaller

[16] Nyare bidrag av centrala nordiska och baltiska jurister, statsvetare, politiker och domare finns i Eivind Smith, red., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm*, op.cit. och samma, red., *The Constitution as an Instrument of Change,* op.cit.

med Sveriges, ersatte år 2000 sitt system med flera olika grundlagstexter med en enda konstitution. Det blir därmed lättare för medborgarna att få ett personligt förhållande till sin konstitution. Det blir också viktigare vad som står i konstitutionen, och följaktligen svårare att ändra den utifrån olika kortsiktiga behov.

Färre detaljer och undantag

Den kondensering som torde bli följden av en övergång till en enda grundlag ger anledning till en kritisk blick på fördelningen mellan grundlagstexten och andra rättsliga instrument. Delar av dagens textmassa präglas av detaljer, kompromisser och undantag. Detaljrikedomen är särskild påfallande i specialgrundlagarna om tryckfrihet och yttrandefrihet, men också delar av regeringsformen såsom 8 kap. om lagar och andra föreskrifter.[17]

De många politiska kompromisser som ligger bakom grundlagsbesluten framträder tydlig i regeringsformen, inte minst i rättighetsbestämmelserna i 2 kap. Här är både huvudregel och undantag reglerade i stor detalj. Ofta kan man få intryck av att de som starkast pläderat för en viss rättighet har fått sitt, mot att de som varit skeptiska samtidigt fått igenom de begränsningar som de tyckt vara särskilt viktiga.[18]

Grundlagens sätt att reglera skyddet för äganderätten är ett illustrativt exempel. Den svenska regeringsformens paragraf bildar en omständlig och svårtydd textmassa på sammanlagt 133 ord. Motsvarande (men inte identisk) paragraf i Finlands grundlag innehåller en kortfattad formulering av äganderätten; texten omfattar 13 ord!

Resultatet av en grundlag med både huvudregel och undantag blir en detaljrik text som påkallar frekventa ändringar. Det leder också till att det för läsaren blir svårt att uppfatta vad som är de principiellt viktiga huvudreglerna i konstitutionen.

Dessa drag bör ses i ljuset av ambitionen att hålla grundlagstexten ”fräsch”. Det finns föga utrymme för en normativ konstitution, som kräver tolkning och anpassning i det enskilda fallet. Det är just behovet av uttolkning som man velat undvika. Men en detaljerad konstitution, som ofta ändras, ger knappast de konstitutionella normerna ett självständigt liv utanför dagspolitikens direkta kontroll.

Närmast parodiskt blir systemet när bestämmelserna är detaljerade utan att vara uttömmande. Ett exempel ger bestämmelsen om när yttrande- och informationsfrihet får begränsas (RF 2:13). Paragrafen förtecknar en lång rad goda syften (däribland folkförsörjningen...). Till yttermera visso heter det därefter att begränsningar i övrigt får ”ske endast om särskilt viktiga skäl föranleder det”. Avsikten har antagligen varit att framhäva att skälen måste vara ”särskilt viktiga”; i sådana fall skulle lagstiftarens frihet begränsas. Men samtidigt öppnar

[17] Se närmare Fredrik Sterzel, ”Lagstiftningsmakten och förordningsmakten”, i Smith och Petersson, red., *Konstitutionell demokrati,* op.cit.

[18] Se t.ex. Karl-Göran Algotsson, *Äganderätt och demokrati. Svensk grundlagsdebatt under 1990-talet*, op.cit.

formuleringen för att andra, ospecificerade skäl, utöver dem som uttryckligen nämnts, kan få motivera att yttrande- och informationsfriheten inskränks genom vanlig lag.[19] Härmed återstår föga av den stolta utgångspunkten om vad medborgaren genom grundlagen är ”tillförsäkrad” gentemot det allmänna (RF 2:1).

En normativ konstitution

Om konstitutionen ska stärkas som politiskt instrument måste den förvandlas till en normativ konstitution. En sådan svarar inte på frågan hur det är, utan på frågan hur det ska, kan eller bör vara.

Först när konstitutionen uppfattas som en överordnad och styrande norm kan man vänta att starkare politiska ambitioner knyts till grundlagens närmare utformning. Man kan också räkna med att det kan uppstå politisk strid om enskilda bestämmelser. Men detta är fullt legitimt och skulle bara signalera att syftet är en konstitution med ett innehåll som betyder något utöver sig självt.

Som dagens grundlag är uppbyggd är den inte särskilt väl ägnad att fylla de möjligheter till långsiktighet i politiken som ligger i självständigt verkande rättsregler av generell karaktär.[20]

Av historiskt väl kända orsaker öppnar den franska rättighetsförklaringen från 1789 med att fastslå människornas likhet inför lagen. När denna princip väl hade etablerats blev det omöjligt att hävda att den likväl inte skulle gälla för judarna i Alsace.[21] Norges grundlag från 1814 innehöll ingen generell regel om allas likhet inför lagen. I stället tillät konstitutionen att man införde en diskriminerande bestämmelse om att judar var ”udelukkede fra Adgang til Riget” (§ 2; förbudet upphävdes 1851). Och i Sverige gäller principen om ”allas likhet inför lagen” endast för domstolarna och den offentliga förvaltningen (RF 1:9). Lagstiftaren omfattas alltså inte.

De täta ändringarna tillsammans med andra, tidigare omnämnda, egenskaper hos dagens svenska grundlag ligger långt från idealet om varaktig reglering i generell form.

Klarhet om konstitutionens roll

En konstitution med folklig förankring bör i sig klargöra att det betyder något vad som vid en given tidpunkt står i grundlagen. Det gäller här en klarhet om grundlagens roll som politiskt redskap. Den bild som regeringsformen tecknar är i bästa fall flertydig.

Några oklarheter har redan påpekats. Den offentliga makten, som utgår från folket, ska utövas ”under lagarna” (RF 1:1), alltså inte under regeringsformen själv eller de andra grundlagarna. Det är alltså

[19] Jfr Christian Starck, ”Europe’s fundamental rights in their newest garb”, *Human Rights Law Journal*, 1982 s. 103–120 på s. 108 ff., och Eivind Smith, ”Ytringsfrihet: grunnlovsvernet i perspektiv”, i Eivind Smith, *Stat og rett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002 s. 319 ff. på s. 324–326.

[20] Jfr Birgitta Swedenborg, red., *Makten över politiken*. Stockholm: SNS Förlag, 1999.

[21] Jfr Robert Badinter, *Libres et égaux. L’émancipation des juifs 1789–1791*. Paris: Fayard, 1989.

lagstiftningen, inte konstitutionen, som är demokratins främsta instrument.

Denna tolkning stämmer med proklamationen att riksdagen är ”folkets främsta företrädare” (RF 1:4). Konstitutionens roll som någonting mer än en förvaltningsstadga försvinner här i bakgrunden. I många andra länder finns en annan syn på konstitutionen. Den tyska grundlagen bestämmer uttryckligen att även den lagstiftande makten är bunden av den ordning som konstitutionen etablerar (Grundgesetz art. 20.3).

Som redan påpekats har också reglerna om grundlagsändring stoppats undan i ett kapitel som handlar om ”lagar och andra föreskrifter” (RF 8 kap.). I åtskilliga länder är reglerna om den konstituerande makten åtskilda från de regler som grundlagen själv ger om statsorganen och deras uppgifter, exempelvis lagstiftning.

