

Att jämföra konstitutioner

Av professor PÄR HALLSTRÖM

I denna artikel belyses konstitutionell komparations särdrag i förhållande till komparation på det privaträttsliga området i ett avsnitt; vidare granskas metoden för konstitutionell komparation i ett andra, och i fem ytterligare avsnitt framförs teori för konstitutionell komparation, varvid dess släktskap med statsvetenskap framgår.

1. Komparativ konstitutionell rätt som delområde inom den komparativa rätten

En krympande värld med global handel och företagande har gjort komparativ privaträtt till en vanlig praktisk verklighet. Globalisering av politiska idéer och ideal har också gjort komparativ konstitutionell rätt till en vanlig praktisk realitet. Utländska författningar har stått modell vid omvandlingen av kommunistiska stater till demokratiska av västligt snitt, och så har också varit fallet då inhemska och utländska experter utarbetat nya författningar för stater som drabbats av upplösning, s.k. *failed states*;¹ och för alla stater medför de internationella konventionerna på mänskliga rättighetsområdet att staters konstitutionella skydd jämförs med konventionernas innehåll och hur de tillämpas av andra parter till konventionerna.

Komparation inom privaträttens och den offentliga rättens områden har både likheter och skillnader. En likhet är orsaken till att företa komparation, komparationens *syfte*. Det kan vara att lagstiftaren vill reformera rätten genom att hämta förebilder utifrån, eller uniformering, att helt enkelt införa ett utländskt rättsinstitut i det egna rättsystemet, s.k. *legal transplant*,² eller att harmonisera rätten flera länder emellan genom en internationell konvention så som fallet varit beträffande t.ex. CISG³ på privaträttens område eller den Europeiska konventionen om mänskliga fri- och rättigheter på det offentlighetsliga området.

En annan likhet återfinns i att domstolar företar komparation och tar hjälp av utländsk rätt för att hitta lösningar och fylla ut den inhemska rätten både på privaträttens och det offentlighetsliga området. Rättsjämförelse har till och med betecknats som en femte tolkningsmetod som kompletterar de textuella (grammatikaliska), histo-

¹ Observera Europarådets Venice Commissions verksamhet.

² Thomas Waelde and James Gunderson, *Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants — a Short-cut to Social Market Economy Status*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, s. 347–378.

³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

riska eller subjektiva, systematiska och teleologiska metoderna.⁴ Komparation företas inte bara av nationella domstolar utan också av den Internationella domstolen (tillämpbara rättsprinciper skall härledas genom komparation),⁵ den tillämpas regelmässigt också av den Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter och av den Europeiska unionens domstol. Domstolarna i EU:s medlemsländer skall företa komparation mellan Unionsdomstolens tolkning av unionsfördraget, direktiv och förordningar och andra medlemsländers rättspraxis då de tolkar EU-rätt för att finna dess rätta innehåll.⁶

2. Komparativ metod

Vänder vi oss mot den komparativa rättens *metod* framstår skillnaden mellan komparation av privaträtt och offentlig rätt, särskilt konstitutionell rätt, tydligare. Visserligen är det grundläggande kravet det samma. Det skall handla om en verklig jämförelse som besvarar frågor om likheter och skillnader. Inskränker sig studien till ett enda rättssystem, även om det gäller utländsk rätt, är det inte fråga om komparation, och detta gäller även för compilationer av främmande konstitutioner⁷ och för studier som avslutas med en beskrivning av utländsk rätt s.k. *Länderberichten*. Komparation måste innefatta analys och värderingar av ämnen tillhörande två eller flera rättssystem.

Komparation av privaträtt och konstitutionell rätt har också den grundläggande likheten att den kan företas som makrojäm förelse, dvs. av rättsordningar i sin helhet, eller som mikrojämförelse, dvs. av enstaka rättsregler eller rättsinstitut,⁸ men här skiljer sig metoderna för privaträttslig och konstitutionellrättslig jämförelse avsevärt. När gäller *makrojäm förelse* har de stora komparatisterna, alltsedan komparativ rätt frigjorde sig från rättshistoria och "rättsetnologi" och blev ett etablerat rättsvetenskapligt vetenskapsfält i begynnelsen av 1900-talet,⁹ grupperat länder vars rättssystem uppvisar liknande egenskaper i rättsfamiljer. Detta förenklar jämförelsen eftersom komparatisten kan utgå från att rätten i länder som tillhör samma familj inte skiljer sig

⁴ Axel Tschentscher, *Dialektische Rechtsvergleichung — Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht*, *Juristenzeitung* 17/2007 s. 812; Peter Häberle, *Grundrechtsregelung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat — Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode*, *Juristenzeitung* 1989, s. 913 ff.

⁵ Stadga för den Internationella domstolen, Artikel 38.

⁶ Case 283/81 *CILFIT*, [1982] ECR 3415; Eftersom Lissabonfördraget nu trätt i kraft används termen EU-domstolen och EU-rätt i stället för EG-domstolen och EG-rätt.

⁷ En samling som den Deutsche Forschungsgemeinschaft utgivit på Saur's förlag, engelsk nätupplaga: www.modern-constitutions.de, och Oxfords lösbladssamling *Constitutions of the Countries of the World* är naturligtvis ett bra redskap för komparationen.

⁸ Michael Bogdan, *Komparativ Rättskunskap*, Stockholm 1993, s. 61.

