



**Rätt makt: en rapport för  
införandet av en författningsdomstol**

**Förord av Gunnar Hökmark**

### *Om författaren*

Sten Storgårds är förbundssekreterare i Fria Moderata Studentförbundet och har en juristexamen från Uppsala universitet med konstitutionell rätt som fördjupningsområde. I denna rapport argumenterar han för införandet av en författningsdomstol.

Fria Moderata Studentförbundet är ett partipolitiskt fristående förbund av liberala och konservativa studentföreningar vid Sveriges universitet och högskolor. Fler av förbundets rapporter, papper och artiklar hittar du på [www.fmsf.se](http://www.fmsf.se).

# Innehållsförteckning

Förord	3
Inledning	7
Granska makten	7
Makten och rätten	11
Reformvilja finns	12
En institution för Sverige i Europarätten saknas	14
Slopandet av uppenbarhetsrekvisitet räcker inte	16
Lagprövning i Sverige	18
Det behövs en ny institution	19
En utblick	21
Lagrådets roll	23
En självständig författningsdomstol	24
Författningsdomstolen i domstolsväsendet	26
Avslutande ord	27

## Förord

Frånvaron av konstitutionell debatt i Sverige är slående. I ett av de länder som har mest omfattande politisk maktutövning borde en vital konstitutionell debatt vara självklar, både för att säkra att den politiska makten utövas enligt de förutsättningar och regler som gäller och för att säkra att förutsättningarna och reglerna är de bästa möjliga.

När Sverige år 1809 fick en ny grundlag skrevs den under en kort tid under starkt inflytande av maktdelningslära, men också av svensk historia och tradition vad gällde svenska folkets rätt gentemot kungamakten.

Den maktdelning som blev resultatet syns tydligt i det som i dag är riksdagens byggnader. Intill kungliga slottet ligger det som en gång var regeringskansliet. Intill det ligger, i en sammanbunden byggnad som delas av Riksgatan, dels det som var den gamla tvåkammarriksdagen, med just två kammare som i dag används som grupprum, samt Riksbanken. Riksbanken var underställd Riksdagen för att försäkra att svenska folkets urgamla rätt att sig själva beskatta inte skulle kunna undermineras genom penningpolitik.

Tvåkammersystemet var en maktdelning som byggde på en uppdelning av makten i riksdagen mellan en direktvald kammare och en indirekt vald och successivt förnyad. Det innebar också, i alla fall innan det svenska partisystemet blev så utvecklat och starkt som det blev under 1900-talet, en självständighet i förhållande till regeringen.

Nackdelen var att med proportionella val, som inte var så fullt proportionella, och starka partier, så underminerades denna självständighet till fördel för det stora partiet och den sittande regeringsmakten. Sverige fick inte så många maktskiften, inte ens när väljarna gick regering och sittande majoritet emot.

Därför blev det en demokratisk nödvändighet att reformera vilket ledde till enkammarriksdagen 1970, som är dagens system. Där finns en långt gången proportionalitet med utjämningsmandat, så långt gången att vi år 1973 fick en jämviktsriksdag som ledde till att antalet mandat förändrades till 349 i stället för 350 samt ett direkt genomslag av väljarnas dom. Det har givit regeringsskiften och ett mer vitalt parlamentariskt system. Möjligheten att utöva makt genom kontroll hänger nämligen samman med möjligheten att byta regering.

Sedan 1970 har Sverige haft socialdemokratiska regeringar från 1970 till 1976, borgerliga regeringar i fyra olika former mellan 1976 till 1982, socialdemokratiska regeringar från 1982 till 1991 samt en borgerlig regering 1991 till 1994 och därefter socialdemokratiska regeringar mellan 1994 till 2006 som följdes av en alliansregering från 2006 till 2014. Därefter har vi haft socialdemokratiska regeringar med Miljöpartiet som stödankare samt Vänsterpartiet som ytterligare parlamentariskt underlag och nu också Liberalerna och Centerpartiet.

De senare två mandatperioderna har visat på en vilja att söka eliminera det direkta resultatet av väljarnas dom genom att partierna

överlåtit regeringsmakt till S för att isolera SD. Det har knappast lyckats. Snarare har SD vuxit och dessutom fått det politiska livet att rotera kring partiet snarare än kring verklighetens utmaningar.