Ännu viktigare är de av regeringsformens bestämmelser som medvetet och uttryckligen reducerar dess försteg framför andra slags rättsregler. Ett system som i förstone kan se ut som en fullt utvecklad hierarki av rättsnormer blir därmed inskränkt och delvis upphävt.

Uppenbarhetsrekvisitet

Ett ofta uppmärksammat inslag i den svenska grundlagen är vad som brukar benämnas ”uppenbarhetsrekvisitet”. Efter en grundlagsändring 1979 är utgångspunkten att en rättsregel (en ”föreskrift”) inte ska tillämpas om en domstol eller annat offentligt organ finner att den strider mot bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning (RF 11:14). Så här långt representerar denna lagprövningsrätt ett viktigt steg på vägen att markera konstitutionens ställning som överordnad rättsnorm.

Men denna lagprövningsrätt inskränks av en väsentlig reservation. Om riksdagen eller regeringen har beslutat föreskriften ”skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart”.

Man kan alltså tänka sig (och det finns exempel i praxis) att exempelvis Högsta domstolen kommer fram till att en lagparagraf står i strid med regeringsformen, men att lagen likväl tillämpas eftersom domstolen inte anser att motsättningen inte är ”uppenbar”.

Den praktiska betydelsen av detta uppenbarhetsrekvisit är knappast särskilt stor. För det första är det inte detta som utgör huvudorsaken till att lagprövningsrätten i praktiken nära på aldrig leder till att lagbestämmelser sätts åt sidan såsom stridande mot konstitutionen.[22] För det andra är det den som tillämpar lagen, exempelvis en domstol, som själv avgör vad som skal till för att felet blir ”uppenbart”; här är det knappast regeringsformens ord, utan snarare domarrekrytering, tolkningstraditioner och andra yttre omständigheter som avgör dom-

[22] Det enda undantaget hittills i de högsta domstolarna gäller ett övergångsproblem av ringa betydelse, se Eivind Smith, ”Högsta (författnings)Domstolen?”, i *Festskrift till Ulf Bernitz*. Stockholm: Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, 2001 s. 123 ff.

stolens ställningstagande. För det tredje lär det sällan hända att man proklamerar ett grundlagsbrott som inte är uppenbart; det faller sig sannolikt mer naturligt att säga att lagens förhållande till grundlagen ger utrymme för tvivel. Och slutligen: De grunder som i alla fall tillgodoser en allmän återhållsamhet med att överpröva folkvalda lagstiftare i fall av starkt skönsmässig karaktär[23] skulle göra sig gällande även om uppenbarhetsrekvisitet avlägsnades ur grundlagens text.

Men om uppenbarhetsrekvisitet nu har så ringa praktisk betydelse är det svårt att se något skäl till att bevara en bestämmelse som, åtminstone på ett symboliskt plan, signalerar att riksdagen inte behöver ta grundlagen riktigt på allvar.

Samma sak gäller eftersom riksdagen, och för den skull även regeringen, saknar motsvarande privilegium i förhållande till EG-rätten och Europakonventionen. Frågan är varför Sveriges egen konstitution då ska ges en svagare ställning. Varför skulle domare i Bondeska palatset och på Riddarholmen utgöra ett större hot mot svensk demokrati än internationella domare i Luxemburg och Strasbourg?

Privilegier för regeringen?

Ett ännu starkare skäl att ifrågasätta uppenbarhetsrekvisitet är att det inte bara är riksdagen, utan också regeringen, som åtnjuter det privilegium som ligger i bestämmelsen (RF 11:14). En sådan särställning för den svenska regeringen kan endast förklaras historiskt.[24] Det är riksdagen som ska vara folkets främsta företrädare (RF 1:4), och det finns inga starka skäl varför också regeringen ska ges samma ställning. Varför ska inte regeringen vara fullt ut bunden av landets konstitution?

Finlands nya grundlag följer Sveriges exempel så långt som när det gäller kravet på ”uppenbarhet” i förhållandet mellan grundlag och lag. Men den avviker i det avseende att undantaget gäller riksdagen, men inte regeringen. Finland tar alltså konsekvenserna av den i en rättsstat tämligen självklara utgångspunkten att grundlagen har företräde framför beslut av landets regering.

I förhållande till riksdagen innebär uppenbarhetsrekvisitet att grundlagens makt försvagas när det gäller vanliga lagar, och dessutom till riksdagsordningen och andra lagar av semikonstitutionell karaktär. I förhållande till regeringen innebär det för det första att regeringen endast är bunden av grundlagarna när motsättningen är uppenbar. Men i ett konstitutionellt perspektiv är det ännu mer anmärkningsvärt att utvidgningen av privilegiet till regeringen innebär en kvalitativ utvidgning av området för kravet på uppenbarhet. Som

[23] Se närmare t.ex. Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsretten overfor lover.* Oslo: Universitetsforlaget, 1993, del VIII, och Barry Holmström, *Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland.* Uppsala: Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, 1998.

[24] Se närmare i Eivind Smith, ”Sverige som konstitutionell demokrati”, *Svensk Juristtidning* 1999 s. 11–35; även i Eivind Smith, *Stat og rett,* op.cit. s. 51 ff.

grundlagsbestämmelsen nu är formulerad innebär den att regeringen även har möjlighet att bryta mot vanliga lagar, så länge felet inte är ”uppenbart”.

Riksdagen, som är det organ som stiftar lagar, är inte själv bunden av äldre lagstiftning. När det gäller andra offentliga organ skulle man däremot kunna tro att regeringsformens krav på att den offentliga makten ska ”utövas under lagarna” (RF 1:3) gäller med full kraft. Men så är det alltså inte fullt ut i förhållande till regeringen. Det sägs ibland att Sverige är en lagstat, men inte en rättsstat som i länder med en stark, styrande konstitution. Det är bara att konstatera att även den svenska lagstaten har sina luckor.

Situationen rimmar illa med det system som regeringsformen i övrigt proklamerar. Det är heller inte lätt att förstå varför en domstolskontroll av att regeringen håller sig inom grundlagen och lagen skulle kunna ge upphov till några demokratiskt motiverade bekymmer. Både grundlag och vanlig lag är ju demokratiska beslut som regeringen bör vara bunden av.

Slutsatsen ger sig själv. Regeringens särställning i förhållande till grundlag och lag bör avlägsnas ur grundlagen. Den nu gällande ordningen bidrar till att försvaga rättssystemets hierarkiska karaktär och stämmer illa överens med tanken om konstitutionen som folksuveränitetens främsta uttryck.

4. Konstitutionell ändring

Sättet att ändra konstitutionen har stor betydelse för konstitutionens ställning. Vill man göra grundlagen till en folkets konstitution, och samtidigt stärka konstitutionens slagkraft som politiskt redskap, finns det anledning att kritiskt granska den nu gällande ordningen i Sverige.

Grundlagens deskriptiva karaktär, och de täta ändringarna för att hålla grundlagen fräsch, innebär att praxis sannolikt avviker mindre från den skrivna konstitutionen än i många andra länder.[25] Men detta betyder paradoxalt nog att det blir mindre viktigt vad som står i grundlagen. Och ju svagare den blir som politiskt redskap, desto mindre anledning har medborgarna att bry sig om den.