⁹ För en sammanfattande redogörelse av den komparativa rättens utveckling och egenskaper se K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 3rd ed. 1998, s. 2 ff.

avsevärt från varandra. Eftersom några få länders rätt¹⁰ spridits till eller inspirerat andra länder kan undersökningen utgå från "moderlandets" rättsystem.¹¹ Common law utgör en sådan familj, civilrättsystemet uppfattas av vissa som en familj¹² medan andra komparatister delar upp denna familj i en romansk (fransk) del, en germansk (tysk) och en skandinavisk; system påverkade av islam ses som en tredje familj; orientaliska system som en fjärde och vissa ser afrikanska system som en femte familj. Den socialistiska rättsfamiljen anses numera upplöst.

Denna uppdelning i familjer är emellertid av föga nytta för konstitutionell komparation, eftersom den huvudsakligen gjorts av privaträttare och för privaträttslig jämförelse. För en konstitutionellrättare står common law-landet USA närmare civilrättslandet Tyskland än England, på grund av ländernas federala statskick och av att författningskontroll utövas av domstolar, Supreme Court i USA och Verfassungsgericht i Tyskland. Många av de kriterier som används för att bestämma ett lands tillhörighet till en viss familj kan dock användas också av konstitutionellrättaren för att förklara, analysera och jämföra länders konstitutionella system, trots att syftet inte är att inordna systemen i familjer. Det gäller även för den enklaste tumregeln som säger att om en jurist från ett land utan större svårighet kan tillämpa rätten i ett annat land kan de presumeras tillhöra samma familj.¹³ Rättsbegrepp, rättskällor och normhierarki skiljer sig då inte nämnvärt från varandra. Konstitutionellrättaren märker om rättsordningen tillhör en demokrati eller en diktatur, en rättsstat eller ett korrumpert system.

Zweigert och *Kötz* skiljer mellan rättsfamiljer på grundval av deras "stil" och de kriterier de ställt upp för att avgöra stilen har blivit stilbildande. Dessa är: rättsordningens historiska ursprung och utveckling, det rådande juridiska tänkesättet (t.ex. abstrakta normer och deduktiv rättstillämpning kännetecknande för civilrättsystemen eller pragmatism och induktiv rättstillämpning kännetecknande för common law), de karakteristiska rättsinstituterna, rättskällornas system och tolkning och rättsordningens påverkan av ideologi, främst av religiös eller politisk natur. Utan att resultaten kommer att sammanfalla med privaträttens uppdelning i rättsfamiljer tjänar kriterierna att förklara likheter och skillnader också hos konstitutionella system. Man bör dock vara uppmärksam på att traditionell makrojämförelse lägger tonvikt på domstolar och deras roll för det juridiska tänkesättet och

¹⁰ Engelsk rätt beträffande common law-länderna och tidigare kolonier, fransk rätt beträffande tidigare kolonier, de flesta latinska länder samt Nederländerna, Luxemburg och Belgien, tysk rätt beträffande Österrike, Central- och Östeuropa, Grekland och Japan samt i viss mån Kina, Korea och Thailand.

¹¹ K. Zweigert & H. Kötz, op.cit. s. 41.

¹² Dené David and John E.C. Brierly, *Major Legal Systems in the World Today*, London 3rd edition, 1985.

¹³ Ibid. s. 21; K. Zweigert & H. Kötz, op.cit. s. 68; Michael Bogdan op.cit. s. 87.

rättsutveckling, vilket är normalt för privaträttaren, medan konstitutionell rättsjämförelse lånar mer från statsvetenskapens tonvikt på politiska processer. Demokratiska länder med olika juridiskt tänkesätt kan vara mer lika än länder med auktoritärt politiskt system. Politisk kultur är alltså ett väl så viktigt kriterium för konstitutionell analys.

Mikrojämförelse skiljer sig från makrojämförelse genom att inte rättssystemen som sådana jämförs utan specifika rättsinstitut eller problem. När gäller metoden skiljer de sig framför allt genom att rättsreglers funktion är mer central vid mikrojämförelse än i makrojämförelse. Skillnaden är dock inte stor i övrigt, eftersom rättssystemen i sin helhet måste granskas i båda fallen och sättas i sina historiska, politiska, ekonomiska och ideologiska kontexter. Funktionaliteten är alltså central för den komparativa rättens metod. Det första steget för en jämförelse är att bestämma vilken fråga som skall jämföras,¹⁴ den s.k. *tertium comparationis*, t.ex. möjligheten att överklaga förvaltningsbeslut. Funktionaliteten är förknippad med det andra steget i jämförelsen. I exemplet ovan betyder det att komparatisten inte skall nöja sig med att konstatera att det saknas möjlighet att överklaga, om ett land inte tillåter domstolskontroll av förvaltningsbeslut. Komparatisten skall se om rättssystemet på annat sätt innehåller möjligheter till rättning av felaktiga beslut. Överklagande kanske sker på administrativ väg. Funktionaliteten i det här fallet kan också gälla hur högre myndigheter kan kontrollera lägre myndigheters förvaltning. Funktionalitet betyder alltså att komparatisten inte skall utgå från ett bestämt rättsinstitut i sin egen rätt och vänta sig att finna samma hos ett annat land, utan komparatisten skall utgå från det problem eller funktion som rättsregeln skall ha eller lösa, och se om rättsordningen i det andra landet löser problemet på annat eller kanske samma sätt. Detta kan kräva en omfattande studie av hela det andra rättssystemet.