Det understryker vikten av en konstitutionell debatt. Den svenska grundlagen har sedan 1974 års regeringsform reformerats med sikte på att bättre kodifiera de medborgerliga rättigheterna liksom att modernisera yttrandefrihetens förutsättningar. Det är däremot uppenbart att det finns behov av att bättre diskutera hur den politiska makten bättre kan motbalanseras genom maktdelning. Det handlar i första hand om det oberoende rättsväsendet, där ett första steg genom lagprövning tagits men där det finns skäl – inte minst i perspektivet av en europeisk debatt och diskussionen i länder som politiserar styret av rättsväsendet – att se hur domstolar och rättsväsende i övrigt kan garanteras oberoende.

Frågan om en författningsdomstol är en sådan fråga, som i grunden måste ta sin utgångspunkt i det faktum att Sverige i dag har en lagstiftning som kommer från två olika parlament – den svenska riksdagen och Europaparlamentet – och behovet av ett självständigt rättssystem i alla delar.

Denna skrift om författningsdomstol är ett uttryck för en nödvändig debatt som sätter perspektivet hur vi bättre kan värna lagarna och hur lagarna ska kunna tillämpas i enlighet med lagstiftare och grundlags intentioner. Förhoppningsvis kan den bli en nyttig påminnelse om att en grundlag ständigt måste betraktas utifrån hur väl den kan skydda

och värna de syften som den formats för. Nämligen att skydda demokratin och medborgarnas rätt,

Gunnar Hökmark

## Inledning

Behovet att stärka rättsstaten är större än på mycket länge. Det är på tiden att 1974 års regeringsform på allvar reformeras i förmån för mer maktindelning, stärkt demokrati och tydliga gränser för politikernas makt genom införandet av en författningsdomstol.

Riksdagsvalet 2018 innebar ännu en osäker parlamentarisk situation där tvister om praxis vid talmansval, osäkerhet i regeringsbildning och maktförhållanden följer om vartannat. Samtidigt har lagstiftningsarbetet präglats av allt sämre kvalitet och brist på respekt för rättsstaten och grundlagen där Lagrådet allt oftare körts över av politiker med osäkra rättslägen som följd där enskilda hamnar i kläm. Trots det finns det ingen dedikerad institution för att pröva och granska politikernas tillämpning av grundlagen.

Sverige är i europeisk jämförelse unikt oskyddat mot hot mot rättsstaten genom att koncentrera makten hos ett och samma organ – riksdagen. Lagstiftning och rättsskipning ska emellertid inte baseras på den starkes rätt, utan på rättsprinciper om rätten till liv, egendom och frihet. Denna text utvecklar på ideologisk och konstitutionellrättslig grund behovet av en ny författningsdomstol.

## Granska makten

Makt korrumperar, och absolut makt korrumperar absolut sa en gång Lord Acton. För att reglera statlig makt formuleras konstitutioner där olika metoder för hur stater ska styras har utkristalliserats. Av



betydelse blir graden av centraliseringen av den statliga makten och dess relation till rätten.

Montesquieus maktdelningsprincip innebar på sin tid ett nytt konstitutionellt synsätt i vilket makten skulle delas mellan konkurrerande institutioner inom staten. En lagstiftande, en verkställande och en dömande makt som i relationen till varandra skulle sprida makten och minska risken för korrupcion.

1809 års regeringsform som utarbetades på fjorton dagar med Hans Järta som huvudsekreterare byggde på just maktdelningsprincipen. Med inspiration av den amerikanska konstitutionen skulle regeringen ha den verkställande makten, riksdagen den beskattande makten och lagstiftningsmakten delas mellan kung och riksdag genom veto hos statschefen.

Den regeringsformen överlevde i över 160 år och var i slutskedet av dess existens världens näst äldsta gällande konstitution efter just den amerikanska. Planer på en ny grundlag återkom vid flera tillfällen, men den första utredningen tog 20 år på sig och resulterade inte i någonting. En ny utredning fick tillsättas som mynnade ut i den partiella grundlagsreformen 1969 och slutligen i 1974 års regeringsform, som gäller än i dag.

Den nya regeringsformen ska jämförd med den gamla syrligt ha beskrivits som liknande en bostadsrättsförenings tvättstugeregler. Från en grundlag med tydligt konstitutionellt tänkande där syftet var att skapa kloka regler för styret av landet infördes en ny avskalad

grundlag byggd på praktiska argument. 1974 års grundlagsfäder hade aldrig målet att skapa en bra styrning av staten, utan bara att genom kompromisser försvara de redan styrande institutionerna och göra det enkelt att använda makten. Bland annat fastställdes antalet riksdagsledamöter till det antal som fanns om man slog ihop första och andra kammaren och en riksdagsspärr på just fyra procent infördes för att VPK skulle behålla sina platser medan KDS skulle hållas kvar utanför.