Dessa drag har samband med ändringsproceduren. En regel är ”konstitutionell” om den bara kan ändras eller sättas åt sidan enligt de regler som gäller för grundlagsändringar. Eftersom en konstitution är svårare att ändra har den normalt sett större motståndskraft mot majoritetsbeslut i form av vanlig lag, och självfallet också mot beslut av regering, förvaltningsmyndigheter, kommuner etc.

Den tröghet som ligger i konstitutionell reglering innebär att vissa institutioner, värden och procedurer kan ges större genomslagskraft

[25] Jfr Thomas Bull, ”Konstitutionella snedsteg. En studie av svensk trohet mot grundlag”, i Smith och Petersson, red., *Konstitutionell demokrati,* op.cit.

än de annars skulle ha fått. Det är denna egenskap som ger en konstitution dess potential som redskap för politisk handling.[26]

Exakt hur starkt redskapet är kommer emellertid an på hur svårt det är ändra grundlagens text, och hur lätt det är att kringgå den genom att exempelvis omtolka den i enlighet med dagsaktuella politiska behov.[27] Konstitutionens styrka påverkas också av konstitutionens allmänna roll i samhället; man kan tala om ett lands konstitutionella kultur.[28]

Hur viktiga är grundlagsändringar?

Jämfört med många andra demokratier utmärker sig Sverige av att grundlagen är relativt enkel att ändra. I grund och botten räcker det med enkel majoritet i riksdagen. Det finns heller inget krav på hur stor del av riksdagens ledamöter som måste delta i omröstningen (kvorumregel). Det har hänt att mindre än 40 procent av riksdagens ledamöter har deltagit i en omröstning om grundlagsändring. Detta tyder på att grundlagsändringar inte alltid uppfattas som särskilt viktiga.

Påståendet att grundlagsändringar är jämförelsevis lätta att få till stånd i Sverige stöds av det faktum att grundlagsändringar, som redan påpekats, är mycket vanligare här än i flertalet andra demokratier.

Däremot ligger det en viss komplikation i att det krävs två beslut för att få till stånd en ändring, en före och en efter ett val. Detta innebär en viss fördröjning. Men i praktiken blir det andra och avgörande beslutet en rent rutinmässig bekräftelse. Det har inte inträffat att en ändring som gick igenom vid det första beslutet har fått läggas åt sidan till följd av att en majoritet av den nyvalda riksdagen sedan röstat emot.

Det finns två invändningar mot påståendet att det är relativt enkelt att ändra grundlagen i Sverige. Den första är av juridisk, den andra av politiskt praktisk karaktär. Låt oss diskutera dem i tur och ordning.

Sedan 1980 gäller den regeln att en minoritet (minst en tiondel) av riksdagens ledamöter kan kräva folkomröstning om en grundlagsändring, som fått stöd av en majoritet i den första omröstningen (RF 8:15). Om minst en tredjedel av riksdagens ledamöter röstar för detta krav så ska folkomröstning hållas vid det följande valet. Därmed sätts den parlamentariska kanalen åt sidan i de frågor som omfattas av kravet.

Det är intressant att lägga märke till att på båda dessa punkter, men alltså inte i själva omröstningen om grundlagsändring, gäller en kvo-

[26] Jfr t.ex. Eivind Smith, ”Grundlovens makt (eller avmakt)”, i Smith, red., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm,* op.cit. s. 11 ff.
[27] Jfr Eivind Smith, ”Grunnlovstolkning: opportunistisk eller lojal?”, i Smith, red., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm,* op.cit. s. 119 ff.
[28] Jfr åter Eivind Smith, ”Constitutional cultures: the constitution between politics and law”, i Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change,* op.cit. s. 21 ff.

rumregel. Minimikravet för beslut om folkomröstning (1/10 respektive 1/3) räknas på grundval av riksdagens totala ledamotsantal (349), inte i förhållande till hur många som deltar i omröstningen. Avsikten är uppenbarligen att göra det svårare att gå emot ett förslag som stöds av majoriteten, än att få igenom själva beslutet. Det ska alltså vara så lätt som möjligt att få igenom en grundlagsändring.

Det innebär emellertid inte att grundlagsändringar ständigt klubbas igenom med knappa majoriteter, såsom regeringsformen möjliggör. I praktiken, och här grundas slutsatsen på en observation av praktisk svensk politik, bygger de flesta grundlagsändringar på breda politiska kompromisser.

En genomgång visar att av de 145 beslut om grundlagsändringar som träffades efter tillkomsten av 1974 års regeringsform fram till valet 2003 samlade 92 procent mer än 70 procent av rösterna, dvs. vad som kan betecknas bred konsensus.

Uppenbarligen är majoritetskravet väsentligt starkare de facto än de jure. Detta skulle kunna tala för att grundlagsändringar i praktiken är svåra att få till stånd. Men kvar står det faktum att grundlagsändringar är så ofta förekommande i Sverige. Åtminstone två tolkningar är möjliga.

En möjlighet är att det trots allt finns en osäkerhet förknippad med kravet på dubbla beslut med mellanliggande val och det minoritetsskydd som ligger i rätten att kräva folkomröstning. Även om den sistnämnda möjligheten aldrig har använts ger den en potential för att kullkasta majoritetens planer. En folkomröstning skulle på ett helt annat sätt än i dag kunna flytta en grundlagsändring från politikernas händer över till medborgarna. Detta skulle göra spelet mindre kontrollerbart för de grupper som i dag styr det. Därmed bildas, medvetet eller omedvetet, ett incitament att inte göra något som kan provocera fram en folkomröstning. Grundlagens minoritetsskydd, som det i dag är utformat, kan därför paradoxalt nog ytterligare stärka trycket att uppnå majoritetskonsensus.

En annan tolkning lägger vikt vid ett mer djupgående drag i svensk konstitutionell kultur. Regeringsformen betraktas som mer beskrivande än normerande och den underliggande tanken är att texten ständigt bör hållas aktuell så att det sällan eller aldrig blir nödvändigt med någon tolkning, i all synnerhet inte av någon domstol. Alla centrala aktörer i den politiska miljön kan därmed räkna med att få med sin del i den kompromiss som avspeglas i de många ändringarna. Det finns alltså ett gemensamt intresse av att se till att dagens praxis vidmakthålls.

Båda dessa tolkningar bidrar till att förklara den säregna blandningen av en enkel och samtidigt konsensusorienterad grundlagsprocedur. Men ett huvuddrag i bilden som framträder är ändå att de svenska grundlagarna ändras ovanligt ofta jämfört med andra länders grundlagar.

Ändra ändringsproceduren

Detta säger något viktig om en utbredd syn på Sveriges konstitution som instrument för politisk handling. Politiska beslut om grundlagsändringar betraktas inte primärt som ett viktigt redskap för att styra framtidens politik. Perspektivet är snarast statiskt och tillbakablickande.

Grundlagsändringar tar i första hand sikte på att uttrycka något som det vid den aktuella tidpunkten uppstått bred politisk enighet om. När det senare uppdagas att texten inte längre stämmer med det som sker, eller med uppfattningen om hur praxis borde vara, bör texten ändras med syftet att återigen sluta klyftan mellan regler och praxis.

I händelse av konflikt är det alltså i första hand reglerna, inte praxis, som bör ge vika. Men det som ger en konstitution dess styrka som politiskt redskap är ju att reglerna, såväl formellt som reellt, har en viss stabilitet och uppfattas som förpliktande. Detta kan knappast sägas vara den dominerande uppfattningen i dagens Sverige. Grundlagar som inte är avsedda att styra, utan som snarast ändras efter behov, kan inte bilda någon stark, normativ konstitution.