Efter det att komparatisten konstaterat hur olika länder löst problemet eller att ett land kanske inte löst det, vidtar det tredje steget av jämförelsen. Det gäller att förklara varför skillnader och likheter ser ut på det sätt de gör. För att lämna svar på detta krävs att komparatisten tar hjälp av de kriterier som *Zweigert* och *Kötz* ställt upp och vi nämnt ovan, och när det gäller konstitutionella frågor har politisk historia och utveckling, ideologi och religion särskild betydelse. Det fjärde steget i komparationen består i att värdera de olika nationella lösningarna av problemet med hänsyn till hur de bäst uppnår den funktion de skall tillvarata. Denna värdering kan svårligen ske helt neutralt när gäller konstitutionell rätt, eftersom komparatisten oftast kan se problemen ur antingen ett medborgarperspektiv eller ett

¹⁴ Daniel Halberstam menar att komparatisten inte bara skall välja länder för sin undersökning som uppvisar tillräckliga likheter för att en jämförelse skall bli meningsfull, utan också att det problem som skall jämföras, *tertium comparationis*, skall förväntas ha fått en lösning i de jämförda länderna, *Desperately seeking Europe: On comparative methodology and the conception of rights*, Book Review, *International Journal of Constitutional Law*, Vol 5, nr. 1, 2007 s. 174

myndighetsperspektiv, dvs. ett demokratiperspektiv och ett effektivitetsperspektiv. Företas komparationen med tanke på rättsreformer eller inom ramen för rättstolkning av domstolar följer ett femte steg. Det gäller då att värdera om och hur den främmande lösningen skall antas och anpassas till den egna nationella rätten. Denna värdering bör inbegripa frågan om den främmande lösningen lätt blir en del av rättssystemet eller om den blir en *legal transplant* som stöts bort.¹⁵ Också en sådan värdering kan ha sin utgångspunkt i *Zweigert* och *Kötz* kriterier.

3. Begreppet konstitution

Redan *Aristoteles* jämförde konstitutioner, och i sitt klassiska verk *Politik*¹⁶ skilde han på vad han betecknade verkliga konstitutioner och förvanskningar. Verkliga konstitutioner syftade till medborgarnas välfärd medan förvanskningarna ledde till fördelar för de styrande.¹⁷

	Verkliga konstitutioner	Förvanskningar
Envælde	Monarki	Tyranni
Fåmansvälde	Aristokrati	Oligarki
Flertalsvälde	Lagbundet statskick	Demokrati

Carl Schmitt ägnade en hel liten bok åt att ge en definition av begreppet konstitution,¹⁸ men *Aristoteles* förklaring gäller fortfarande för att förstå begreppet, och vad som alltså är föremål för konstitutionell komparation. En konstitution skall alltså försäkra om viss stabilitet och skydda mot tillfälliga gruppers ohämmade maktutövning. Han ställde inte något krav på skriftlighet, och ett sådant krav kan inte heller ställas idag. Man kan inte hävda att de länder som saknar skriftlig konstitution, Storbritannien, Nya Zeeland och Israel, skulle vara utan konstitution. Konstitution omfattar dessutom mer än det skrivna dokumentet, grundlagen. Grundlagen kan kompletteras och kan till och med förändras av sådan oskriven sedvanerätt eller konstitutionell praxis, t.ex. domstolsavgöranden eller de högsta politiska statsorganens praxis, som tillmäts konstitutionell valör. Detta betyder att textmetoden är mycket otillräcklig för konstitutionell komparation. Jämförelsen måste utsträckas förbi grundlagstext till konstitutionell praxis i form av beslut av ländernas högsta politiska organ och domstolar.

Finer et alia har definierat konstitutioner som "[c]odes of norms which aspire to regulate the allocation of powers, functions and duties among the various agencies of government, and to define the relationship between these and the public."¹⁹ Denna definition täcker en

¹⁵ Thomas Waelde & James Gunderson, op.cit. s. 366 ff.,

¹⁶ Aristoteles, *Politik*, Leipzig, 1912.

¹⁷ Figuren hämtad från Axel Tschentscher, *Comparative Constitutional Law*, utkast, www.servat.unibe.ch/icl/comicons.html, besökt 2009-04-15.

¹⁸ Jfr Carl, Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1965 (1928).

¹⁹ S.E. Finer, Vernon Bogdanor, Bernard Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, 1995, p. 1.

konstitutions tre väsentliga delar, nämligen att en konstitution tilldelar statens styrande organ makt; den reglerar förhållandet mellan dessa organ inbördes och till medborgarna. När gäller maktfördelningen mellan statens organ brukar både statsvetare och konstitutionellrättsare skilja på horisontell och vertikal maktbalans. En konstitutions första del gäller alltså bestämmandet av den horisontella maktbalansen. Den syftar på maktfördelningen mellan statens högsta organ, alltså den mellan den lagstiftande makten, parlamentet, den verkställande makten, regeringen, och den dömande makten, domstolarna. Denna maktfördelning såg ju redan Montesquieu²⁰ som önskvärd för en konstitution. En konstitutions andra del, vertikal maktbalans, syftar på maktfördelning mellan högre statsorgan och lägre eller, när gäller federationer, också på maktfördelningen mellan federationen och delstater. Ur ett komparativt perspektiv kan man alltså gruppera samman och jämföra t.ex. federala stater och enhetsstater; stater där regeringsmakten utövas av direktvalda presidenter och sådana med regering vald enligt parlamentarisk metod; stater där domstolar får utöva normkontroll och ej; och stater med enkammar- eller tvåkammarriksdag.²¹