En välfungerande rättsstat konstrueras inte genom kompromisser och praktiska lösningar för politiker. Rättsstaten grundas i idéer om rättssäkerhet, rätten till rättvis rättegång, förutsebarhet och självständiga domstolar som inte styrs av regering eller riksdag. Helt enkelt rätten över makten.

”It is not who governs but what government is entitled to do that seems to me the essential problem.”

- F. A. Hayek<sup>1</sup>

Hayek beskriver här kort hur frågan om vilken makt staten ska kunna erbjuda politiker är grundläggande för hur det politiska beslutsfattandet kommer att genomföras. Höjden av demokrati är inte oinskränkt makt till den som samlar flest i röster i ett val. En demokratisk rättsstat måste garantera att den statliga makten som anses härledas från folket inte kan utnyttjas för att förtrycka samma folk och deras rätt.

---

<sup>1</sup> Hayek, Why I am Not a Conservative.

Säkerhetsmekanismer som ett självständigt domstolsväsende och mekanismer för att konsekvensutsätta politiker och tjänstemän är sådant som måste planeras innan behovet av mekanismerna uppstår. Skapandet av ett konstitutionellt system måste därför bygga på idéer och inte praktiska kompromisser mellan sittande makthavare. 1974 års regeringsform och konstruktionen för den svenska konstitutionella rätten bär därför ett arv från 70-talets feltänkande kring reglering av statlig makt och syn på demokrati.

Samma diskussion om demokratibegreppet som Hayek beskrivit talade också Gösta Bohman om. Han menade att regeringsformens första mening om att ”all offentlig makt utgår från folket” är en motsägande demokratidefinition eftersom folket därmed avgör hur omfattande och ingripande den offentliga makten ska vara.<sup>2</sup> Demokratin stärks inte av att samla all makt till ett parlament som i den svenska staten, och särskilt inte när den i svensk grundlagstradition också har att granska sig själv och överpröva sina egna beslut och normer.

Behovet av institutioner som kan granska makten innebär inte bara behov av normkontroll, det vill säga juridisk granskning och prövning av bland annat lagars tillämpbarhet, utan också maktindelning. Själva lagstiftningen och det statliga maktutövandet behöver vara ett arbete delat mellan fler institutioner i vilka den självständiga juridiska granskningen bör delas också med en författningsdomstol.

---

<sup>2</sup> Bohman, I: Till minne av Gösta Bohman s 60.

## Makten och rätten

Makt lockar politiker. James Buchanan har beskrivit politikern som en rationell varelse som formas av det konstitutionella system som han verkar inom. De incitament som olika institutioner skapar kommer att påverka politikern och hans maktsträvanden.<sup>3</sup>

Buchanan menar därför att de konstitutionella institutionerna och reglerna för maktutövande måste analyseras för sig. Politiska aktörers beteende inom existerande regelverk är en sak, och vi måste vid sidan om den analysen kunna etablera hur reglerna för maktutövande kan forma bättre incitament för den rationella politikern.

Reglerna som etablerar statens makt blir därför av grundläggande intresse för den som vill styra det politiska handlandet i mer frihetlig riktning. Relationen mellan människor, politiker och statens olika institutioner måste i en konstitution tydliggöras, och gränsen för den makt som ska tillfalla staten måste uttryckas tydligt.

Med den vetskapen om hur ett konstitutionellt system bör byggas upp av maktdelning och begränsad politisk makt kan man fråga sig hur Sverige kan ha ett unikt svagt skydd av rättsstaten i västvärlden. Svaret är både ideologiska och praktiska anledningar.

Socialdemokraterna vars viktigaste politiska idé är att säkra och stärka sin egen makt har alltid motsatt sig alla förändringar där makt

---

<sup>3</sup> Buchanan Konstitutioner, politik och frihet s 278.

flyttas från S till andra institutioner, partier eller fria individer, familjer och företag. Stiftandet av 1974 års författning där folksuveränitetsprincipen med riksdagen som ensam starkast makthavare var till stor del en socialdemokratisk skapelse. I stället för 1809 års regeringsform och dess princip om maktdelning infördes ett system där makten centraliserades så mycket som möjligt.

Steg för steg har regeringsformen sedan 1974 reformerats för att begränsa den politiska makten genom införande av rättigheter i grundlag stående över vanlig lag. Pådrivande för reformer till en regeringsform i vilken människors rätt överordnas politikernas makt har alltid varit borgerligheten och i synnerhet Moderaterna.