Därmed frånhänder sig Sverige ett politiskt instrument som många andra länder utnyttjar mycket medvetet. Demokratin kan skaffa sig spelregler som är stabila i förhållande till kommande politiska majoriteter. Valordningen kan exempelvis ges en stabilitet oberoende av skiftande politiska majoriteter. Yttrandefriheten kan skyddas utan hänsyn till vem som vid en given tidpunkt har makt att ändra vanliga lagar. Och varför inte utnyttja den nationella konstitutionen mycket mer medvetet för att försvara exempelvis offentlighetsprincipen i ett Europa där principen inte tillmäts lika stor betydelse som i Sverige?

Frågan är då hur ändringsproceduren kan ändras för att stärka konstitutionen, både när det gäller folklig förankring och som politiskt redskap.

Erfarenheter från andra demokratier visar att man rör sig mellan två ytterpunkter. På den ena sidan finner vi ”konstitutioner” som kan ändras lika lätt som vanlig lag; i praktiken ligger Sverige nära denna ytterpunkt. På den andra sidan finns de konstitutioner som i praktiken är närmast omöjliga att ändra. Av skilda historiska orsaker utgör USA och Danmark exempel på länder med en mycket rigid konstitution. Konsekvensen kan bli att ändringar äger rum på andra sätt än genom beslut av politiskt ansvariga organ; rättspraxis i USA är ett extremt exempel.

Mellan dessa två ytterpunkter måste också diskussionen om en ny konstitution för Sverige äga rum. Mycket talar för att ändringar i konstitutionens text bör vara något svårare att åstadkomma än i dag.

Men därav följer inte att dagens grundlagar bör konserveras med hjälp av ändringar som gör konstitutionen mer rigid. Sådana änd-

ringar skulle ju öka sannolikheten för att regler som borde ändras permanentas såsom de står. I slutfasen av ”den tyska demokratiska republikens” dödskamp föreslog partichefen Egon Krenz bland annat införandet av en författningsdomstol.[29] Tanken var att bidra till att ge den vacklande statsbildningen en större legitimitet. Men om förslaget hade genomförts var det kanske kommunistpartiets ledande roll som hade förstärkts!

Frågan om reglerna för grundlagsändringar bör alltså hållas åtskilda från frågan om hur man bör införa den konstitution som det senare kan bli tal om att ändra. Den sistnämnda frågan gäller den bästa vägen fram till den ”goda” konstitutionen. Hur kan man bryta sig loss från de kortsiktiga och partiegoistiska hänsyn som ofta präglas den dagsaktuella politiska processen? Hur får man till stånd en bred offentlig debatt om landets framtida konstitution?[30]

Obligatorisk folkomröstning

En stor svaghet med dagens svenska ordning är att befolkningen i så ringa grad är indragen i debatt och beslut om grundlagsändringar. Grundlagen framstår som politikernas egendom, inte folkets. Tar man folksuveränitetsprincipen på allvar måste medborgarna få en mer central roll i processen kring konstitutionella ändringar.

Ett element av direkt demokrati kan bidra till att bryta dagens situation. Många länder använder folkomröstning som ett led i processen fram till grundlagsändring. Samtidigt finns det starka skäl för att huvudansvaret för att lägga fram och kvalitetssäkra förslagen bör ligga hos en politiskt ansvarig församling.

Mycket talar därför för en kombination av direkt och representativ demokrati i samband med konstitutionella ändringar. Det första beslutet bör först tas av parlamentet, såsom är fallet i dag. Men det andra, och avgörande, beslutet bör flyttas från politikerna och läggas i medborgarnas händer genom en folkomröstning.

En sådan ordning ligger i linje med en tanke som finns i dagens svenska grundlag, och kan snarast sägas fullfölja tanken på ett mer konsekvent sätt. Kravet på mellanliggande val ska nämligen ge en möjlighet till folkligt engagemang i grundlagsändringsprocessen. Samma gäller för den ännu outnyttjade möjligheten för en minoritet att utlösa en folkomröstning.

Sedan 1974 har praktiskt taget ingen av de många grundlagsändringarna spelat någon roll i valrörelserna. Jämfört med dagens situation kan en ändring som gör folkomröstning obligatorisk visa sig få stor betydelse. En sådan ordning innebär att politikernas kontroll

[29] Jfr Eivind Smith, ”The Legitimacy of Judicial Review of Legislation: a comparative Approach”, i Eivind Smith, red., *Constitutional Justice under Old Constitutions*. The Hague: Kluwer Law International, 1995 s. 385 ff. på s. 385–388.

[30] Några vidare synpunkter på dessa frågor finns i Petersson, Karvonen, Smith och Swedenborg, *Demokratins grundlag. Demokratirådets rapport 2004*, op.cit. kap. 5.

över grundlagens öden reduceras och att väljarnas kunskaper och inflytande ökar i motsvarande mån.

Dessutom skulle en obligatorisk folkomröstning medföra att de ändringsförslag som föreläggs väljarna får en sådan karaktär som är ägnad att väcka intresse i den offentliga debatten. Det blir följaktligen svårare att fortsätta med dagens praxis som innebär många, detaljerade och ofta kompromisspräglade ändringar.

För att markera och stärka konstitutionens karaktär måste ändringar av konstitution ställa större krav än ändringar av vanlig lag. Vilka krav som eljest bör ställas på den första av de två besluten kommer an på hur parlamentet är organiserat. Om vi tar utgångspunkt i en enkammarriksdag av dagens typ så borde en kvalificerad majoritet (exempelvis 2/3 av avgivna röster) krävas för att ett förslag om grundlagsändring ska kunna föras ut till folkomröstning. Till skillnad från i dag bör majoriteten räknas på grundval av minste antal deltagande ledamöter (kvorumregel). Varför skulle man inte kunna kräva att åtminstone två tredjedelar av medlemmarna i varje kammare måste delta i omröstning som gäller innehållet i landets konstitution?

Riksdagens andra beslut bör alltså ersättas av en beslutande folkomröstning. En sådan modell ställer vissa krav på bland annat den tid som måste gå mellan parlamentsbeslut och folkomröstning. Sådana mer tekniska problem tar jag emellertid inte upp här.

Kravet på folkomröstning låter sig enklast inpassas i systemet om omröstningen hålls samtidigt som närmaste följande riksdagsval. En sådan ordning är visserligen inte optimal för att säkra att grundlagsfrågan får odelad uppmärksamhet från väljarna, men har uppenbara praktiska fördelar. Dessutom finns det då inte samma behov att, som i flera länder, ställa krav på hur stor del av väljarkåren som måste delta för att beslutet ska bli giltigt.

5. Konstitutionell kontroll

Om konstitutionen ska vara ett instrument för folksuveräniteten är det inte bara dess tillkomst och ändringsprocedur som har betydelse. Frågan är också hur man kan se till att konstitutionen respekteras och faktiskt blir styrande för den offentliga makten. Vi är därmed inne på den viktiga frågan om konstitutionell kontroll.

