En utökad lagprövningsrätt — en kostym eller tumme?

Av universitetslektorn LOTTA LERWALL

I denna uppsats diskuterar författaren Expertgruppens förslag om att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet i regeringsformen 11:14 i relation till principerna för statsskicket i första kapitlet regeringsformen. Författarens utgångspunkt är förarbetsuttalanden om förhållandet mellan folksuveränitetens och parlamentarismens principer och lagprövningsrätten. De förmodade effekter som Expertgruppen lyfter fram diskuteras i ljuset av dessa uttalanden. Avslutningsvis diskuterar författaren de effekter som förutspås såsom argument för en förstärkt lagprövningsrätt.

Inledning

Lagprövningsrätten är en sedan länge omdiskuterad fråga, som genom Grundlagsutredningens uppdrag ånyo har fått aktualitet. I sin rapport om normkontroll ger Expertgruppen förslag på olika modeller för en förstärkt normkontroll. En av dessa modeller handlar om att helt avskaffa uppenbarhetsrekvisitet i regeringsformen 11:14 och på så sätt utöka möjligheterna till lagprövning. (Nuvarande ordning innebär att en rättstillämpande myndighet skall underlåta att tillämpa en lag som står i strid med grundlag endast om felet är *uppenbart.*) En utgångspunkt för Expertgruppens arbete har varit att principerna för det svenska statsskicket, som framgår i första kapitlet regeringsformen, skall bibehållas.[1] I detta kapitel kommer folksuveränitetsprincipen till uttryck i första paragrafen, som stadgar att ”all offentlig makt utgår från folket”, och i fjärde paragrafen, vilken klargör att ”riksdagen är folkets främsta företrädare”. Det sägs även att den svenska folkstyrelsen förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick (RF 1:1). Det är alltså inom dessa ramar som en utökad lagprövningsrätt skall inrymmas. Lagprövningsrätten finns redan (sedan länge) i svensk rätt och har följaktligen ansetts förenlig med folksuveränitetsprincipen och ett parlamentariskt styrelseskick. I denna uppsats diskuteras Expertgruppens förslag att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet vid lagprövning i relation till dessa principer. Fokus ligger därför på domstolarnas kontroll av lagstiftning. Den centrala frågan är om en utökad lagprövningsrätt, och de effekter som en sådan förväntas innebära, ryms inom ramen för principerna om statsskicket i första kapitlet regeringsformen. Avslutningsvis diskuteras även ett antal av de effekter som Expertgruppen förutspår som argument för en för-

[1] Rapport från Grundlagsutredningens expertgrupp om olika former av normkontroll (2007-03-30) s. 6.

ändring av lagprövningsrätten. Finns det poänger med att utöka lagprövningsrätten även om det inte blir så stor skillnad i praxis?

Något om parlamentarism och maktdelning

I regeringsformen 1:1 stadgas att all offentlig makt utgår från folket och att den svenska folkstyrelsen förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick. Ett *parlamentariskt statsskick* utmärks av parlamentets dominerande roll. Regeringen är ansvarig inför riksdagen. Det finns inget annat statsorgan som i sista hand kan fatta de väsentliga politiska besluten och därmed konkurrera med riksdagen om dess rang.[2] Författningsutredningen kommenterade att det som utmärker en parlamentarisk demokrati (som inte är en förbundsstat) är att det är *ett* organ, parlamentet, som intar den principiellt ledande ställningen och att det är ”främst genom detta organ som folkets inflytande kommer till uttryck”.[3] Det är alltså inte fråga om sidoordnade organ för lagstiftande, styrande och verkställande makt.[4]

Med *maktdelning* avses däremot ett styrelseskick där den offentliga makten är uppdelad i tydligt avgränsade, från varandra åtskilda, delar.[5] Uppdelningen kan också innebära att de olika statsorganen kontrollerar varandra (t.ex. USA).[6] 1809 års regeringsform byggde på maktdelning mellan kung och riksdag. Författningsutredningen kommenterade att en författning som bygger på folksuveränitetens princip inte räknar med några av folket oberoende ”makter”.[7] Det framkommer också i regeringsformen att det är riksdagen som är folkets främste företrädare och att det är riksdagen som stiftar lag (RF 1:4).

Det svenska systemet saknar, med vissa undantag (den oberoende förvaltningen och den kommunala självstyrelsen), inslag av maktdelning.[8] Kravet på en ändamålsenlig arbetsfördelning gör att olika uppgifter fördelas mellan lagstiftande, styrande, administrerande och rättstillämpande grenar av statsmakten även i ett parlamentariskt system. Denna funktionsuppdelning är inte detsamma som maktdelning. Med maktdelning avses något mer än att statens olika uppgifter fördelas på olika maktorgan.[9] Därutöver krävs att statsorganen balanserar varandra.[10]

[2] SOU 1963:17 (Författningsutredningen: VI, Sveriges statsskick. Del 2. Motiv) s. 129.
[3] A. bet. s. 151.
[4] Se t.ex. SOU 1963:17 s 129 och SOU 1972:15 (Ny regeringsform. Ny riksdagsordning. Betänkande av Grundlagberedningen) s. 93 och 101.
[5] Petersson, Den offentliga makten, SNS förlag, 2007, s. 14.
[6] Hermansson, *Om att tämja folkmakten* i SOU 1999:76 (Maktdelning Demokratiutredningens forskarvolym I,) s. 26 f.
[7] SOU 1963:17 s. 150.
[8] Hermansson, s. 26 f.
[9] SOU 1963:17 s. 151.
[10] Hermansson, s. 26 f.

Något om normhierarki och legalitetsprincipen

Innan jag kommer in på frågan om en utökad lagprövningsrätt, genom att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet, är förenlig med folksuveränitetstanken och det parlamentariska styrelseskicket, vill jag säga något om normbundenhet och normhierarki då dessa anges vara ursprunget till lagprövningsrätten.