## Reformvilja finns

Vid den senaste stora utredningen av grundlagen åren 2004–2008 ingick uppdraget att utreda behovet av en författningsdomstol syftande till att stärka den juridiska normkontrollen. En tydlig majoritet av den parlamentariskt sammansatta utredningen bestående av representanterna från Moderaterna, Folkpartiet, Centerpartiet, Kristdemokraterna och Miljöpartiet gjorde under utredningens arbete tydligt att man gemensamt ansåg att en författningsdomstols införande bör ingå i utredningens slutsatser.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Von Sydow, Lundgren, Tarshys, Svensson & Eriksson (2008) "Alliansen och mp ense om ändrad grundlag" DN 20/5 2008.

Socialdemokraterna agerade även denna gång bromskloss och i strävandet efter enighet i utredningen kunde förslaget stoppas av S. Sedan dess har i riksdagen Sverigedemokraterna tillkommit som aldrig ingått i en grundlagsutredning men däremot har haft enskilda riksdagsledamöter som under allmänna motionstider motionerat i riksdagen om införandet av just en författningsdomstol.<sup>5</sup>

Under det senaste året kan vi också bland partierna identifiera uttryck för vilja till helhetliga reformer för att stärka rättsstaten. Moderaterna har tagit initiativ till en ny grundlagsutredning som ska syfta till stärkt skydd för enskildas rättigheter och mer självständiga domstolar. Som punkt 73 i det deklarativa 73-punktsprogrammet mellan S, MP, C och L utlovas en ”parlamentarisk översyn [...] för att stärka grundskyddet för de demokratiska strukturerna samt domstolarnas [...] oberoende”. Både Moderaterna och januariöverenskommelse-partierna missar dock behovet av en författningsdomstol.

Trots det bör det sedan den senaste grundlagsutredningen 2008 till i dag och under överskådlig framtid vara möjligt att mobilisera ett starkt politiskt stöd för införandet av en författningsdomstol. Det finns en stark vilja och förståelse inom politiska rörelser med olika bakgrund om vikten av att ifall de andra politiska partierna kommer att ta över makten ska de åtminstone inte kunna göra vad som helst med den. Partiernas ansats att stärka domstolarnas oberoende och

---

<sup>5</sup> Se bl a motion till riksdagen 2017/18:1557 av Johnny Skalin (SD) Införande av en författningsdomstol

stärka rättigheter för enskilda borde utmynna i en förståelse att lösningen är en författningsdomstol.

## En institution för Sverige i Europarätten saknas

Ett relativt nytt inslag i svensk rätt som vi i allt högre grad måste förhålla oss till är Europarätten genom dels Sveriges EU-inträde 1995 och dels Europakonventionens införlivande som svensk lag samma år.

Genom EU-medlemskapet har Sverige förbundit sig att följa de rättsakter som grundar sig i EU-fördragen. De sekundärrättsliga källorna motsvarar vanlig lag i form av bland annat direktverkande förordningar och indirekta direktiv som medlemsländerna måste implementera.

Ett uppmärksammat problem vid implementering av EU-rätt i svensk kontext är det som har kommit att kallas för *gold plating*. Fenomenet innebär att EU-rätt som kommer till en medlemsstat behandlas övermodigt genom överimplementering. I stället för att minimera effekten av EU-lagen så försöker lagstiftare vara bäst i klassen och gå längre än vad som egentligen krävs från Bryssel. Gold plating kan också utnyttjas av inhemska politiker i syfte att driva igenom lagstiftning man själv länge förespråkade men där man genom impopulära förslag på EU-nivå får chansen att lägga till sina egna förslag och skylla på Bryssel.

Författningsdomstolen i Tyskland är ett exempel på hur det på medlemsstatsnivå går att ha en konstitutionell skyddsmekanism mot gold plating. En författningsdomstols roll är att begränsa politikernas möjligheter att komma runt grundlagen, både som kontrollant av riksdagen men också kontrollant mot vanlig lag från Bryssel. Vid Sveriges EU-inträde 1995 löstes den eventuella framtida konflikt mellan svensk grundlag och EU-rätt genom att kopiera den tyska *solange-principen*. Principen bygger på att EU-rätt implementeras och accepteras i den nationella rättsordningen, så länge som den inte bryter mot de rättigheter som skyddas genom grundlag.