När gäller förhållandet mellan staten och medborgarna, alltså en konstitutions tredje del, innehåller nästan alla moderna författningar bestämmelser om grundläggande fri- och rättigheter. Dessa markerar en gräns för statens maktutövning i förhållande till medborgarna. I själva verket utgörs de första skriftliga konstitutionella dokumenten just av sådana som ger rättigheter åt enskilda. Den engelska Magna Carta, 1215, gav skydd åt adelsmän mot fängslande utan rättegång, och de svenska Birger Jarls fridslagar från mitten av 1200-talet, om tingsfrid, kyrkofrid, hemfrid och kvinnofrid, innehöll en förpliktelse för staten att ge skydd också åt allmogen och riktade sig främst mot kränkningar av våldsmän. Grundläggande rättigheter i konstitutioner underbygger uppfattningen att konstitutioner är att betrakta som samhällskontrakt mellan de styrande och de styrda för att bestämma om social ordning.²²

4. Konstitution och legitimitet

En konstitution skall alltså ge stadga åt maktförhållandena i en stat. Dess ställning, auktoritet, är beroende av i vilken mån det konstitutionella system den uttrycker har förtroende hos medborgarna. Vad statsvetarna betecknar legitimitet. Legitimitet brukar uppdelas i tre komponenter. Den första är formell legitimitet. Den betyder att beslut i staten skall fattas i laga ordning. Denna komponent ansluter alltså till den juridiska legalitetsprincipen. Den andra komponenten är demokratisk legitimitet. Sedan 60 år tillbaka har i de flesta av världens

²⁰ Charles-Louis de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, 1748 och 1961.

²¹ Axel Tschentscher op.cit. s. 810

²² Pär Hallström, *Nationella avsteg från EU:s rättighetsstadga*, SvJT 2002, s. 763; Ola Zetterquist, *A Europe of the Member States or of the Citizens*, Lund, 2002.

länder den uppfattningen slagit igenom att politiska beslut skall stödjas av folkets flertal. Den tredje komponenten utgörs av förmågan att leverera. Den hänför sig till det faktum att ett styre som inte förmår leverera förlorar legitimitet respektive att en regim som varken är demokratisk eller fattar beslut i laga ordning ändå kan ha förtroende om den har förmåga att leverera. I en jämförelse av konstitutioners ställning i stater kan alltså ingå frågan om de har legitimitet.

Den formella legitimiteten är central för ett rättssystem. Trots att en konstitution uppfattas som mer än den skrivna grundlagen ses den som en lag. Den är den högsta lagen som försäkrar om det nationella rättssystemets enhet. Andra regler i rättssystemet härrör ytterst från konstitutionen. Den är placerad högst i den nationella normhierarkin och all underliggande rätt måste vara förenlig med konstitutionen. Beslut måste fattas i enlighet med konstitutionen för att vara giltiga.

Normernas rangering i rättsordningens hierarki kan i själva verket ses som uttryck för den demokratiska principen där folket ses som suverän bärare av statsmakten. Normhierarki och demokratisk legitimitet står alltså nära varandra. Folkets vilja ses som yttersta grund för maktutövning.²³ Folkviljan manifesteras av att både antagande av en konstitution och ändringar i den villkoras av att folket på något sätt direkt får uttrycka sin mening, ofta genom referendum.²⁴ Val av folkets företrädare till parlamentet omgärdas ofta av garantier genom bestämmelser i konstitutionen. Parlamentarikerna ses däremot just som delegerade, representanter, för de valda. De uttrycker något indirekt folkviljan. Lagar antagna av parlamentet står därför naturligt under konstitutionen. Enligt parlamentarismens princip utses en regering av parlamentet, och den skall ha dess förtroende. Därför är det naturligt att regeringsförordningar är underordnade både konstitutionen och lagarna, och då förvaltningen är underställd exekutiven, regeringen, följer att förvaltningsföreskrifter också är underordnade regeringsförordningar.

I icke parlamentariska system, som i USA, där presidenten är folkvald, har denne stor regleringsmakt och tillsätter regeringen. Presidentmakten har samma dignitet som parlamentet, kongressen, ur demokratisk synpunkt, och kongressens lagars dignitet i förhållande till regeringsförordningar kan bara förklaras av vad konstitutionen stadgar. Eftersom presidenten och kongressen har samma demokra-

²³ Först uttryckt i preambeln till USA:s konstitution 1787 "we the People [...] establish this Constitution" därefter i t.ex. preambeln till Tysklands konstitution 1949 "[...] det tyska folket har antagit [...] denna grundlag", Indiens konstitution 1949 "We the people of India [...] adopt, enact and give ourselves this constitution" och i Sveriges regeringsform 1974, 1 kap. 1 § "All offentlig makt i Sverige utgår från folket".

²⁴ Referendum för antagande och ändring förutses som en möjlighet i Frankrikes konstitution medan Sveriges referenduminstitut endast tillmäter folket rätten att med ett referendum ge sitt veto till ett förslag. I federationer måste antagande och ändringar av konstitutioner även föreläggas delstaterna för ratifikation i enlighet med principen att federationer utgörs av ett folk och flera stater.

tiska legitimitet, men konstitutionen ses som yttersta uttryck för folkviljan och den demokratiska principen, är det den som är avgörande.

I ett jämförande perspektiv kan observeras att vissa länder, som Sverige, lägger stor tonvikt på parlamentet som bärare av den demokratiska principen medan andra länder, som USA och Tyskland, lägger större tonvikt på konstitutionen. Detta har fått avtryck i domstolarnas ställning som väktare av konstitutionen och rätt att företa normkontroll. Den amerikanska *Supreme Court* har rätt att underkänna lagar som strider mot konstitutionen,²⁵ liksom fallet är för den tyska *Verfassungsgericht*.²⁶ *Supreme Courts* tolkningar av konstitutionen är så viktiga att rättspraxis förklarar innehållet i konstitutionen bättre än den kortfattade grundlagstexten.