Sverige brukar sägas vara en konstitutionell monarki.[11] Utmärkande för en konstitutionell styrelseordning är framförallt att statsmakten skall vara bunden, begränsad och gärna också balanserad.[12] Idéerna om rättsstat och folksuveränitet kan förenas genom tankegången att staten binds av lagar som har sin grund i folkets vilja. Detta är den konstitutionella demokratins idémässiga grundbult. Enligt Hermansson ligger emellertid poängen i att statens agerande skall reflektera folkviljan, inte i att den skall vara bunden, medan Smith betonar att just bundenheten till konstitutionen gör demokratin *konstitutionell.*[13]

Den offentliga maktens normbundenhet framgår i regeringsformen 1:1 där det sägs att ”den offentliga makten utövas under lagarna”. Att offentliga organ är bundna av gällande rätt är en självklar grundsats för en rättsstat.[14] Förutom att de offentliga organen är bundna av rättsordningen (legalitetsprincipen) kan de inte meddela föreskrifter i strid med normer av högre rang, vilket anses följa av regeringsformens normhierarki. Av det svenska normgivningssystemets uppbyggnad följer att en norm på högre nivå principiellt har företräde framför en norm på lägre nivå. En norm på lägre nivå kan följaktligen inte ändra en norm på högre nivå.[15] Detta följer även av den formella lagkraftens princip (RF 8:17).

Ett normkontrollssystem handlar ytterst om att kontrollera att statsorganen, vid sin normgivning, inte brister i efterlevnaden av legalitetsprincipen och respekten för normhierarkin. I ett parlamentariskt system är det inte självklart vem som skall utföra en sådan kontroll, vilket också har givit avtryck i den debatt som varit. Ett synsätt är att riksdagen som folkets främsta representant och ensam lagstiftare är den som i slutänden har att avgöra om en lag är förenlig med grundlagen eller inte.[16] Ett annat är att kontrollen bäst sker i domstolar.[17]

[11] Petersson, s. 44.
[12] Hermansson, s. 11. Se även Smith, Sverige som konstitutionell demokrati, SvJT 2000 s. 11.
[13] Hermansson, s. 12, Smith (2000) s. 16.
[14] SOU 1993:40 Del A (Fri- och rättighetsfrågor Regeringsformen Delbetänkande av Fri- och rättighetskommittén) s. 221.
[15] Holmberg, Stjernquist m.fl. Grundlagarna Regeringsformen Successionsordningen Riksdagsordningen, 2:a uppl. 2006, s. 330.
[16] Se t.ex. KU 1978/79:39 (med anledning av prop. 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m. jämte motioner) s. 13, prop. 1975/76:209 s. 91 och 208 f., SOU 1975:75 (Medborgerliga fri- och rättigheter Regeringsformen Betänkande av 1973-års fri- och rättighetsutredning) s. 91 samt Holmström *Demokrati och juridisk kontroll* i SOU 1999:76 s. 136 ff.
[17] Se t.ex. SOU 2000:1 s. 250 och Nergelius *Grundlagsmodeller och maktdelning* i SOU 1999:76 s. 113–126.

Lagprövningsrätten

Domstolarnas lagprövningsrätt har vuxit fram genom praxis under 1900-talet och när den fördes in i regeringsformen år 1980 var frågan inte längre om det existerade en lagprövningsrätt, utan om det var lämpligt att kodifiera den eller inte.[18] När så ett materiellt rättighetsskydd infördes i regeringsformen utökades lagprövningens omfattning och tiden ansågs mogen för att även lagprövningsinstitutet skulle föras in i grundlagen.[19] Inställningen till hur väl lagprövningsinstitutet är förenligt med regeringsformens uppbyggnad och innehåll har varierat alltifrån att det bör införas ett *förbud* i grundlagen för rättstillämpande myndigheter att pröva grundlagsenligheten av lagar till att grundlagens uppbyggnad till och med *kräver* att utomstående organ kontrollerar lagstiftningen.[20] Ett förslag i Expertgruppens rapport är att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet i regeringsformen 11:14 och på så sätt utöka möjligheten för domstolar (m.fl.) att åsidosätta lagar som inte är förenliga med grundlagen. I förarbetena till nuvarande ordning har synsättet varit att lagprövningsrätten inte inskränker folksuveränitetsprincipen så länge den är starkt begränsad. Jag skall i det följande ta upp förarbetsuttalanden för att belysa detta och för att sedan sätta det i relation till Expertgruppens förslag om att ta bort uppenbarhetsrekvisitet. Jag fokuserar på behovet av yttre kontroll, frågan om politisk maktförskjutning och förutsättningarna för att lagprövning har ansetts vara förenlig med principerna för statsskicket.

När det gäller förarbetsuttalanden angående *behovet* av att organ som är fristående från riksdagen kontrollerar lagstiftningen är skälen för denna yttre kontroll framförallt knutna till den nya rättighetsregleringen som infördes i grundlagen. 1973 års fri- och rättighetsutredning konstaterade att fri- och rättighetsskyddet krävde en kontroll som var oberoende av de politiska organen, för att skydda fri- och rättigheterna.[21] Även departementschefen uttalade vid införandet av andra kapitlet (om fri- och rättighetsskydd) i regeringsformen att det är nödvändigt med en kontrollapparat som ligger utanför riksdagen eller något av dess organ. Han underströk att rättighetsskyddet tar sikte på att hindra missbruk av lagstiftningsmakten och att det då ter sig

> ”föga konsekvent att låta skyddets styrka helt vara beroende av lagstiftarens goda vilja att rätta sig efter skyddsreglerna. […] Skall skyddet ha någon verklig effekt i de krissituationer för vilka det i första hand är avsett, kan man svårligen undvara en från riksdagen fristående kontrollapparat”.[22]

[18] Se SOU 1978:34 s.108 f. och prop. 1978/79:195 s. 39 ff.
[19] Prop. 1978/79:195 (om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.) s. 41 f. och KU 1978/79:39 s. 10–13.
[20] Se SOU 1972:15 s. 107 f. och prop. 1975/76:209 (om ändring i regeringsformen) s. 208.
[21] SOU 1975:75 s. 104 ff.
[22] Prop. 1975/76:209 s. 94.