Ett exempel på en sådan konflikt som uppstått nyligen är de inskränkningar i svensk offentlighetsprincip som GDPR skulle innebära. Vår svenska tryckfrihetsförordning är här till för att hindra politiker från att inskränka offentlighetsprincipen genom vanlig lag, men i stället för att hedra grundlagen och argumentera för EU-lagens omöjliga plats i svensk rättsordning blev den politiska lösningen inledningsvis att grundlagen skulle ändras. På grund av vanlig lag. Feltänket stoppades åtminstone för stunden av Alliansen och SD som röstade ned förslaget trots partiernas medverkan i utredningen.

Händelsen med de föreslagna mediegrundlagsändringarna illustrerar hur det svenska lagstiftningsarbetet saknar tradition och verktyg för att försvara svenska intressen i Europarätten. I viljan att vara bäst i klassen och med en traditionell lojalitet till högre institutioner är politiker fel personer och riksdagen fel organ att avgöra ifall EU:s sekundärrätt är förenlig med svenska grundlagar. Den institution som här saknas är en författningsdomstol där denna prövning kan ske. Ulf



Kristersson underströk problemet med gold plating i sitt stora EU-politiska linjetal förra året och lovade att Moderaterna ska sätta stopp för svensk gold plating.<sup>6</sup>

Hur det ska genomföras, mer än genom partiets eget deltagande i lagstiftningsprocessen, är däremot inte tydligt. En författningsdomstol är här som ovan förklarar ett verktyg för att både stoppa gold plating och försvara svenska intressen i Europarätten och EU:s lagstiftningsprocess.

## Slopandet av uppenbarhetsrekvisitet räcker inte

Sverige har en lång rättshistorisk tradition av svaga domstolar gentemot en stark lagstiftande makt. I ett litet land med en liten juristkår finns risken att samma jurist som utrett en lag också sedan ska tolka lagen i domstol. Fram till reformen av regeringsformen år 2010 ingick domstolsväsendet i samma kapitel som övrig statsförvaltning i svensk grundlag. Det synsätt där domstolar inte ansetts som självständiga institutioner för dömande och tolkande av lagar utan snarare som ytterligare förvaltningsmyndigheter i mängden påverkar maktförhållandena i den svenska staten även efter att kapitlet delades upp i två.

---

<sup>6</sup> Svenska intressen i europeisk förändring Tal av Ulf Kristersson, Europahuset, 16 maj 2018 s 8

År 2010 fick inte domstolarna bara ett eget kapitel i RF och en stärkt självständighet utan domstolarnas möjlighet att faktiskt låta sina egna tolkningar få genomslag stärktes när det så kallade uppenbarhetsrekvisitet avskaffades. Lagstiftning som uppenbart stred mot högre gällande rätt skulle innan förändringen inte tillämpas. Efter förändringen räckte det med att den helt enkelt stred mot högre rätt, utan något krav på uppenbarhet.

Det som menas med konkret lagprövning som den svenska är att det endast i enskilda fall innebär att politikernas lagstiftning kan bortses från. När enskilda fall kommer till prövning i domstol är det domstolens uppgift att välja rätt i rättskällehierarkin och med hjälp av bland annat Lagrådets yttranden i processen inför lagstiftning besluta att inte tillämpa rättskällor i enskilda fall.

Systemet skapar en viss ventil för att minska risken för dålig lagstiftning men den är inte tillräcklig. Visserligen är det för den enskilde helt nödvändigt att kunna få sin egen sak prövad när lagstiftaren gått utanför gränserna för acceptabel lagstiftning men den svenska konkreta lagprövningen kommer inte i tillräckligt hög utsträckning åt det konstitutionella problemet med övermäktiga politiker som behöver begränsas av starka rättsliga institutioner.

Samtidigt har det också visat sig att trots uppenbarhetsrekvisitets avskaffande har domstolar inte lyckats lämna en tradition av underdånighet gentemot riksdagen och i många fall har man duckat för fråga om lagprövning och i stället löst de enskilda fallen på annat sätt. Så skedde exempelvis när Högsta förvaltningsdomstolen (HFD)

hade att pröva utbrytningen ur budgeten när den höjda gränsen för statlig skatt stoppades och domstolen i stället valde att pröva en enklare fråga i fallet än den om skattehöjningens konstitutionella giltighet.

## Lagprövning i Sverige

Kontroll av lagstiftaren och lagstiftningen har som konsekvens av politikernas makt över rätten konstruerats svagt i Sverige. Det rättsliga institut som tydligast fyller detta syfte är lagprövningen så som den stadgas i regeringsformen 11:14 och 12:10 där domstolarna respektive förvaltningen uppdras att inte tillämpa en bestämmelse i det fall då den strider mot högre rätt som exempelvis grundlag eller ifall den kommit till på ett sätt som i det väsentliga åsidosatt reglerna för lagstiftning.