I Frankrike läggs större tonvikt på parlamentet och den demokratiska legitimitet det åtnjuter. Den franska *Cour Constitutionnelle* kan underkänna lagförslag med tvingande verkan. Den kan alltså endast företa kontroll av lagar som ännu inte antagits av parlamentet, s.k. prelegislativ lagkontroll. Detta i motsats till *Supreme Court* som ju utövar lagkontroll av lagar som redan antagits, postlegislativ lagkontroll. Den franska *Conseil d'Etat*, högsta förvaltningsdomstolen, får utöva postlegislativ normkontroll, men bara vad gäller regeringsförordningar. Detta för att säkerställa att exekutivet inte inkräktar på parlamentets makt. Också Sverige värnar starkare om den demokratiska principen såsom den uttrycks av parlamentet än av konstitutionen. Det svenska lagrådet kan utöva prelegislativ lagkontroll med rekommenderande verkan. Domstolarnas postlegislativa kontroll får fritt utövas i förhållande till förvaltningsföreskrifter medan regeringsförordningar bara får förklaras olagliga om de uppenbarligen strider mot lag eller grundlagen, och lagar bara får förklaras olagliga om de uppenbarligen strider mot grundlagen. Domstolarna får varken upphäva lagar eller regeringsförordningar, utan de får endast avstå från att tillämpa dem om de befundes rättsstridiga.²⁷

Skillnader i domstolsmakten mellan länder kan alltså förklaras av att parlamentet i vissa länder har så stor demokratisk legitimitet att domstolskontroll av att lagstiftningen verkligen står i samklang med konstitutionen ses som mindre behövlig.

En avart av detta sista förhållande kan uppvisas i vissa länder där konstitutionens uppgift att försäkra om maktfördelning och skydd för grundläggande rättigheter inte setts som väsentlig. Konstitutionen på pappret och konstitutionen i verkligheten blir två skilda saker. Lan-

²⁵ Alltsedan den fastställde den rättigheten i målet *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) och *Mc Culloch v. Maryland*, 4 Wheat 316 (1819) samt *Fletcher v. Peck* (1810) (state laws).

²⁶ I federationer är författningsdomstolars makt både ett uttryck för delstaternas intresse att federationens lagstiftningskompetens hålls i schack och att medborgarna tillförsäkras sina rättigheter enligt "samhällskontraktet". Den senare uppgiften är avgörande för att många östeuropeiska länder upprättat författningsdomstolar.

²⁷ Regeringsformen 11:4

dets grundlag kan vara avfattad enligt modell från de västliga demokratierna medan den inte följs, eftersom beslut fattas i en annan ordning enligt en auktoritär modell. Goda exempel på detta utgörs av de politiska system som hade Sovjetunionen som modell. Deras konstitutioner innehöll ett omfattande grundrättskydd och formellt tilldelade de lagstiftningsmakten till "parlamentet" men samtidigt innehöll konstitutionen bestämmelser om att den socialistiska staten skulle ledas av arbetarklassen och det Marxist-Leninistiska partiet. Besluten förbereddes alltså av den parallella partistrukturen och antogs automatiskt av "parlamentet". Konstitutionen fick dessutom inte äkta grundlagsvärder, eftersom den verkställande maktens förordningar inte kunde prövas mot grundlagarna eller lagarna. Resultatet blev att normhierarkin blev ställd på huvudet, en omvänd normhierarki som speglade exekutivens absoluta makt. Varken sådana "semantiska" konstitutioner eller sådana som kan betecknas som "nominella" uppfyller en konstitutions ändamål.²⁸ Den sista typen, "nominella", är sådana som lägger fast orubbliga värden, men som inte tillämpas eller som lätt kan ändras av regeringen.

5. Konstitution och legitimerande värden

Demokratisk legitimitet och den demokratiska principen är inte tillräckliga för att förklara en konstitutions ställning. Den stadga och lagbundenhet den skall ge samhällslivet är ett legitimerande värde i sig och en konstitution uttrycker också andra värden nationen är grundad på eller vill vara grundad på.²⁹ Dessa värden är så grundläggande att de svårligen skall kunna förändras. Den tyska konstitutionen innehåller t.o.m. en s.k. evighetsklausul, *Ewigheitsklausel*, i artikel 79.3 vilken förbjuder ändringar av dess grundläggande principer.

Vid analys av vissa länders konstitutionella ordningar betonas eviga och religiösa värden mer än den demokratiska legitimiteten och principen. Man kan i stället tala om en religiös legitimitet av det politiska och rättsliga systemet.³⁰ Ett land saknar skriven grundlag, Israel, och grundar det på religiösa åsikter, även om landet i sin oskrivna konstitution helt följer västerländska demokratiska uppfattningar. Andra strängt muslimska länder såsom Saudiarabien förklarar att dess konstitution består av koranen och av ett dokument som försäkrar om den saudiska prinsfamiljens rättigheter, och i t.ex. Iran har ett råd av högsta religiösa ledare den slutliga kompetensen att både tolka och

²⁸ Gordon Smith, *Politics in Western Europe — A comparative Analysis*, 5th Ed. 1989, Gower, s. 129

²⁹ Jfr Lissabonfördragets artikel 2 om unionens värden: människans värdighet, frihet, demokrati, rättstaten, respekt för de mänskliga rättigheterna, inklusive rättigheter som tillhör minoriteter [...] mångfald, icke-diskriminering, tolerans, rättvisa, solidaritet och principen om jämställdhet mellan kvinnor och män.