Det avgörande skälet till en fristående kontroll av framförallt riksdagens, men även övriga normgivande organs normer, var alltså behovet av att kunna kontrollera att ett starkt rättighetsskydd garanteras. Inför kodifieringen av lagprövningsrätten uttalade Rättighetsskyddsutredningen att en från riksdagen fristående kontrollapparat svårligen kunde undvaras om grundlagens rättighetsskydd skulle bli tillräckligt effektivt.[23] Rättighetsskyddsutredningen kommenterade även att det än mindre kunde bli fråga om en ”övergång till ett system med enbart politisk normkontroll”.[24] Även Fri- och rättighetskommittén konstaterade att möjligheterna till en effektiv och verksam lagprövning måste kunna garanteras mot bakgrund av möjligheten att inskränka fri- och rättigheter i enlighet med regeringsformen 2:12.[25]

I detta sammanhang diskuterades även frågan om *förskjutning av politisk makt* till domstolar och lagprövningsrättens förhållande till principerna för statsskicket. Författningsutredningen ansåg inte att den lagprövningsrätt som fanns (som senare kodifierades genom regeringsformen 11:14) innebar någon maktdelning ”i äldre betydelse”.[26] Även i andra förarbeten sägs att en yttre kontroll i form av lagprövning inte kan anses stå i strid med principerna för statsskicket. I samband med att fri- och rättighetskapitlet infördes konstaterade departementschefen att det i och för sig är tillräckligt att de normgivande organen själva gör prövningen. Han framhöll att lagprövningsrätten inte är en nödvändig konsekvens av rättsordningens uppbyggnad ”med rättsregler som är systematiserade på olika nivåer på sådant sätt att reglerna på en nivå i princip har företräde framför reglerna på en annan”, men att grundlagen inte heller utesluter en lagprövningsrätt. Varje form av rättslig kontroll av riksdagens lagstiftningsverksamhet står inte i strid med folksuveränitetsprincipen.[27]

När lagprövningsrätten några år senare infördes i regeringsformen (1980) betonade dåvarande departementschef att kontrollsystemet inte får ge ”upphov till några förskjutningar i det vanliga politiska maktsystemet”.[28] Enligt honom var det emellertid inte möjligt för domstolar och andra myndigheter att få någon ställning som politiska maktfaktorer genom lagprövningsinstitutet då den rättsliga kontrollen äger rum inom den vanliga rättstillämpningsverksamheten.[29] Genomgående innehåller förarbetena uttalanden om att lagprövningsrätten inte får innebära att politisk makt förs över till domstolarna. Konstitutionsutskottet har med emfas framhållit riksdagens roll som främste uttolkare av grundlagen. Utskottet betonade vid lagpröv-

[23] SOU 1978:34 (Förstärkt skydd för fri- och rättigheter Betänkande av rättighetsskyddsutredningen) s. 109. Se även prop. 1978/79:195 s. 41.
[24] Se SOU 1978:34 s. 109.
[25] SOU 1993:40 Del A s. 225.
[26] SOU 1963:17 s. 151.
[27] Prop. 1975/76:209 s. 92 f.
[28] Prop 1978/79:195 s. 41.
[29] A. st.

ningsrättens kodifierande att det är ”naturligt att riksdagen är den instans som är bäst ägnad att pröva om viss föreskrift är grundlagsenlig” med motiveringen att det är riksdagen som enligt grundlagen den främste lagstiftaren och det endast är riksdagen som kan stifta grundlag.[30] Konstitutionsutskottet tillstyrkte dock förslaget att införa lagprövningsrätten i regeringsformen så länge det skedde i en begränsad form.[31] Samtidigt som man valde att kodifiera lagprövningsrätten stod det klart att återhållsamhet i dess tillämpning anbefalldes. Det skulle därför fordras att ”föreskriften materiellt sett är oförenlig med ett grundlagsstadgande eller att det vid föreskriftens beslutande förekommit ett klart och direkt åsidosättande av ett uttryckligt stadgande i grundlag eller RO om lagstiftningsproceduren” för att kunna åsidosätta tillämpningen av lagen.[32] Även Fri- och rättighetskommittén framhöll i mitten på 1990-talet att ett grundläggande krav för den rättsliga kontrollen av lagstiftningen är att den inte får innebära att politisk makt förs över till domstolar och förvaltningsmyndigheter och att lagprövningen i nuvarande form inte medför att dessa har någon ställning som politiska maktfaktorer.[33]

Den återhållsamhet som uppenbarhetsrekvisitet i regeringsformen 11:14 ger uttryck för har sin grund i en rad förarbetsuttalanden under många år, som i och för sig är resultat av politiska kompromisser, men som samstämmigt markerar att förutsättningarna för att en lagprövningsrätt skall kunna accepteras inom ramen för regeringsformen har varit att den tillämpas sällan och restriktivt. Den skall betraktas som en undantagsföreteelse. Uttalanden om lagprövningens begränsade betydelse löper som en röd tråd genom förarbetena. Exempelvis förmodade Författningsutredningen att lagprövningsinstitutet inte kommer att aktualiseras ofta.[34] I propositionen om ny regeringsform sade departementschefen att lagprövningsrätten får ”ringa eller ingen praktiskt betydelse”.[35] I samband med 1976 års fri- och rättighetsreform anförde departementschefen att det var självklart att judiciell överprövning av riksdagens beslut inte fick bli någon reguljär företeelse.[36] När rättighetsskyddet stärktes några år senare framhöll konstitutionsutskottet att lagprövningen inte skulle bli ett normalt inslag i rättstillämpningen.[37] Även Fri- och rättighetskommittén utgick från att lagprövning skall vara en sällsynt företeelse. Kommittén sade att man normalt kan utgå ifrån att statsmakterna utan vidare följer grundla-

[30] KU 1978/79:39 s. 13. Senare har Fri- och rättighetskommittén gjort samma uttalande. SOU 1993:40 Del A s. 229.
[31] KU 1978/79:39 s. 10–13.
[32] A. bet. s. 13.
[33] SOU 1993:40 Del A s. 225 och 229.
[34] SOU 1963:17 s. 156.
[35] Prop. 1973:90 s. 201.
[36] Prop. 1975/76:209 s. 94.
[37] KU 1978/79:39 s. 12.

gens bestämmelser och att lagprövningen därför är tänkt att verka som säkerhetsanordning som utlöses i sällsynta fall.[38]

En förutsättning för att lagprövningsrätten inte skall hota folksuveränitetsprincipen och det parlamentariska statsskicket har således varit att det är fråga om den begränsade form av lagprövningsrätt som hittills har gällt. Inställningen synes ha varit att denna inte innebär någon skiftning i maktförhållandena och följaktligen inte hotar principerna för statsskicket. Skälet till att, en från riksdagen fristående kontroll av lagstiftningen, inte anses hota demokratin och parlamentarismen är att institutet förväntas bli tämligen betydelselöst.