Den första regeln är en grundlagsfästning av principen *lex superior* som innebär att olika rättsregler har olika plats i rättshierarkin. Vanlig lag står under grundlag och regeringens förordningar står under riksdagens lagar och den ordningen ska inte kunna brytas av fel institution.

Den senare regeln däremot innebär att formkrav vid lagstiftning måste följas för att själva lagen ska kunna tillämpas eller inte. Det innebär inte bara ett krav på exempelvis att lagen ska stiftas genom en majoritet i riksdagen utan kan också innebära att beredningskravet i lagstiftningsprocessen ska följas. Genom denna kontrollmekanism

närmar vi oss domstolarnas prövning av kvalitet i lagstiftningen, något som genom beredningskravet också ska prövas redan genom Lagrådet.

Visserligen är lagprövningsinstitutet viktigt för att inte säga rent utav helt nödvändigt för en rättsstat både för att upprätthålla rättshierarkin och för att kontrollera och ställa krav på politikerna som stiftar lagar. Den svenska lagprövningen har emellertid en svag ställning både rättsligt och traditionellt.

Inte förrän reformen 2010 av regeringsformen avskaffades uppenbarhetsrekvisitet som till dess inneburit att lagarna uppenbarligen skulle strida mot kraven för att kunna tillämpas av domstol och förvaltning. Avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet var viktigt för att ge domstolarna större möjligheter att tillämpa rätten på ett bra sätt men åtta år efter avskaffandet får vi konstatera att avskaffandet inte räckte.

## Det behövs en ny institution

Av ovanstående undersökning kan vi konstatera att Sveriges rättssystem är sårbart med ett svagt skydd av rättsstaten samtidigt som vi i nästa avsnitt kommer se hur grundläggande principer för hur rätten ska stå över makten utmanas i länder på vår kontinent och inom EU. Vår svenska lagprövning är inte tillräcklig och det beror inte bara på grundlagens ordalydelse utan också på vår tradition i de svenska högsta domstolarna.

Som ovan nämnt finns det exempel där HFD och Högsta domstolen (HD) duckat, men också exempel där man stuckit ut och tagit ur svenskt perspektiv stor plats i rättssamhället. Traditionen är dock naturligtvis färgad av hur svensk rätt sett ut och hur domstolarna varit vingklippta medan den politiska makten varit desto starkare. Med en regeringsform utan tanke på Montesquieus maktodelningslära har domstolarnas roll i maktutövningen blivit allt för svag för vad ett liberalt demokratiskt samhälle bör vara.

Slutsatsen är att abstrakt lagprövning krävs i någon form för att möjliggöra rättslig prövning av politikernas lagstiftning och agerande. Oklarheter kring lagstiftningskvalitet har uppstått och ett system behövs för att den enskilde inte ska bära bördan när myndigheter inte vet om en lag är tillämplig eller inte. Det kräver stringens och en tydligare hierarki vilken institution som ytterst ska kunna genomföra en abstrakt lagprövning och införandet av möjligheten måste göras med försiktighet för att inte innebära nya oklarheter kring lagars användbarhet.

I Svensk Juristtidning har just en diskussion om domstolarnas oberoende efterlysts av justitieråden Melin och Lindskog. I denna diskussion bör ingå den övergripande frågan hur domstolsväsendet kan kompletteras med en ny domstol som äger kompetensen att pröva de ärenden som just gäller rättigheter, frihet och rättsstaten vilket behöver initieras innan de hotas.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> SvJT 2017 s 345.

Melin och Lindskog prövar i sin artikel idén om en av Högsta Domstolen och Högsta Förvaltningsdomstolen tillfälligt sammansatt gemensam högsta domstol för ärenden av konstitutionell betydelse. Jag vill däremot avfärda den lösningen som allt för enkel då möjligheterna till bestående verksamhet och självständighet i form av en egen ny domstol för konstitutionella frågor inte uppfylls helt. De redan existerande högsta domstolarna bör inte heller belastas allt för mycket med ärenden som justitieråden alltså kan tänka sig behöver avgöras genom ett på annat sätt sammansatt organ.