³⁰ Observera att det tyska folket har antagit den tyska grundlagen enligt dess preambel, men att det har gjort detta i medvetande om sitt ansvar inför Gud och människorna.

verkställa konstitutionell makt med grund i vad det ser som den högsta normen, koranen.

I själva verket är inte konstitutionen heller i de västerländska demokratierna den högsta normen, och rättssystemets enhet, som bygger på konstitutionen som enda högsta norm, upplöses vid närmare granskning i en rättens pluralitet. Tydligast framgår det av att vissa värden som uttrycks i internationella tvingande normer ligger ovanför den skrivna grundlagen. Dessa utgörs av den folkrätt som erkänns som *jus cogens*, och gäller förbud mot folkmord, aggressionskrig etc. Även ett lands konstitutionella regler måste vara förenliga med dessa, och motstridande regler skall inte tillämpas. Annars skulle landet inte enbart begå folkrättsbrott, utan i de flesta länder skulle det även vara brott mot nationell rätt, eftersom majoriteten av världens länder har erkänt att oskriven folkrätt av detta slag ingår som tvingande rätt i ländernas rättssystem.³¹ Dessutom, i de länder som tar sitt deltagande i internationella konventioner om mänskliga rättigheter på allvar, tolkar och tillämpar deras domstolar och myndigheter bestämmelserna i konventionerna i enlighet med hur de tolkas av internationella instanser.

Detta tar sig starkast uttryck i Europa. Den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter³² fungerar som en supergrundlag och dess domstol som en sorts högsta domstol, som medborgarna kan klaga till, och vars utslag är tvingande för de europeiska staterna. Rättighetsskyddet i ländernas konstitutioner och rättighetsskyddet med källa i internationell rätt ställs alltså i praktiken på samma nivå.³³ Det innebär att de länder som prioriterat parlamentets ställning som uttryck för demokratisk legitimitet gjort ett avkall i förhållande till konstitutionellitet och domstolskontroll, och detta har skett i förhållande till en källa med ursprung utanför det nationella konstitutionella systemet. För Storbritanniens del är det *The Human Rights Act* från 1998 som ålägger offentliga organ att följa EKMR och tillåter domstolar att förklara lagar oförenliga med konventionen. Lagen innehåller också ett förenklat parlamentsförfarande för att upphäva och ändra sådana oförenliga lagar.³⁴ Å andra sidan kan parlamentet fortfarande med en enkel lag frånträda konventionen.³⁵ För Sveriges del är det svårare att frånträda EKMR eftersom grundlagen stipulerar att riksdag och regering inte får lagstifta i strid den,³⁶ men å andra sidan innehåller svensk lag inte någon bestämmelse om förenklat parlamentariskt förfarande för att stifta ny lag då domstolar konstaterat att svensk lag strider mot

³¹ Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, 2nd edition, 2005, s. 224 f.

³² EKMR.

³³ Formellt har konventionen samma dignitet som andra traktat, dvs. som lagar i dualistiska länder och mellan lagar och grundlag i monistiska länder.

³⁴ Vernon Bogdanor, Tarunabh Khaitan and Stefan Vogenauer, *Should Britain have a Written Constitution?*, *The Political Quarterly*, Vol. 78, 2007, Nr 4, s. 502.

³⁵ Judith Pryor, *Unwritten constitutions?*, *European Journal of English Studies*, Vol. 11, 2007, nr. 1, s. 81.

³⁶ Regeringsformen 2:23.

konventionen. Sammanfattningsvis kan vi alltså konstatera att begreppet konstitution, i särskilt de europeiska länderna, inbegriper internationella element, och att internationella konventioners ställning i de nationella rättsystemen, och särskilt EKMR, måste ingå i en jämförelse.

6. Konstitution och EU-medlemskap

För de europeiska länder som är medlemmar i den Europeiska unionen måste dessutom EU-rätten läggas till för att identifiera deras konstitutioner. Alltsedan EG-domstolen förklarade i målet *Internationale Handelsgesellschaft*³⁷ 1970 att EG-rätten skall ha företräde före både vanlig lag och grundlag har EG-rätten haft en konstitutionell rang. Efter de tyska s.k. *so lange*-målen erkänner medlemsländernas konstitutioner visserligen inte att EG-rätten har företräde före all grundlag, men däremot erkänns att det bara är deras grundläggande bestämmelser om mänskliga rättigheter och grundstrukturer i författningen som har en rang över EG-rätten.³⁸ Annan grundlag har lägre dignitet än EG-rätten. Detta förhållande gäller naturligtvis också efter det att EG-rätt efter Lissabonfördraget benämns unionsrätt eller EU-rätt.

Förhållandet mellan unionsrätt och nationell rätt i EU:s medlemsländers rättsordningar har länge varit föremål för komparativa studier, och rättspraxis och politiska ställningstaganden om detta förhållande återges regelbundet i europarättsliga tidskrifter.³⁹ Förhållandet är mycket komplicerat, eftersom det samtidigt uppvisar federala egenskaper och ej. Det bygger inte på en reell konstitution utan på ett folkrättsligt fördrag, och det är därmed den nationella konstitutionen som formellt bestämmer vilken plats EU-rätten skall ha i den nationella rättsordningen. Samtidigt erkänner ländernas konstitutioner att nationell lagstiftningsmakt och EU:s lagstiftningsmakt är grundat på kompetensfördelning av federalt snitt, där var lagstiftare är suverän inom sitt kompetensområde. Det är bara om EU:s lagstiftning skulle komma i konflikt med de värden som inte kan delegeras, mänskliga rättigheter och grundstrukturen i deras författningar, som det kan bli fråga om normkonflikter och frågan om EU-rättens underordning under den nationella konstitutionen ställs på sin spets.