Dessa uttalanden ger intryck av att en utökad lagprövningsrätt vore utesluten om den skulle innebära en långtgående rätt för domstolar att överpröva och underkänna lagstiftning mot bakgrund av principerna i första kapitlet regeringsformen. Jag skall därför nedan diskutera de effekter som Expertgruppen beskriver som tänkbara till följd av att uppenbarhetsrekvisitet avskaffas och sätta dem i relation till förarbetsuttalanden om principerna för statsskicket. Först skall jag emellertid säga något om folksuveränitetsprincipen och domstolskontroll av lagstiftning.

Lagprövningsrätten och folksuveränitetsprincipen

Den syn om krav på en begränsad lagprövningsrätt, som kommer till uttryck i de olika förarbetena till nuvarande lagprövningsrätt, har sin grund i tanken om folksuveränitetsprincipens primat. Detta synsätt lägger tonvikten vid majoritetsprincipen och att det är riksdagen som bäst tolkar innehållet i lagen såsom ensam lagstiftare och högsta statsorgan. Uppfattningar om vad folksuveränitetsprincipen och demokratibegreppet omfattar varierar dock. I de nordiska länderna har tonvikten lagts vid att se folksuveränitetsprincipen enbart som en fråga om majoritetsstyrelse.[39] I demokratidebatten brukar talas om ett formellt respektive materiellt demokratibegrepp där det formella tar sikte på demokrati som beslutsteknik och där det materiella inbegriper krav på att det folkvalda parlamentet inte kränker individers rättigheter. Enligt det sistnämnda synsättet inrymmer folksuveränitetsprincipen en yttre kontroll av parlamentets lagstiftning.[40] Man kan också tänka sig ett demokratibegrepp som är liktydigt med majoritetsstyrelse, men som kompletteras med andra rättstatliga värden såsom krav på fastlagda spelregler och skydd för fri- och rättigheter.[41]

Synsättet att lagen är ett yttersta uttryck för folkviljan har haft en stark förankring i Sverige.[42] Mot bakgrund av detta synsätt kan man

[38] SOU 1993:40 Del A s. 229. Samma uttalande finns i SOU 1975:75 s. 108.
[39] Smith (2000) s. 14.
[40] Se t.ex. Numhauser-Henning, *Om rättens roll i en demokratisk samhällsutveckling*, i SOU 1999:76 s. 88, Larsson, Det svenska statsskicket, 2:a uppl. Studentlitteratur, 1994 s. 14 ff.
[41] Se Smith (2000) s. 14 och Holmström, s. 136 ff.
[42] Smith (2000) s. 30.

hävda att lagprövningsrätten inte står i kontrast till folksuveränitetsprincipen, eftersom lagprövningsrätten finns i grundlagen och således är ett uttryck för folkviljan. Om riksdagen beslutar att ändra regeringsformen och införa en utökad lagprövningsrätt är följaktligen även detta ett uttryck för folkviljan och förenligt med folksuveränitetsprincipen. I förlängningen skulle det innebära att riksdagen skulle kunna avskaffa lagprövningsrätten eller införa en författningsdomstol utan att det behövs några ändringar i första kapitlet regeringsformen avseende folksuveränitetsprincipen, eftersom beslutet grundar sig på folkets vilja.

Ett ytterligare argument för att lagprövningsrätten är förenlig med folksuveränitetsprincipen är att det är relativt lätt att ändra den svenska grundlagen. Den politiska majoritetens handlingsfrihet hotas därför endast i liten utsträckning av lagprövningsrätten. Om en domstol tolkar grundlagen på ett sätt som inte överensstämmer med riksdagens uppfattning så kan riksdagen utan större svårigheter ändra grundlagen (jfr. Danmark eller USA). Som regel räcker det med två riksdagsbeslut med mellanliggande val, utan krav på kvalificerad majoritet (RF 8:15). Det innebär att grundlagsändringar kan genomföras när det finns en politisk majoritet för dem.[43] Lagstiftaren kan på så sätt ändra oönskade domstolsutslag. Är det däremot mycket svårt, nästintill omöjligt, att ändra konstitutionen blir det svårare att acceptera lagprövningsrätten i ett demokratiskt perspektiv.[44] Sammantaget talar detta för att frågan kan besvaras så att man *kan* förena folksuveränitetsprincipen med en utökad lagprövningsrätt genom att se grundlagen som ett uttryck för den yttersta folkviljan.

Folksuveränitetsprincipen, som uttryck för den yttersta folkviljan, är emellertid inte obegränsad. Genom legalitetsprincipen i regeringsformen 1:1 är lagstiftaren bunden av grundlagen och därigenom begränsas majoritetsstyrelsens handlingsfrihet. Om lagstiftaren vill stifta lag eller grundlag skall den följa grundlagen. På så sätt är grundlagen en del av gällande rätt och Sverige en konstitutionell demokrati.[45] Finns det då något i grundlagen som begränsar riksdagens handlingsfrihet att göra mer eller mindre drastiska materiella ändringar i grundlagen (bortsett från den bundenhet som internationella åtaganden innebär)? Om man eftersträvar en konstitution som ett mer varaktigt styrinstrument för den statliga organisationen bör det finnas vissa begränsningar i hur grundlagen kan ändras. Som redan konstaterats ovan är den enda begränsningen i fråga om grundlagsändringar kraven i regeringsformen 8:15 om två omröstningar i riksdagen med mellanliggande val. Det finns inte några materiella hinder mot att en riksdagsmajoritet ändrar grundlagen, så länge som formerna

[43] Smith (2000) s 32, Holmström s. 144.
[44] Smith *Loven som høyeste uttrykk for almenviljen — eller konstitusjonelt demokrati?* i Statsbegreppet i omvandling, Malmberg (red.) Norstedts juridik, 1997, s. 14 f.
[45] Se vidare Smith (1997) s. 20 och (2000) s. 31.

för grundlagsändring iakttas (jfr. den tyska grundlagen). De formella kraven för grundlagsändringar hindrar tillfälliga majoriteter att göra snabba förändringar, men några större hinder mot grundlagsändring uppställs inte. I praktiken har man emellertid eftersträvat breda politiska kompromisser vid grundlagsändringar i syfte att skapa en varaktig grundlag och undvika kortvariga förändringar.