## En utblick

En självständig författningsdomstol är i många europeiska länder ett självklart inslag i det rättsliga systemet. Europarådet har tillsatt Venedigkommissionen för att ge råd i konstitutionella frågor. Kommissionen deltog inte minst i arbetet när de nya demokratiska staterna i det forna Östeuropa skulle stifta sina grundlagar. Venedigkommissionen har utformat rekommendationer för hur ett lands författningsdomstol bör utformas, dess ställning i domstolsväsendet, behörigheter och rättsliga ansvarsområde.

Kommissionen rekommenderar bland mycket annat att enskilda bör ha talerätt vid en författningsdomstol om lag strider mot den enskildes grundläggande fri- och rättigheter. Att domstolens behörighet ska vara tydlig för att just vara en konstitutionell domstol och ingen superdomstol och att vissa områden även bör reserveras till domstolen.

Venedigkommissionen radar som konkreta juridiska frågor upp bland annat kompetenskonflikter på statlig nivå eller mellan stat och kommun, prövning av grundlagsenligheten hos lagar och förordningar, val- och folkomröstningsprövning och granskning av internationella fördrag.<sup>8</sup>

Som aktuella och geografiskt nära exempel på maktmissbruk och inskränkningar på rättsstaten nämns ofta händelser i Polen och Ungern. I Polen handlar det om politiska beslut om förändringar i författningsdomstolens sammansättning och regler vilket utmanar domstolens obundenhet och därmed förmåga. Besluten har föranlett kritik från bland annat just Venedigkommissionen.<sup>9</sup>

I fallet Ungern har den politiska makten genomfört stora förändringar i landets konstitution och därigenom bland annat förändrat regleringen av domstolsväsendet. Regeländringarna innebär till exempel ändrade krav på domare vilket inneburit en metod för att avsätta domare och även utvecklingen i Ungern har Venedigkommissionen haft åsikter om.<sup>10</sup>

Dessa inskränkningar på rättens makt till fördel för politikernas egen makt i andra EU-länder bör fungera som en varning att inte heller vår rättsordning är absolut säker från klåfingriga politiker med illiberala idéer. Vi kan därför lära oss att vårt rättssystem behöver

---

<sup>8</sup> SOU 2007:85 s 167ff.

<sup>9</sup> SvJT 2017 s 346.

<sup>10</sup> SvJT 2018 s 81f.

stärkas i sin självständighet för att kunna fredas från politiska inskränkningar. En konstitution skrivs inte för vackert väder.

## Lagrådets roll

Oaktat en författningsdomstols möjligheter till granskning av lagstiftning i efterhand kommer behovet av förprövning i en juridisk instans att bestå. Lagrådets roll att granska föreslagen lagstiftning som en del i lagstiftningsprocessen bör ej ändras. Lagrådet fyller alltså funktionen som remissorgan att granska lagstiftningens kvalitet och kunna råda lagstiftaren ifall förändringar bör ske. Denna granskning är sedan av stor vikt som led i förarbetena när både vanlig domstol och författningsdomstolen ska granska, tolka och tillämpa lagen.

Den status som Lagrådet åtnjuter bör bevaras genom att helt enkelt lämna organet oförändrat. Som rådgivande självständig institution bestående av justitieråd uppfyller Lagrådet en funktion även om den juridiska kontrollen kompletteras med en författningsdomstol. En självständig riksdag som självständigt kan fatta beslut inom sin egen riksdagsordning gynnas också av en maktdelning där varningsflaggan vid dåligt utformad lagstiftning kan höjas redan under utredningsprocessen. En förprövning som rimligen kommer att fungera intimt med den efterprövning som sedan kan göras i författningsdomstolen.



Värt att notera är hur Lagrådet redan i dag utgör i princip den enda juridiska instansen där något som liknar abstrakt normprövning tillämpas. Utan att ha ett konkret fall att förhålla sig till i sin prövning kan Lagrådet göra utlåtanden på förslagen i sin helhet och dess förhållande till gällande rättsordning. Det är ett system som har fungerat bra. Lagrådet skulle också stärkas av en författningsdomstol med samma möjlighet till abstrakt normprövning efter lagstiftningen då politikerna skulle veta att det Lagrådet säger redan innan också kommer att prövas efteråt, troligtvis med samma resultat. En författningsdomstol är därför en metod för att stärka Lagrådets ställning utan att för den skull alls reformera Lagrådet i sig.