På andra områden för EU:s lagstiftningskompetens bestäms kompetensgränserna mellan Unionen och medlemsstaterna av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, som ju är avfattade på ett sätt att gränserna inte är klara trots försöken i Lissabonfördragen. Det är EU-domstolen som fått till upp-

³⁷ Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.

³⁸ Den svenska RF 10:5 har sina motsvarigheter i andra EG-länders grundlagar eller rättspraxis, se t.ex. Trevor. C Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 5th ed. Oxford, s. 243 ff.

³⁹ EG är förebild för andra organisationer i Afrika och Latinamerika, men det är bara den Andinska Gemenskapen, CAN, som nått en sådan grad av makt att den i någon mån kan jämföras med EG.

gift att med sin rättspraxis från fall till fall dra upp dessa. EU-domstolen har alltså i Europa fått en roll som kan jämföras med den *Supreme Court* har i USA.

Att EU-domstolens rättspraxis utan större invändningar fått så stort genomslag i medlemsländerna kan förklaras av att dessa länder är uppbyggda på rättstatsprincipen och domstolar därför har hög legitimitet. Detta gäller också för Sverige trots att den EU-rättsliga ordningen och EU-domstolens makt kritiserats, och vid en jämförelse av i vad mån länderna accepterat förhållandet kan förklaringar sökas i att parlament i länder som Sverige haft större legitimitet än domstolar och i att konstitutionell lagprövning av domstolar där inte uppfattas som naturlig.

I detta europeiska komparativa perspektiv bör observeras att komparativ rätt har stor betydelse för EU i dess dagliga arbete. Både EU:s lagstiftning och EU-domstolens rättspraxis är resultat av jämförelser av förhållandena i medlemsländerna företagna av institutionerna och särskilt av deras kommittéer och arbetsgrupper som består av nationella representanter och av EU-domstolen. Dessutom jämförs EU och dess konstitutionella och institutionella system ständigt med staters, och reformerna av institutionerna, och särskilt av parlamentets makt i budget- och lagstiftningsproceduren och vid tillsättandet av kommissionen, har haft till föremål att stärka den demokratiska legitimiteten.

7. Konstitutionell historia i komparativt perspektiv

Som vi konstaterat ovan i fråga om komparativ metod består det första steget av en komparation i att bestämma den fråga som skall behandlas och det andra i att se på funktionen, dvs. hur olika rättsystem på olika sätt uppnått en lösning av denna fråga, och det tredje i att förklara varför rättsystem uppvisar skillnader eller likheter. Den historiska utvecklingen är ett viktigt kriterium för det tredje steget. Konstitutionellrättaren kan med fördel ta sin utgångspunkt i statsvetenskaplig syn på konstitutioners funktioner. Dessa funktioner varierar inte över tid, men en historisk förklaring kan ges genom att jämföra hur olika konstitutionella ordningar levt upp till funktionerna i ett tidsperspektiv.

En första funktion hos en konstitution är att uppnå en stabil politisk ordning genom att upprätta högsta statsorgan där landets maktelit är företrädd. Det gäller alltså att jämföra de högsta statsorganens sammansättning, ställning och deras relationer inbördes. Jämförelsen omfattar exekutivens ställning från val av konung över ärvd kungamakt till absolutism och fram till republik, om ett land tagit steget till republik, och kungamaktens förhållande till högadel samlad i någon typ av riksråd och till riksenande byråkrati, som förutom högadeln också är sammansatt av lågadel och senare av en teknokrati. Skillnaden mellan länder tycks i detta hänseende mindre än man kanske trott. Sedan makten organiserats i partier består makteliten av dessa,

de personer som kan utöva ekonomisk makt och fackföreningar. Jämförelsen måste också inbegripa hur parlamenten företräder makteliten genom sina kompetenser och sammansättning. Den mjuka konstitutionella utvecklingen i Storbritannien kan förklaras av att parlamentet i Westminster med sitt överhus garanterat stämman åt adeln och dess underhus givit en stark stämman åt det besuttna borgerskapet och senare också åt arbetarrörelsen. I motsättning till förhållandena i Kontinentaleuropa har också Sveriges konstitutionella utveckling under 1800- och 1900-talen varit mjuk. Särskilt intressant är det som Järntas regeringsform från 1809 inte ändrade, nämligen riksdagens i jämförelse särpräglade sammansättning. Under det att högadeln, och från 1900-talet partitopparna, varit företrädade i statsrådet, reflekterade parlaments fyra kamrar de fyra sociala grupperna adeln, prästerskapet, borgerskapet och bönderna. Beslut fattades med tre kamrars majoritet. Nya sociala eliter som universitetslärare infogades i dessa fram till tvåkammarriksdagen infördes 1866, och därigenom kunde en växande arbetarklass få proportionellt företräde i parlamentet. Frankrikes konstitutionella utveckling präglas däremot av motstånd mot att ge stämman åt nya sociala eliter, vilket utmynnat i att konstitutionella förändringar först skett efter revolutioner. I enpartistater såsom Irak under Saddam Hussein och Sovjetunionen kompletterades partirepresentanterna i folkförsamlingen med representanter för yrkes- och intressegrupper (i Sovjetunionen) eller mäktiga klaner (i Irak).