Genom större delen av de europeiska konstitutionernas moderna historia så var det den lagstiftande makten själv som bestämde vad som var konstitutionens närmare innebörd. Respekten för konstitutionen skulle säkras genom olika tekniker för maktdelning inom statsapparaten själv, exempelvis tvåkammarsystem och exekutivt veto.[31]

[31] Jfr Jon Elster, ”Limiting majority rule. Alternatives to judicial review in the revolutionary epoch”, i Smith, red., *Constitutional Justice under Old Constitutions,* op.cit. s. 3 ff. och Eivind Smith, ”Loven som det høyeste uttrykk for almenviljen–eller konstitusjonelt demokrati?”, i Lars-Göran Malmberg, red., Malmberg, Lars-Göran, red. *Statsbegreppet i omvandling*. Stockholm: Norstedts Juridik, 1997 (även i Eivind Smith, *Stat og rett,* op.cit. s. 75 ff.).

I ett sådant system har lagstiftaren genom att anta en lag automatiskt avgjort att den ligger innanför grundlagens gränser. När lagen har trätt i kraft så är det den, och inte konstitutionen, som ska användas. Systemet ger ingen möjlighet att få en tvist om lagstiftarens syn på lagens grundlagsenlighet prövad av något oberoende organ utanför politiken själv.

Detta traditionella system ligger alltjämt till grund för rättsordningen i Nederländerna och Frankrike (även om Conseil constitutionnel numera spelar en viktig roll för att kontrollera grundlagsenligheten av parlamentsbeslut som ännu inte vunnit laga kraft). I Finland var situationen densamma fram till den nya grundlagen år 2000. Och trots att riksdagen 1979 beslöt att införa en paragraf om lagprövning ligger Sverige i praktiken heller inte långt från denna gamla europeiska modell.

Frånvaro av extern kontroll behöver förvisso inte innebära att ett lands grundlag systematiskt åsidosätts. Men i ett system av svenskt slag, där den lagstiftande makten i stort sett är sin egen domare i frågor som gäller förhållandet mellan lag och grundlag, blir grundlagen i hög grad politikernas egendom och inte folkets. Ett system där lagstiftaren avgör gränsen för sin egen handlingsfrihet ger heller inte någon särskilt stark garanti för att konstitutionen respekteras.

Efter 1945 har så gott som alla europeiska länder rört sig bort från denna traditionella modell. Det vanliga är nu att en författningsdomstol har sista ordet om konstitutionens innebörd i ett enskilt fall. Några system liknar det som finns i USA och Norge, där makten att avgöra hur konstitutionen ska tolkas från fall till fall ligger hos de vanliga domstolarna. Men bortsett från hur systemet är organiserat i detalj så kan man slå fast att konstitutionens ställning som lex superior i dag är den normala ordningen bland demokratins länder i Europa och övriga världen; härtill kommer den ökande betydelsen av internationell rättskipning.

De frågor som här aktualiseras utlöser lätt en debatt kring ord som ”lagprövningsrätt”, ”uppenbarhet” och ”författningsdomstol”. Allt detta hör hemma i diskussionen och kommer senare att behandlas. Men i det polariserade debattklimat som länge varit förhärskande i Sverige är det viktigt att påminna om att frågan om huruvida grundlagen respekteras också rymmer många andra aspekter. Kontrollen av att lagstiftning och rättsnormer av lägre valör håller sig inom de gränser som följer av konstitutionen förstås bäst som ett system.[32] Domstolarnas plats i detta system är endast en av de frågor som bör resas.

Som redan nämnts är RF 11:14 inte i första hand en bestämmelse om ”lagprövningsrätt”, utan en organisering av rättsreglerna i ett system av över- och underordnade normer (en hierarki, men med de begränsningar som följer av det privilegium för riksdag och regering

[32] Jfr Caroline Taube, ”System för lagstiftningskontroll”, i Smith och Petersson, red.. *Konstitutionell demokrati,* op.cit.

som ligger i kravet på uppenbart fel). Av detta följer att de frågor som här behandlas i princip gäller förhållandet mellan konstitutionen och alla andra typer av rättsregler. Men här väljer vi, med ett undantag, att koncentrera oss på förhållandet mellan grundlag och vanlig lag.

Man kan skilja mellan uppströmskontroll (kontroll innan lagen har trätt i kraft) och nedströmskontroll (kontroll som sker först i efterhand).

På många sätt är uppströmskontroll av störst värde, eftersom det normalt sett är bättre att undvika problem än att reparera efter det att skadan har inträffat. Men sådan förhandsgranskning kan inte ersätta nedströmskontroll. Båda kontrollmekanismerna är viktiga för konstitutionens efterlevnad.

Uppströmskontroll

I Sverige är uppströmskontrollen relativt väl utvecklad. En viktig del av den svenska lagstiftningsprocessen ligger i förberedelserna genom exempelvis utredningar, remissbehandling och departementsberedning.

Under detta förberedelsearbete måste strikt juridiska, däribland konstitutionella, aspekter vägas mot de politiska hänsyn som gör sig gällande. Därför är det betydelsefullt att det kommer in ett oberoende element som har till särskild uppgift att granska de rent juridiska sidorna av lagförslag, inte minst hur förslagen förhåller sig till ”grundlagarna och rättsordningen i övrigt” (RF 8:18).

Lagrådet har här en viktig uppgift. Den svenska ordningen har för övrigt sin parallell i många andra länder, ofta efter mönster av den rådgivande verksamheten i franska Conseil d’Etat (som även fungerer som högsta förvaltningsdomstol). Höga domares medverkan tillförsäkrar Lagrådet ett oberoende i förhållande till politiken. Eftersom utlåtandena endast är rådgivande kan de heller inte anses vara något obehörigt ingripande i den lagstiftande maktens frihet att själv bestämma över hur lagen slutligen bör utformas.

Allt talar därför för att Lagrådets rådgivande förhandsgranskning bör bibehållas och utvecklas. Den enskilda förändring som bör prioriteras är att återgå till den ordning som tidigare gällde, nämligen en obligatorisk granskning av alla lagförslag.

En viktig del av uppströmskontrollen sköts av riksdagen själv, särskilt genom utskottsgranskningen. Det ligger i parlamentets natur — och är inte i något mån illegitimt — att även utskottens arbete präglas av partipolitiska meningsmotsättningar. Men det finns ingen anledning att tro att riksdagens ledamöter skulle vilja medverka till att bryta mot Sveriges grundlag. Därför är det av stor betydelse att riksdagen har ett kvalificerat beslutsunderlag så att den på bästa möjliga sätt kan avväga olika hänsyn.

Riksdagens utskott kan därför vara viktiga när det gäller att förebygga konflikter mellan lag och grundlag. Särskilt konstitutionsutskottet har här en central uppgift.[33]

Nedströmskontroll

Efter det att en lagbestämmelse har trätt i kraft gäller det att se till att problem i förhållande till konstitutionen, vilka inte har upptäckts eller förebyggts av uppströmskontrollen, kan bli föremål för en oberoende prövning.

En överordnad, normativ konstitution kan bli starkare om den som hävdar att den har kränkts kan få frågan avgjord av några andra än dem som själva varit med om beslutet. En sådan kontroll kan försvåra att konstitutionen förändras genom politisk praxis utan att själva grundlagstexten ändras.