Av ovanstående kan man dra slutsatsen att folksuveränitetsprincipen och en utökad lagprövningsrätt kan förenas genom tanken om grundlagen som ett uttryck för folkets yttersta vilja. Rättsstatskrav på normbundna statsorgan hindrar inte detta. Det hittillsvarande synsättet på förhållandet mellan folksuveränitetsprincipen och lagprövningsrätten har emellertid lagt större vikt vid att domstolarnas rätt att överpröva lagstiftning inte får begränsa riksdagens makt och på så sätt hota folksuveränitetsprincipen. Förutsättningen för att lagprövningsrätten skall vara förenlig med denna syn på folksuveränitetsprincipen har varit att lagprövningsrätten betraktas som en undantagsföreteelse. Av det skälet skall nedan diskuteras hur en utökad lagprövningsrätt och de tänkbara effekter som Expertgruppen anger förhåller sig till de hittillsvarande förutsättningarna för lagprövningsrättens existens.

En utökad lagprövningsrätt

Expertgruppen ger två alternativ ifråga om att avskaffa uppenbarhetsrekvisitet. Det ena handlar om att helt och hållet ta bort uppenbarhetskravet, medan det andra alternativet enbart avser att upphäva uppenbarhetskravet ifråga om regeringsföreskrifter.[46] Jag fokuserar på lagprövning av lagstiftning och tar därför inte upp frågan om regeringsföreskrifter.

När det gäller nuvarande lagprövningsrätt kan sammanfattningsvis sägas att det i förarbetena framgår att lagprövningsrätten vuxit fram ur kravet på att även de högsta statsorganen är bundna av normhierarkin och gällande rätt, att man anser att det finns ett behov av extern kontroll till följd av rättighetsskyddet i grundlagen, att lagprövningsrätten i sin nuvarande form inte innebär att någon politisk makt överförts till domstolarna och följaktligen är förenlig med folksuveränitetens och parlamentarismens principer samt slutligen att detta är under förutsättning att lagprövningsinstitutet är en undantagsföreteelse och inte utgör något normalt inslag i rättstillämpningen.

Det framgår tydligt i förarbetena till nuvarande lagprövningsregel att man ansåg att denna, i sin begränsade utformning, inte medför att politisk makt överförs till domstolarna. Det sades t.o.m. att en fördel med att kodifiera lagprövningsrätten var att man på så sätt skulle kunna förhindra att den i praxis skulle få ett vidgat tillämpningsområde och kunna användas utan den begränsning som bl.a. uppenbarhetskravet innebär.[47]

[46] Expertgruppens rapport s. 44 ff.
[47] KU 1978/79:39 s. 13.

Expertgruppen är försiktig i sina uttalanden om vilka konsekvenserna av att ta bort uppenbarhetsrekvisitet kan bli. Gruppen uttalar å ena sidan att ett avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet skulle öka domstolarnas betydelse i kontrollsystemet. En förväntad konsekvens är att det kommer att finnas ett större utrymme för lagprövning och Expertgruppen anger uttryckligen att antalet normprövningsfall förväntas öka. Lagprövningen kommer därför att bli ett mer påtagligt inslag i rättstillämpningen och rättsläget kommer att, i högre utsträckning än i dag, bestämmas genom praxis.[48] Domstolarnas ställning i förhållande till den lagstiftande makten kommer således att förändras. Å andra sidan framhåller Expertgruppen att skillnaden kanske inte blir så dramatisk och att antalet fall av lagprövning i domstolarna inte blir så stort — om man utgår från erfarenheterna hittills. Även om det sannolikt kommer att vara fler fall än i dag som kommer att åsidosättas genom lagprövning, tror gruppen att det fortfarande kommer att röra sig om få åsidosättanden av lagar totalt sett.[49]

Det avgörande kravet för lagprövningsrättens förenlighet med principerna för statsskicket har enligt förarbetena varit att det inte medför att politisk makt förs över till icke folkvalda organ, domstolarna. Förarbetena klargör att en politisk maktförskjutning inte sker så länge som lagprövningsrätten tillämpas sällan och restriktivt. En motsatsvis slutsats blir då att en politisk maktförskjutning sker när lagprövning sker oftare än sällan och inte längre restriktivt.

Av expertgruppens rapport framgår att förslaget innebär att man kan räkna med ett ökat antal fall. Det tyder på att det inte längre skulle vara fråga om en tillämpning som sker sällan. Gruppen nämner även att det kommer att finnas ett *större utrymme* för lagprövning genom ett avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet, vilket skulle innebära att tillämpningen inte kommer att vara lika restriktiv som tidigare. Samtidigt anför gruppen, som nämnts, att det är oklart hur stor ökningen av antalet fall kan förmodas bli och att det fortfarande kommer att röra sig om få åsidosättanden av lagar totalt sett. Detta ger intryck av att lagprövningen fortfarande kommer att ske sällan och att det därmed inte blir fråga om någon politisk maktförskjutning.

Frågan om politisk maktförskjutning till domstolar kan emellertid inte besvaras enbart med resonemang om en ökning av antalet fall. Expertgruppen stannar inte vid att diskutera frekvensen av lagprövning i framtiden. Andra effekter nämns också. Ett avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet skulle kunna komma att medföra att lagprövningen blir ett mer *påtagligt inslag* i rättstillämpningen och att *rättsläget i högre grad kommer att beslutas genom praxis.* Slutsatsen är att *domstolarnas betydelse förväntas öka.* Detta synes vara förmodade konsekvenser oavsett antalet fall som leder till lagprövning. Hur stor effekten blir är dock osäkert.

[48] Expertgruppens rapport s. 44 ff.
[49] A.a. s. 45 och 60.