En andra funktion hos en konstitution är att begränsa statsmakten. Detta uppnås i första hand genom att domstolarnas självständighet i förhållande till den politiska makten garanteras. De högsta domstolarna var ursprungligen en del av kungamakten, men i enlighet med John Locks⁴⁰ idéer avskildes de. I Locks hemland Storbritannien utgjordes högsta domstolen av en självständig avdelning av parlamentets överhus, House of Lords ända till The Supreme Court of United Kingdom var på plats 2009. I Sverige upprättades den Högsta domstolen som en självständig domstol 1789, men konungens underskrift av domarna var ett formellt krav fram till 1974. En jämförelse av domstolarnas ställning bör också innefatta frågan i vad mån de kan utöva konstitutionell kontroll genom normprövning. Utan en sådan kan varken maktfördelningen mellan de högsta statsorganen upprätthållas eller medborgarnas rättigheter i förhållande till staten garanteras. I detta hänseende kan man skilja på två system, ett där normkontrollen utövas av de ordinarie domstolarna, t.ex. USA och ett annat där den utövas av särskilda författningsdomstolar, t.ex. Tyskland. En viktig del av analysen av hur statsmakten begränsas bör utgöras av just en studie av den historiska utvecklingen av det konstitutionella skyddet för mänskliga fri- och rättigheter, från den Engelska *habeas corpus* 1215 över de amerikanska och franska rättighetsförklaringarna (1776

⁴⁰ John Locke, *Two Treatises of Government*, New York, 1960.

resp. 1789), nationella konstitutioner och fram till FN:s och Europarådets konventioner och EU:s stadga om mänskliga rättigheter.

En konstitutions tredje funktion är att integrera olika sociala grupper i samfundet. Man kan säga att den svenska fyrakammardagen integrerade och gav röst åt bönderna, vilket var unikt i världen, men det var den franska revolutionens avskaffande av skrän och en liberal samhällsordning grundad på devisen frihet, jämlikhet och broderskap 1789 som syftade till att integrera hela folket. Genom införande av medborgarskapet och termen medborgare *citoyen* lades grunden till nationen och folksuveräniteten. En verklig integration av folket förutsätter dock att varje medborgare har lika rösträtt för val av sina representanter till parlamentet, och i ett historiskt perspektiv kan förklaras hur inkomstprövning och förmögenhetsrelaterad röstgradering successivt avskaffades medan vissa länder behöll en indirekt vald andra kammare som garanti mot "förhastade" beslut. Först med den allmänna rösträtten utsträcktes integreringen till den kvinnliga delen av medborgarna, och för att förklara varför Nya Zeeland kunde införa kvinnlig rösträtt redan 1893 medan Schweiz kvinnor fick vänta till 1971 måste man hänvisa till kultur, religion och referenduminstitutets flitiga tillämpning på kantonal nivå i Schweiz. Sedan slutet av 1900-talet har integrationen utsträckts utanför medborgarskapet till att också gälla personer bosatta i landet genom att de i vissa länder givits rätt att rösta i kommunala val där de bor, något som gjorts till en rättighet för medborgarna i EU genom unionsfördraget. Rätten för medborgarna att sammansluta sig till politiska partier och för dessa att ställa upp med sina kandidater i val och medverka i parlamentets arbete är ett viktigt instrument för medborgarna att delta i samhällslivet, och även detta bör ses som ett medel att integrera grupper i samfundet. Frågor om majoritetsval eller enmansvalkretsar bör sättas i relation till de jämförda ländernas politiska historia.

En konstitution kan i sin preambel och materiella innehåll ange de värderingar och politiska inriktning statens verksamhet skall ha. Detta kan ses som konstitutionens fjärde funktion. En konstitution uttrycker en symbol för nationens identitet och strävanden. Trots att Storbritannien saknar en skriven konstitution utgör monarkin en symbol för landets historia och storhet. Den franska konstitutionen från 1958 legitimerar styret med revolutionens värderingar genom att i sin preambel symboliskt hänvisa till 1789 års rättighetsförklaring. I ett historiskt perspektiv kan dock jämföras hur införandet av mänskliga fri- och rättigheter sammanfaller med den liberala statens epok där konstitutionalism betyder att statens makt i förhållande till individerna och ansvar för ekonomi och sociala förhållanden var begränsat. De kommunistiska konstitutionerna under 1900-talet hade däremot en programmatisk karaktär.⁴¹ Industri- och lantarbetarmakten organise-

⁴¹ Günter Frankenberg, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, Nr.3, s. 346.

rad i det kommunistiska partiet har ett symbolvärde och statens uppgift att genomgripande omdana samhällena bekräftas. I preamblen till den sovjetiska konstitutionen 1977 fastställdes slutligen att proletariats diktatur hade uppfyllts och att Sovjetstaten blivit hela folkets stat. På det mänskliga rättighetsområdet betonade dessa konstitutioner de sociala rättigheterna, och införandet av dessa också i de västeuropeiska demokratiernas konstitutioner under 1900-talet och i EU:s konstitution genom Lissabonfördraget förstärker konstitutionernas symbolvärde som uttryck för att statsmakten skall verka för att icke diskriminatoriskt höja kvinnors, äldres, handikappades, minoriteters med fleras ställning. Den bästa symbolen för hur EU-staterna skall bruka sin makt återfinns i den tyska hänvisningen till Rechts- und Sozialstaat. De högsta statsorganen skall verka under lagarna med respekt för mänskliga fri- och rättigheter för att befordra medborgarnas sociala välfärd.