Även Sveriges förhållande till omvärlden, inte minst inom EU-samarbetet, har betydelse i detta perspektiv. I dag förefaller uppfattningen vara att frågor om konflikt mellan EU-rätten och Sveriges konstitution ”normalt ska avgöras av EG-domstolen”.[34] Man kan fråga sig hur en sådan syn låter sig förenas med Sveriges självförståelse och den vikt som man är beredd att lägga på ”principerna för statsskicket” (RF 10:5).

Kontrollen av hur en lag tillämpas kan äga rum i många olika former och kontrollen kan få större eller mindre verkningar (lagen tillämpas inte i det enskilda fallet, lagen upphävs som ogiltig, staten blir ersättningsskyldig etc.). Jag bortser från sådana frågor, och andra problem av mer teknisk natur, även om de kan ha stor praktisk betydelse.[35] I stället koncentrerar vi oss på några punkter som är av särskilt intresse i ett folksuveränitetsperspektiv. Ett centralt krav blir då att konstitutionen ska åtnjuta bredast möjliga förankring i folket; den ska inte ”tillhöra” någon enskild grupp.

När det gäller nedströmskontrollen är det tre förändringar som framstår som särskilt angelägna.

Ta bort uppenbarhetsrekvisitet

En första punkt gäller de många oklarheter som regeringsformen förmedlar. Den ska, som redan påpekats, gälla som grundlag, men det är inte grundlagen utan ”lagarna” som ska styra riket. I en ny och

[33] Jfr Fredrik Sterzel, ”Ett kvartsekel efter ’det författningslösa halvseklet’: har Sverige nu en författning?”, i Smith, red., *Grundlagens makt. Konstitutionen som politisk redskap och som rättslig norm,* op.cit. s. 77 ff. på s. 95, och Thomas Bull, ”Riksdagen som grundlagstolkare”, i samma bok s. 142 ff.

[34] Magnus Isberg,”Lagstiftningsmakten — om delegation och maktdelning”, i Mattson och Petersson, red., *Svensk författningspolitik,* op.cit. s. 202 ff. på s. 214.

[35] Se närmare t.ex. Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret. Prøvingsretten overfor lover,* op.cit., Joakim Nergelius, ”Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag”, *Svensk Juristtidning* 1996 s. 835–870 och Caroline Taube, ”System för lagstiftningskontroll”, i Smith och Petersson, red. *Konstitutionell demokrati,* op.cit.

starkare konstitution bör utrymmet för detta slags dubbla budskap reduceras väsentligt.

Därför är det dags att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet. Det ger helt vilseledande signaler om grundlagens genomslagskraft gentemot riksdag och regering.

Man kan visserligen hävda att den praktiska betydelsen är marginell; bestämmelsen om att felet måste vara uppenbart har knappast haft någon väsentlig betydelse för kontrollpraxis i förhållande till riksdagen. När domstolarna nästan aldrig har funnit att en lagbestämmelse stått i strid med grundlagen beror det främst på att sådana grundlagsbrott över huvud taget sällan upptäcks och påtalas av svenska domstolar. Men även om så skulle vara fallet utgör det inget försvar för uppenbarhetskravet; det pekar snarast på att Sverige också har andra problem när det gäller konstitutionell kontroll.

Uppenbarhetsrekvisitet bör ses i ljuset av en annan del av regeringsformens förhistoria. När den aktuella paragrafen infördes var förutsättningen att en domstol endast skulle ta upp en normkonflikt, oavsett vilken nivå det gällde, när en part särskilt krävde det eller om det i övrigt fanns ”särskild anledning”.[36] Också detta ger anledning att tvivla på hur långt utgångspunkten om rättsreglernas hierarkiska organisering ska tas på allvar.

Oavsett den praktiska betydelsen ger denna förutsättning ett intryck av en tvetydig syn på grundlagen och andra överordnade rättsregel som redskap för politisk styrning. Grundlagen betraktas inte som en självklar del av den gällande rätt som domstolarna ska bygga på när de avgör de frågor som föreläggs dem. Om inte parterna själva har upptäckt de konstitutionella aspekterna av ett ärende så ska heller inte domstolarna aktualisera grundlagen, såvida det inte finns ”särskild anledning”.

Förtydliga domstolarnas roll

En annan angelägen reform gäller grundlagens bestämmelser om domstolarna. I dag behandlas domstolarna i stor utsträckning på samma sätt som förvaltningsmyndigheterna.

Det gäller redan i första kapitlet om statsskickets grunder (RF 1:8). Det gäller också regeringsformens 11 kapitel, som typiskt nog bär titeln ”Rättskipning och förvaltning”; få andra länder skulle komma på tanken att blanda samman den dömande och den verkställande makten. Också paragrafen om rättssystemets hierarkiska organisering och om lagprövning (RF 11:14) innehåller en formulering som typiskt nog placerar ”domstol och annat offentligt organ” i samma kategori.

Ett annat uttryck för domstolarnas svaga ställning i svensk politisk kultur är att uttrycket ”den tredje statsmakten” inte som i många

[36] Jfr Erik Holmberg, Nils Stjernquist m.fl., *Vår författning*. 13 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2003 s. 215.

andra länder hänvisar till den dömande makten, utan till pressens roll.

Enligt regeringsformen ska alltså både domstol och ”annat offentligt organ” pröva om en ”föreskrift” står i strid med ”bestämmelse i grundlag eller annan överordnad bestämmelse” (RF 11:14). Detta kan sägas vara positivt, så länge paragrafen tolkas som ett klargörande om att regelhierarkin gäller för alla offentliga organ, inte bara domstolarna. Om paragrafen har någon praktisk effekt så bidrar den således till att förstärka konstitutionen och andra överordnade rättsregler.

Denna sida av bestämmelsen bör ses i ljuset av de svenska förvaltningsmyndigheternas självständighet när de ”i särskilt fall” ska ”besluta i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag” (RF 11:7). Även om man kan diskutera hur självständiga myndigheterna i praktiken är, och vilken betydelse som informell styrning har och bör ha, så finns här en kärna som gör Sverige till en europeisk förebild. Den svenska grundlagens åtskillnad mellan regering och förvaltningsmyndigheter kan bidra till att skapa tydligare ansvarsförhållanden än de system för ministerförvaltning som eljest är vanliga i Europa. Den svenska modellen gör det lättare att förverkliga den möjlighet till långsiktighet som ligger i politisk styrning genom generella rättsregler i stället för politisk intervention i enskilda fall.[37]

En mindre välvillig läsning av paragrafen om lagprövning (RF 11:14) ligger emellertid väl så nära. Den bör främst ses mot bakgrund av den i Sverige dominerande synen på ”rättskipning” som en verksamhet som ligger i linje med ”förvaltning”. Ett sådant betraktelsesätt har stora konsekvenser för samhällets syn på domarna och deras självständighet — och för domarnas syn på sig själva. I en sådan atmosfär är det föga sannolikt att domstolarna kan väsentligt bidra till att säkra konstitutionens genomslagskraft.

Konstitutionen bör alltså mycket tydligare än i dag klargöra att domstolarna har en viktig, självständig del av den offentliga makten. Exempel från andra länder, exempelvis Danmark och Finland, visar att detta kan åstadkommas med enkla medel. En central bidrag vore redan om grundlagen innehöll en formulering som ”Den dömande makten utövas av oberoende domstolar”.