## En självständig författningsdomstol

Även i rättssystem med författningsdomstol där lagstiftning kan granskas och ibland till och med upphävas av juridiska institutioner i efterhand finns alltså fortfarande behov av granskning inför riksdagsbeslut. Lagrådets funktion som remissorgan försvinner inte av att domstolarna stärks och dess roll bör bevaras i nuvarande form dels med anledning av dess etablerade position i lagstiftningsprocessen och dels då lagstiftningens kvalitet fortfarande gynnas genom lagrådsremiss.

En författningsdomstols införande skulle innebära ett införande av abstrakt lagprövning i svensk rätt vilket vore ett nytt inslag. Hittills har endast konkret lagprövning medgetts i svenska domstolar där man haft rätten och skyldigheten att inte tillämpa till exempel lag

som strider mot grundlag i det konkreta fallet man har att pröva. Vid abstrakt lagprövning krävs inget sådant fall och domstolen kan fatta ett generellt beslut om en lags tillämpbarhet och oförenlighet med rättsordningen.

Att övergå till abstrakt lagprövning i alla domstolsinstanser skulle innebära nya problem där frågan uppstår vem som ska väcka talan om det anses finnas fog för prövning eller vilken domstol som ska ha sista ordet. Konstitutionellrättsliga tvister kan egentligen uppstå i vilken juridisk prövning som helst – skatterätt, migrationsrätt, prövning av bygglov et cetera. Den konstitutionellrättsliga prövningen bör därför samlas ovanför specialdomstolar och övriga instanser. Lösningen är en helt ny domstol med ansvar för att pröva lagstiftnings författningsförenlighet.

Införandet av en författningsdomstol vid sidan om existerande domstolskedjor skulle etablera en helt ny balans i det svenska konstitutionella systemet. Till skillnad från Lagrådet där justitieråden endast sitter i två år skulle självständiga domare i en författningsdomstol kunna etablera en praxis och en rutin i konstitutionell kontroll av politikernas lagstiftning. Det vore en styrka för den nya domstolen att kunna skapa en tradition vi inte haft i Sverige av juridisk prövning som ett led i den konstitutionella maktbalansen och inte bara som lojalt verktyg till makthavarna i politiken.

## Författningsdomstolen i domstolsväsendet

Den nya författningsdomstolens plats i domstolsväsendet är given. Som en självständig domstol med eget mandat att ex officio genomföra abstrakt lagprövning kommer domstolen att bli ett viktigt organ för hela det rättstillämpande Sverige. Fördelen är tydlig. Att undvika situationer likt den med lagen om ensamkommande där bristen på en enhetlig tolkning av lagens tillämpbarhet länge skapade osäkerhet.

Övriga domstolar (liksom statsförvaltningen i övrigt) bör lämnas orörda och i alla sina prövningar genom konkret lagprövning kunna välja att inte tillämpa lag som strider mot grundlag. Det faller sig naturligt med en skyldighet att i handläggning av varje ärende i staten åligger varje tjänsteman att kritiskt granska sina instruktioner så att de inte bryter mot högre rätt eller strider mot mänskliga rättigheter.

Kompletteringen som författningsdomstolen skulle erbjuda är det för svensk rätt nya inslaget *abstrakt normprövning*. Det skulle stärka våra nuvarande domstolar som bör få rätten att väcka talan i författningsdomstolen när ett konkret fall uppstått för att få frågan om en lags abstrakta tillämpbarhet prövad. Genom att samla denna förmåga till abstrakt lagprövning i ett organ dit övriga delar av domstolsväsendet får vända sig skapas en stringens och enhetlighet i rättsutvecklingen.

Det bör även övervägas ifall Justitieombudsmannen (JO) bör ha rätt att väcka ett ärende vid författningsdomstolen. JO genomför redan nu en verksamhet som påminner om den roll en författningsdomstol har såtillvida att JO kontrolleras statens förmåga att följa sina egna regler. JO gör uttalanden som är mer generella än vad domstolarna gör och är ett viktigt organ dit medborgare kan vända sig för att få staten granskad. Som säkerhetsventil kan därför JO fylla en viktig roll att ha talerätt hos författningsdomstolen.

## Avslutande ord

Sverige är i behov av konstitutionell reform och konstitutionell debatt. En grundlag skrivs inte för vackert väder utan måste konstrueras som värn mot maktmissbruk och ofrihetliga krafter. Därför behövs maktindelning.

En angelägen reform för att stärka maktdelningen och domstolarna är skapandet av en ny författningsdomstol. Denna rapport har skrivits med ambitionen att förklara de viktigaste argumenten för en sådan reform. Dessa är både ideologiskt rättspolitiska, men inte desto mindre konkreta och verkliga för de enskilda vars frihet kringskärs.