Det kan hävdas att varje liten ökning (av antal lagprövningsfall eller av domstolens betydelse och påverkan på rättsläget i förhållande till lagstiftaren) jämfört med vad som diskuterats i förarbetena innebär att lagprövningsrätten begränsar folksuveränitetens och parlamentarismens principer och att det rör sig om överföring av politisk makt. Mot detta kan anföras att man inte kan tala om politisk maktförskjutning så länge det är fråga om lagprövning i vanliga domstolsinstanser och andra rättstillämpande organ. Annat vore det om lagprövningen centraliseras till en enda (författnings-)domstol. I sådant fall skulle denna domstols utlåtanden få sådan betydelse att man kan tala om maktöverföring. I förarbeten, där frågan om författningsdomstol tas upp, avfärdas en sådan som icke förenlig med den svenska rättstraditionen.[50] Däremot framhålls lagprövningen (i dess nuvarande utformning) som en lämplig avvägning mellan olika intressen och att man kan ”vara säker på att domstolarna och andra myndigheter inte kommer att få någon ställning som politiska maktfaktorer”.[51] Argument för att så inte skulle ske är att de frågor som en författningsdomstol skulle ta ställning till skulle bli fokuserade på ett helt annat sätt än vad som sker vid en lagprövning enligt dagens ordning. ”Redan den centralisering av normkontrollen som systemet skulle innebära gör att det blir mera aktuellt med en politisk ’styrning’ av den dömande verksamheten”, vilket befaras leda till onödiga spänningar mellan den politiska och den dömande makten.[52] Detta förmodas alltså inte ske vid lagprövning i nuvarande form vid alla rättstillämpande organ.

Förutom att detta argument är kopplat till tanken att lagprövningen skall ske i sällsynta fall och därmed inte bli en politisk maktfaktor är tanken, som jag förstår det, att genom att det är en och samma instans som alltid avgör lagprövningsfrågan uppkommer en möjlighet att sätta en politisk agenda, som inte vanliga domstolar och rättstillämpande organ får möjlighet till. Ett sådant argument fokuserar alltså mer på *vem* som har möjlighet att underkänna lagstiftning, än på det faktum att lagstiftning får underkännas. Ett annat synsätt är att ta fasta på *förutsättningarna* för att få underkänna lagstiftning. Om dessa ökas, ökas även makten över lagstiftningen och därmed den politiska makten. Det är sannolikt att en författningsdomstol skulle få en helt annan tyngd och betydelse än vanliga rättstillämpande organ. Det faktum att vanliga domstolar (och myndigheter) är många, och därför inte anses kunna sätta en politisk agenda på samma sätt som man kan förmoda att en författningsdomstol skulle kunna göra, innebär emellertid inte att det skulle saknas möjligheter att överföra politisk makt till domstolar (m.fl.) genom en utökad lagprövningsrätt. Dessutom

[50] Se t.ex. SOU 1963:17 s. 156, prop. 1978/79:195 s. 41 och SOU 1993:40 Del A s. 227.
[51] Prop 1978/79:195 s. 41.
[52] SOU 1993:40 Del A s. 227.

kan man hävda att det även utan en författningsdomstol kan bli fråga om en centralisering av normkontrollen genom att möjligheterna att överklaga förvaltningsbeslut och domstolsavgöranden gör att det i slutänden är de två högsta domstolsinstansernas bedömningar som blir avgörande och på så sätt ”centraliseras” (och eventuellt) politiseras makten.

Det går inte att uttala sig säkert om graden av politisk maktförskjutning som förslaget kan medföra.[53] Å ena sidan är det mycket sannolikt att domstolarna kommer att få en ökad betydelse, oavsett i vilken mån antalet fall av åsidosatt lagstiftning ökar. Som Expertgruppen påpekar kommer en avgörande faktor för i vilken grad effekterna kommer att inträda vara vilka förarbetsuttalanden som görs.[54] Det ter sig dock svårt att hävda att det är tydligt att en utökad lagprövningsrätt skulle vara så ingripande i riksdagens sfär att principerna i första kapitlet regeringsformen måste ändras. Mot bakgrund av den syn på utrymmet för lagprövningsrätten, i förhållande till principerna om folksuveränitet och parlamentarism som varit gällande under lång tid, den kursändring som en utökad lagprövningsrätt skulle innebära samt den osäkerhet som råder ifråga om i vilken grad domstolarnas betydelse kommer att öka, är det emellertid önskvärt med ett klargörande av domstolarnas position i förhållande till riksdagen.

Om å andra sidan slutsatsen är att förändringen är så pass liten att det inte är fråga om politisk maktförskjutning i någon större omfattning än idag, uppkommer en annan fråga med anledning av Expertgruppens redogörelse för tänkbara konsekvenser. Expertgruppen säger, som redan nämnts, att det förvisso nog blir en ökning i antal fall, men att det totalt sett kommer att vara få åsidosättanden av lagar. Vad är i så fall meningen med att ändra regeln om det inte får någon – eller endast liten — praktisk betydelse?

Varför en utökad lagprövningsrätt?

Nedan diskuteras behovet av en utökad lagprövningsrätt och ett antal av de effekter som Expertgruppen tar upp, som argument för en utökad lagprövningsrätt.

Ett skäl till att utöka lagprövningsrätten skulle kunna vara att det finns ett ökat behov av yttre kontroll av lagstiftningen till följd av att dess kvalitet har sjunkit. Ett sådan argument utgår ifrån premissen att *riksdagen oftare felar nu för tiden*. En utgångspunkt i förarbetena till nuvarande lagprövningsrätt har varit att riksdagen följer grundlagen och inte begår fel. Fri- och rättighetsutredningen kommenterade att det är svårt att föreställa sig att riksdagen kan komma att fatta beslut som flagrant kränker grundlagsskyddet för fri- och rättigheterna i andra si-

[53] Dessutom finns det de som hävdar att både riksdagen och domstolarna skulle tjäna på en ökad kontroll. Se Petersson, Rättsstaten Frihet, rättssäkerhet och maktdelning i dagens politik, Publica, 1996, s. 116.
[54] Expertgruppens rapport s. 44.