På sikt skulle en grundlagsparagraf som tydliggör domstolarnas ställning också kunna få praktiskt värde, både indirekt och direkt. I nordisk samanhang ger Tvinddomen i Danmarks högsta domstol i februari 1999 ett betydelsefullt exempel på den konstitutionella maktdelningens praktiska konsekvenser. Med utgångspunkt i danska grundlagens § 3, som reglerar maktdelningen inom staten och bland annat säger att den dömande makten utövas av domstolarna, visade den att också den lagstiftande makten lyder under konstitutionen.

[37] Jfr Eivind Smith, ”Sverige som konstitutionell demokrati”, op.cit. s. 32–35.

Lagprövningsrättens marginella karaktär

Den allmänna principen om domstolskontroll är nu sedan länge accepterad i Sverige. Debatten gäller alltså inte mellan ja eller nej, utan närmare bestämt hur ett system med lagprövning kan bidra till att stärka konstitutionen som folkets egendom och som politiskt instrument.

En viktig premiss för denna del av debatten bör vara att domstolskontroll varken kan eller bör ersätta den politiska kontrollen av lagstiftningens närmare innehåll. I en välfungerande konstitutionell demokrati är uppströmskontrollen betydligt viktigare. Domstolskontroll är heller inte den enda formen för granskning av lagar som beslutats; den offentliga debatten, regeringen, riksdagen, och dessutom väljarna, kan efter omständigheterna vara väl så viktiga. Dessutom kan domstolarna inte själv initiera de fall som de granskar, och rättsväsendets kapacitet är under alla omständigheter begränsad jämfört med lagstiftningsapparaten och dens resurser.

Trots det intryck som debatten om ”juridifiering” kan ge så är domstolskontrollen på det hela taget av marginell karaktär. Även i de länder som är mest kända för aktiva författningsdomare, såsom USA, Tyskland och Frankrike, är det bara en ringa andel av lagstiftningen som är underkastad sådan kontroll, och andelen lagbestämmelser som åsidosätts på grund av de befunnits konstitutionsstridiga är försvinnande liten.[38]

Även om det finns en tendens till att överdriva lagprövningsrätten som ”hot” mot lagstiftningsmakten, är möjligheten att utlösa en sådan kontroll principiellt väsentlig, inte minst i preventivt syfte. Dessutom kan den givetvis ha stor betydelse för parterna i det enskilda fallet. Därför kan inte debatten om lagprövningsrättens legitimitet i ett demokratiskt samhälle avfärdas som irrelevant.[39]

En av rättsstatens kärnpunkter är att en dom i ett enskilt fall är slutlig och bindande även för de andra statsmakterna. Ett enstaka fall är sällan av stor betydelse för politikens handlingskraft. Den tolkning av konstitutionen som domen bygger på avgör däremot också konstitutionens framtida innebörd. Men den förståelse av grundlagen som ligger bakom domen i det enskilda fallet blir dock bara gällande så länge som de grundlagsbestämmelser, som domen vilar på, inte ändras. När det gäller konstitutionens framtida ordalydelse är det inte domstolarna, utan den grundlagsstiftande makten, som har det sista ordet.

Så länge som det är så lätt att ändra Sveriges grundlag som i dag innebär lagprövningsrätten inget hot mot politikens företrädesrätt. Situationen blir en annan om proceduren för grundlagsändringar re-

[38] Jfr närmare i Eivind Smith, ”Högsta (författnings)Domstolen?”, i *Festskrift till Ulf Bernitz,* op.cit.

[39] Se närmare i Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret,* op.cit. del VIII och samma, ”The Legitimacy of Judicial Review of Legislation: a comparative Approach”, i Eivind Smith, red., *Constitutional Justice under Old Constitutions,* op.cit.

formeras i den riktning som här föreslås. Men den grundläggande poängen kvarstår. Det är inte domstolarna, utan politiken som har det sista ordet när det gäller konstitutionens framtida innehåll.[40]

Författningsdomstol?

I detta perspektiv blir det av mindre betydelse huruvida den konstitutionella kontrollen bör utföras av vanliga domstolar (såsom i USA, Norge och Sverige) eller av särskilda författningsdomstolar (som i flertalet europeiska länder). Det är mer än fråga om medel än om mål.

På en punkt är en reform uppenbart nödvändig: Om konstitutionen får större praktisk betydelse än i dag kan Sverige inte leva med två högsta instanser som båda har befogenhet att fatta det avgörande beslutet om hur grundlagen ska tolkas.

Om en särskild författningsdomstol införs så löses problemet automatiskt. Men det finns också andra sätt att organisera konstitutionell kontroll.[41]

En modell är att lägga besluten om hur konstitutionen ska tolkas i ett organ som består av domare från både Högsta domstolen och Regeringsrätten; Grekland tillämpar ett sådant system. Denna modell liknar för övrigt Lagrådets organisering, men här skulle besluten vara bindande, inte bara rådgivande.

En annan modell är att upprätta en egen ”kammare” med särskilda uppgifter av konstitutionell karaktär. Här erbjuder konstitutionskammaren i Estlands högsta domstol ett intressant exempel. Förutsättningen är dock att Högsta domstolen och Regeringsrätten först slås samman.

Ett argument som talar till förmån för en särskild författningsdomstol har att göra med domstolarnas sammansättning och domarnas insikter i frågor av konstitutionell karaktär. Såsom det svenska systemet fungerar i dag utgör frågor med konstitutionella aspekter endast en försvinnande liten del av verksamheten i de två högsta domstolarna.[42] Domarna har vanligen en bakgrund i andra juridiska områden såsom straffrätt, familjerätt och avtalsrätt. Inget av dessa förhållanden talar för en så aktiv och självständig lagprövningsrätt som krävs för en stark och folkligt förankrad konstitution.

Härtill kommer den svenska ordningen att Regeringskansliet är den aktiva parten vid domarutnämningarna. Många domare har en del av sin karriär förlagd till Regeringskansliet. Processen äger dessutom rum praktiskt taget utan offentlig insyn.[43]

[40] Jfr Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret,* op.cit. s. 322 ff.
[41] Jfr t.ex. Caroline Taube, ”System för lagstiftningskontroll”, i Smith och Petersson, red., *Konstitutionell demokrati,* op.cit.
[42] Jfr Caroline Taube, ”Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister?”, i Smith och Petersson, red., *Konstitutionell demokrati,* op.cit.
[43] Om det svenska systemet i ett komparativt perspektiv, se t.ex. Caroline Taube, ”Court Models and Procedures”, i Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change,* op.cit.

I ett folksuveränitetsperspektiv bör domarna inte tillhöra en enda grupp. Dagens svenska system lägger domarrekryteringen alltför tätt intill den verkställande makten. Ett alternativ som framförts är att rekryteringen av nya ledamöter till de högsta domstolarna läggs på ett kollegialt organ med stark domarrepresentation.[44] Men en sådan modell riskerar samtidigt att införa en form av självrekrytering (kooptering) som knappast är acceptabel, åtminstone när det gäller att stärka domstolarnas legitimitet som organ för konstitutionell kontroll.[45]

Lösningen måste därför sökas i en tredje riktning, där erfarenheterna från de europeiska författningsdomstolarna ger användbara lärdomar. Eftersom konstitutionella frågor i ett visst avseende är av politisk karaktär är det avgörande att finna domare som har insikt i sådana frågor. Politisk erfarenhet kan vara ett nyttigt komplement till den juridiska kompetens som alltjämt måste vara ett huvudkriterium vid rekryteringen. Men för att undvika att grundlagen hamnar i händerna på någon bestämd grupp måste det politiska element, som alltid — och även i dag — finns vid rekryteringen, bli mycket mer öppet och balanserat.

Mot denna bakgrund ligger det nära till hands att dra in riksdagen som godkännande instans. Målet med en sådan reform är inte att göra domstolskontrollen ”politisk” i någon enkel, partipolitisk mening. Syftet är i stället att tillförsäkra att författningsdomarna, eller de domare i de högsta instanserna som särskilt har hand om konstitutionell kontroll, är i stånd att utföra denna uppgift på ett kompetent sätt och har en sammansättning som är ägnad att skapa förtroende i olika politiska läger.

Om konstitutionen, och därmed lagprövningsrätten, ska tas på allvar måste alltså dagens system för domarrekrytering läggas om. Ett ökat inslag av självrekrytering är oacceptabelt när det gäller uppgifter av konstitutionell karaktär. Lösningen måste därför sökas i ett system som är mer öppet och balanserat när det gäller att ta politiska kriterier i beaktande. Det är inte minst av detta skäl som många europeiska länder har valt att införa särskilda författningsdomstolar, med ett starkare politiskt inslag i rekryteringen, snarare än att lägga lagprövningsrätten i händerna på domare av mer traditionell, teknisk-juridisk inriktning.

Om Sverige väljer att införa en författningsdomstol blir en sådan mer öppen rekrytering ett viktigt inslag i reformen. Men en reform i denna riktning bör aktualiseras även inom ett system som mer liknar dagens. Också i detta avseende kan högsta domstolen i Estland, med sitt system av större öppenhet i rekryteringen och med en separat

[44] SOU 2000:99. *Domarutnämningar och domstolsledning*. Betänkande från Kommittén om domstolschefens roll och utnämningen av högre domare.
[45] Jfr Eivind Smith, ”Courts and parliament: the Norwegian system of judicial review of legislation”, i Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change,* op.cit. s. 181 ff., särskilt på s. 180 ff.

konstitutionskammare, ge värdefullt material för den fortsatta debatten.[46]

Domstolar bör kontrollera laglighet, men inte politisk lämplighet

Argumenten för en starkare konstitutionell demokrati innebär att domstolarna ska vakta över de politiska besluten, inte själva hitta på dem. Konstitutionen bestäms av riksdagen (och i framtiden kanske också av väljarna); det är riksdagen som stiftar lagar. Bestämmelserna ändras på samma vis. Om denna förutsättning väsentligt åsidosätts så sviktar poängen om domstolar som medel för att ge konstitutionen starkare genomslagskraft.[47]

En sådan förutsättning är emellertid en förenkling. Konstitutionella normer måste tolkas och resultaten kan ligga mer eller mindre långt ifrån vad som följer av en naturlig läsning av texten eller av vad som tidigare antagits. Behovet av tolkning blir inte mindre, utan snarare större med en ny grundlag med fler generella regler och färre detaljer. En sådan utveckling är emellertid nödvändig om Sverige önskar gå över till en mer styrande, normativ konstitution.

Det faktum att tolkning är nödvändig, och därför legitim, innebär emellertid inte att domarna bör ställa sig fria i förhållande till de politiska beslut som kontrollen måste bygga på och som ger den dess politiska legitimitet. Dessutom finns alltid en möjlighet till korrektion med sikte på framtiden. Skulle denna möjlighet att korrigera kursen genom demokratiskt förankrade grundlagsändringar inte finnas så skulle det vara svårt att försvara lagprövningsrätten i ett samhälle baserat på principen om folksuveränitet. I ett sådant system är det ju folket, inte politikerna, juristerna eller andra grupper, som ska ha det sista ordet om vilka regler som ska gälla i framtidens samhälle.

Sverige har svårt att finna denna uppgiftsfördelning och balans mellan de olika statsmakterna. Det innebär nu inte alltid att domstolarna framstår som svaga. Tvärtom finns det exempel på hur svenska domstolar fått uppgifter som egentligen borde ligga på politiskt ansvariga organ.

Svenska förvaltningsdomstolar (länsrätter, kammarrätter och Regeringsrätten) har den viktiga uppgiften att pröva överklaganden av myndigheters beslut gentemot enskilda. De gällande bestämmelserna innebär att förvaltningsdomstolarna som huvudregel har frihet att pröva inte endast lagenligheten utan också lämpligheten i förvaltningsbesluten. Det innebär att de har samma makt att bedöma beslutens innehåll som exempelvis regeringen och de folkvalda organen i kommunerna.

Systemet avviker från det allmäneuropeiska mönstret, där domstolarna som huvudregel endast får pröva lagligheten. Det svenska sär-

[46] Jfr närmare i Caroline Taube, *Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania. A Study in Comparative Constitutional Law.* Uppsala: Iustus förlag, 2001.

[47] Jfr Eivind Smith, "Constitutional cultures: the constitution between politics and law", i Smith, red., *The Constitution as an Instrument of Change,* op.cit.

draget kan endast förklaras historiskt av att de svenska förvaltningsdomstolarna endast gradvis och sent frigjorts från förvaltningsapparaten.[48] Det svenska systemet innebär att förvaltningsdomstolarna inte bara har makt att tolka de beslut som fattats av de politiskt ansvariga organen, utan också att själv skapa de normer som kontrollen ska bygga på.

I ett annat avseende har det visat sig att de svenska domstolarna tvärtom hade för svaga befogenheter. Tidigare kunde regeringsbeslut i förvaltningsärenden inte överklagas; den överdrivit starka ställningen för de svenska förvaltningsdomstolarna är en viktig förklaring. Resultaten blev att Sverige i en rad fall kom att fällas av den europeiska människorättsdomstolen i Strasbourg för brott mot Europakonventionen, som stadgar att envar har rätt att få sina civila rättigheter prövade av en oberoende domstol (art. 6).

Som en följd av dessa fällande domar infördes rättsprövningslagen. Huvudregeln är att domstolskontrollen begränsas till att pröva om det överklagade beslutet håller sig inom de gränser som följer av lag och rätt. Däremot får domstolarna inte gå in på lämplighetsavvägningar, där alltså regeringen alltjämt har sista ordet.

I detta avseende har Sverige därmed fått ett system som liknar det som numera förekommer i övriga Europa. Det reflekterar huvuddragen i den maktdelning mellan politiska och rättsliga organ som bör råda i en demokrati. Därför bör rättsprövningslagen bilda en modell för en reform av förvaltningsdomstolarnas uppgift. Domstolar ska som huvudregel ha makt att pröva laglighet, men inte politisk lämplighet.

Denna artikeln visar att frågan om domstolarnas roll har fler dimensioner än vad svensk debatt ofta ger intryck av. Det handlar inte om att stärka den ena gruppens makt på den andras bekostnad, det handlar inte om en dragkamp mellan ”jurister” och ”politiker”. Först och främst måste man ta ställning till frågan om vem som ytterst bör ha makten över konstitutionen. Artikelns svar är: folket. Därnäst kan man börja diskutera hur roller och uppgifter ska fördelas mellan de lagstiftande, verkställande och dömande grenarna av statsmakten i syfte att säkerställa denna ambition på bästa möjliga sätt.

[48] Jfr Eivind Smith, ”Sverige som konstitutionell demokrati”, op.cit. s. 17 ff.