tuationer än rena krislägen.[55] Vid införandet av en ny regeringsform uttalade dåvarande departementschef att det var i hög grad osannolikt att det skulle förekomma grova formfel eller andra uppenbara åsidosättanden av grundlagsregler.[56] Inför inträdet i EU och inkorporeringen av Europakonventionen i svensk rätt anslöt sig Fri- och rättighetskommittén till uppfattningen att man kan utgå ifrån att statsmakterna följer grundlagens bestämmelser och att lagprövningen endast var tänkt att verka som en säkerhetsanordning som utlöses i sällsynta fall.[57] Utgångspunkten har således varit att lagprövning förväntas ske sällan mot bakgrund av att statsmakterna normalt följer grundlagen. Några år senare efterlyste Demokratiutredningen säkrare system för en extern tillsyn och domstolskontroll till skydd för medborgarnas rättigheter och integritet och motiverade det med den ökade takten i det politiska beslutsfattandet.[58] Utredningen framhöll att risken ökat för ”att vederbörlig hänsyn inte tas till rättstatens krav på lagenlighet och förutsebarhet”.[59] Utredningen föreslog därför att uppenbarhetsrekvisitet skulle avskaffas.[60] Expertgruppen förefaller vara inne på samma linje då den lyfter fram att Demokratiutredningens uttalande om det ökade tempot i det politiska beslutsfattandet. I Expertgruppens rapport sägs också att en önskan är att ”tydligare betona vikten av att regeringsformen respekteras”.[61] Även detta ger intryck av att gruppen menar att så inte sker i dagsläget. Utgångspunkten i äldre förarbeten var ju tvärtom — att man förutsätter att riksdagen respekterar grundlagen.

Argumentet att det finns en risk för att det oftare finns brister i lagstiftningen, eller vid dess tillkomst, nu jämfört med tidigare mot bakgrund av det ökade tempot i lagstiftningen är måhända ett gott argument för att utöka lagprövningsrätten, men man bör observera att detta argument ger uttryck för ett förändrat synsätt ifråga om lagprövningens föremål. Ett sådant argument tar sikte på *antalet* fel snarare än felens *karaktär*, vilket hittills har varit synsättet. Befintlig lagstiftning utgår ifrån antagandet att det finns ett behov att kunna åtgärda flagranta fel i lagstiftningen. Argumentet om det ökade lagstiftningstempot utgår ifrån ett annat behov — nämligen behovet av att åtgärda att det oftare blir fel över huvud taget. Om utgångspunkten stämmer, dvs. att det oftare blir fel i lagstiftningen nu för tiden, får man förmoda att en konsekvens av ett borttagande av uppenbarhetsrekvisitet skulle bli att lagprövningsrätten används oftare. Detta är i sådant fall en faktor som förstärker antagandet att det kommer att ske

[55] SOU 1975:75 s. 108.
[56] Prop 1973:90 s. 201.
[57] SOU 1993:40 Del A s. 229
[58] SOU 2000:1 (En uthållig demokrati! Demokratiutredningens betänkande) s. 250.
[59] A. bet. s. 250.
[60] A. st.
[61] Expertgruppens rapport s. 45 och 61.

en ökning av antalet lagprövningsfall. Kärnan i argumentet är ju just antalet fel som behöver åtgärdas.

Mot antagandet om en risk för en ökning av antalet fel i lagstiftningen kan anföras den *preventiva effekt* som ett avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet väntas få. I förarbetena till nuvarande lagprövningsrätt nämns den preventiva effekten som ett lika tungt vägande skäl för lagprövningsinstitutet som själva möjligheten att åsidosätta rättighetskränkande lagstiftning.[62] Även Expertgruppen nämner att den preventiva verkan kan antas öka genom att ta bort uppenbarhetsrekvisitet, vilket skulle göra att antalet lagprövningsfall hålls nere.[63] Detta är, enligt min mening inget orimligt antagande. Att den preventiva effekten förväntas ha lika stor betydelse som själva lagprövningsrätten, talar mot att en ökning av antalet fall (p.g.a. ett upphävt uppenbarhetskrav) blir så stor, även om det skulle vara fler brister i lagstiftningen idag jämfört med tidigare.

Argument för en förstärkt lagprövningsrätt, som baseras på ovanstående effekter, tar sikte på lagprövningsrättens praktiska betydelse. Det förstnämnda påståendet om ökat antal brister i lagstiftningen handlar om att det finns ett behov av ökade möjligheter att överpröva lagstiftning i domstol. Även argument om den preventiva effekt, som en förstärkt lagprövningsrätt skulle innebära, handlar om att en sådan väntas få praktiskt betydelse för kvaliteten på lagstiftningen. Andra effekter, som har med lagprövningens praktiska tillämpning att göra, är att ett avskaffat uppenbarhetskrav väntas leda till att Europakonventionens betydelse i svensk rätt ökar och att dess relation till fri- och rättigheterna i regeringsformen tydliggörs. Expertgruppen menar också att fri- och rättigheternas genomslagskraft kan komma att stärkas, eftersom det inte längre skulle krävas uppenbara brister i förhållande till rättigheterna i andra kapitlet regeringsformen eller Europakonventionen (genom RF 2:23).[64] Inte heller här finner jag skäl att ifrågasätta de effekter som Expertgruppen förutser. Det ter sig tämligen självklart att ett undanröjande av uppenbarhetskravet gör att möjligheterna till domstolskontroll till skydd för fri- och rättigheter ökar och att dessa därigenom får ett större genomslag. Då dessa effekter innebär att det i större utsträckning än tidigare kommer att bli aktuellt med lagprövning för att säkerställa fri- och rättigheter, handlar argument som grundar sig på dessa effekter om lagprövningsrättens praktiska betydelse. En ytterligare effekt, som berör Europakonventionen, är att det skulle innebära ett steg för att öka möjligheterna att frågan om konventionsbrott avgörs i Sverige istället för i Europadomstolen.[65] Som argument för en utökad lagprövningsrätt är även denna effekt inriktad på att ändringen får en praktisk betydelse.

[62] Se t.ex. SOU 1975:75 s. 109 och prop. 1975/76:209 s. 94.
[63] Expertgruppens rapport s. 45.
[64] A.a. s. 44 och 64.
[65] A.a. s. 64.

Nästa effekt som jag avser att ta upp kan däremot hävdas som argument för en utökad lagprövningsrätt, utan att det nödvändigtvis har någon praktiskt betydelse. Den effekt som Expertgruppen, enligt min mening, mest tydligt framhåller som ett syfte med att upphäva uppenbarhetskravet är eftersträvan av ett *enhetligt system*. Ett borttagande av uppenbarhetsrekvisitet skulle innebära att det inte längre råder en inkonsekvens i rättsordningen. Gruppen anför att ett avskaffande av uppenbarhetskravet skulle innebära att den svenska lagprövningen mer skulle likna den prövning som sker vid EG-domstolen på så sätt att svenska domstolar inte skulle tillämpa uppenbarhetskravet när en nationell föreskrifts förenlighet med den svenska grundlagen prövas, på samma sätt som den inte tillämpas i förhållande till EG-rätten. En sådan förändring skulle således eliminera den nuvarande diskrepansen att uppenbarhetskravet gäller i fråga om en nationell föreskrifts förenlighet med den svenska grundlagen, men inte i förhållande till EG-rätten. Den svenska grundlagen skulle därmed, enligt Expertgruppen, i praktiken få samma ställning som EG-rätten.[66] På samma sätt skulle en effekt av ett borttaget av uppenbarhetskrav bli att den svenska lagprövningen mer skulle likna den prövning som sker vid Europadomstolen genom att det inte heller där tillämpas något uppenbarhetskrav.[67] Även i detta avseende skulle således en större enhetlighet uppnås. Enligt min mening kan argument om enhetlighet ha skäl för sig. Det är emellertid mer tveksamt om det har någon konkret praktisk betydelse om prövningen sker på samma sätt i förhållande till EG-rätten respektive svensk grundlag eller att prövningen sker på samma sätt i nationell domstol som i Europadomstolen. Argumentet går ut på att enhetlighet har ett egenvärde och synes inte vara ett argument som är kopplat till att det finns ett behov av att utöka möjligheterna till lagprövning. Denna effekt kan därför, enligt min uppfattning, inte utgöra ett tungt vägande skäl för en utökad lagprövningsrätt.

En större enhetlighet skulle även uppnås genom den förväntade effekten att Europakonventionen kommer att få samma genomslag oavsett om det gäller en fråga inom eller utom EG-rättens område.[68] Genom EG-rätten får konventionen direkt genomslag, eftersom det inte krävs någon uppenbar oförenlighet med EG-rätten, medan så är fallet vid en prövning i förhållande till regeringsformen 2:23. Ett borttagande av uppenbarhetskravet skulle eliminera denna skillnad. Enhetlighet ännu en gång alltså, men här kan man också se, som redan nämnts, att en följd är att fri- och rättigheterna i Europakonventionen får ett större genomslag genom att det inte längre skulle krävas att konventionsbrott i svensk lagstiftning är uppenbara för att tillämp-

[66] A.a. s. 44 och 64.
[67] A.a. s. 44.
[68] A.a. s. 64.

ning av lagen skulle underlåtas. Det innebär att ett avskaffande av uppenbarhetskravet skulle få en praktisk betydelse.

Slutord

Jag har diskuterat folksuveränitetsprincipen och det parlamentariska statsskicket som gräns för en utökad lagprövningsrätt. Om man ser grundlagen som ett yttersta uttryck för folkviljan finns inte några hinder mot att ändra i grundlagen i vilken riktning man vill avseende lagprövningsrätten. De konstitutionella reglerna binder inte majoritetsstyrelsen i detta avseende. På så sätt finns inte någon konflikt mellan lagprövningsrätten och folksuveränitetsprincipen. En utökad lagprövningsrätt, som leder till en politisk maktförskjutning till organ som är fristående från riksdagen i sådan utsträckning att det är fråga om flera maktcentra, skulle emellertid sätta principen om parlamentarism ur spel. Parlamentet är i sådant fall inte längre det enda ledande statsorganet. Detta skulle kräva en förändring i första kapitlet regeringsformen. Förarbetena till nuvarande regel ger också intryck av att en lagprövningsrätt, som inte sker undantagsvis, betraktas som oförenlig med folksuveränitetsprincipen genom risken att domstolarnas makt att överpröva lagstiftning skulle begränsa riksdagens makt och därmed begränsa folkviljan. En strikt syn på kravet på återhållsamhet, som förutsättning för att lagprövningsrätten skall vara förenlig med folksuveränitetsprincipen, skulle därför innebära att förändringar i första kapitlet regeringsformen måste ske för att lagprövningsrätten skall kunna utökas. Det är emellertid mycket svårt att dra några slutsatser ifråga om i vilken grad en politisk maktförskjutning verkligen kommer att ske och i hur stor omfattning domstolar kommer att få en ökad betydelse genom ett avskaffat uppenbarhetsrekvisit. Detta gör, enligt min mening, att det inte är tydligt att vare sig folksuveränitetens eller parlamentarismens principer träds för när genom en förstärkt lagprövningsrätt. Mot bakgrund av att det är möjligt att domstolarna får en ökad betydelse är det dock önskvärt att klargöra deras förhållande till lagstiftningsmakten.

Ser man till rapportens beskrivningar av effekter till följd av en utökad lagprövning förefaller de inte i första hand handla om en utökad lagprövning i betydelsen en ökad tillämpning av lagprövningsrätten. Av de effekter som nämns i rapporten är det den preventiva effekten av en ändring samt ett ökat genomslag för fri- och rättigheter (både de i regeringsformen och i Europakonventionen) som förväntas få någon praktisk betydelse. Därför utgör dessa, enligt min mening, goda argument till att uppenbarhetskravet bör tas bort. De eftersträvar en förbättrad lagstiftningskvalitet och att stärka fri- och rättighetsskyddet. Den förväntade enhetligheten i systemet är dock, enligt min uppfattning, inte något starkt argument — i synnerhet inte ensamt — att förändra lagprövningsrätten då det inte förefaller medföra någon praktiskt betydelse. Mot bakgrund av de tveksamheter som

råder ifråga om det blir någon större skillnad i praxis jämfört med idag, kan man fråga sig om det finns en poäng med att utöka lagprövningsrätten. Fri- och rättigheternas förväntade ökning i genomslag motsägs av uttalandena om att skillnaden i antal åsidosättanden av lagar förmodligen inte blir så stor. Av ovanstående genomgång kvarstår de eventuella preventiva effekterna som det starkaste skälet för en utökad lagprövningsrätt. I övrigt framstår det som att förväntade effekter inte innebär så stora skillnader jämfört med idag och man kan därför peka på risken att det som ger intryck av att bli en kostym i realiteten bidde en tumme.