



Mittuniversitetet

MID SWEDEN UNIVERSITY

Institutionen för samhällsvetenskap

Rättsvetenskap GR (C)

Examensarbete 15 hp

HT 2009

LAGRÅDET

– Maktdelning och judikalisering –

Författare: Kian Andersson
Darroudi
Handledare: Carl Johan Wase
Examinator: Eivind Torp

Abstract

The main purpose of this bachelor thesis in jurisprudence, which discusses state law in general and constitutional law in particular, was to amplify the understanding for the judicialization, focusing on the Swedish legal council, Lagrådet. The study was based on the legal dogmatic method: where laws, preparatory work, case law and doctrines have provided the background for the final discussion of this thesis. The study has investigated the role and function of Lagrådet in the judicial law-making and how these have progressed over time. Initially the judicial preview – through Lagrådet – was obligatory, but during the 1970s it became facultative. It was also, in 1974 years Regeringsform, implemented in this form. This new statute was a step away from the rule of law, which judicial independency and division of power implicates. As the importance of lawyers has increased, following the judicialization, so has the need for judicial control. As a consequence of this the obligatory preview should be reinstated and the possibility of facultative preview eliminated. Through this the special qualifications of Lagrådet can be recognized and come to adequate use in the legislative-process, especially in constitutional matters.

Sammanfattning

Huvudsyftet med detta rättsvetenskapliga examensarbete, vilket behandlar statsrätt i allmänhet och konstitutionell rätt i synnerhet, var att öka förståelsen för judikaliseringsprocessen med Lagrådet som fokus. Studien bygger på rättsdogmatisk metod: där lagar, förarbeten, praxis och doktrin legat till grund för den diskussion som avslutar uppsatsen. Studien har bland annat undersökt vad Lagrådet har för roll och funktion i lagstiftningsarbetet och hur denna har förändrats över tid. Lagrådets granskning var inledningsvis obligatorisk, men ersattes under 1970-talet med en fakultativ granskning och stadfästas som sådan i den nya regeringsformen från 1974. Författningen sanktionerar suverän statsmakt och implicerar ett avsteg från den rättssäkerhet som kommer utav autonom judiciell makt och maktindelning. Då juristernas betydelse har ökat, i och med judikaliseringen, har också behovet av kontrollorgan – såsom Lagrådet – ökat. Som en följd härav bör vi återgå till den obligatoriska lagrådsgranskningen. Detta uppnås genom att den fakultativa bör-regeln slopas och ersätts med en obligatorisk ska-regel. Genom detta kan Lagrådets särskilda kompetens till fullo utnyttjas, företrädesvis i konstitutionella frågor.

Innehållsförteckning

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | BAKGRUND..... | 1 |
| 1.2 | SYFTE..... | 2 |
| 1.3 | PROBLEMFÖRMULERING..... | 2 |
| 1.4 | METOD..... | 3 |
| 1.5 | AVGRÄNSNINGAR..... | 3 |
| 1.6 | DISPOSITION..... | 3 |
| 2 | HISTORISK REFERENSRAM..... | 4 |
| 2.1 | DE MONTESQUIEU..... | 4 |
| 2.2 | SEKLSKIFTET..... | 5 |
| 2.3 | EFTERKRIGSTIDEN..... | 6 |
| 2.4 | PENDELN SLÅR TILLBAKA..... | 6 |
| 2.5 | LAGRÅDETS UTVECKLING..... | 7 |
| 3 | EU OCH EG-RÄTT..... | 10 |
| 3.1 | LAG (1994:1500) OM EU..... | 10 |
| 3.2 | EU:S TRE PELARE..... | 10 |
| 3.3 | INSTITUTIONERNA..... | 11 |
| 3.4 | RÄTTSVÄSENDET..... | 13 |
| 4 | FÖRFATTNINGSDOMSTOLAR INOM EU..... | 17 |
| 4.1 | FRANKRIKE – CONSEIL CONSTITUTIONNEL..... | 17 |
| 4.2 | SPANIEN – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA..... | 18 |
| 4.3 | TYSKLAND – BUNDESVERFASSUNGSGERICHT..... | 19 |
| 4.4 | KOMPARATION..... | 21 |
| 5 | KONSTITUTIONELL LEGISLATUR..... | 22 |
| 5.1 | KONSTITUTIONEN..... | 22 |
| 5.2 | MAKTDELNING I REGERINGSFORMEN..... | 23 |
| 5.3 | LAG (2003:333) OM LAGRÅDET..... | 27 |
| 6 | LAGRÅDET..... | 28 |
| 6.1 | LAGRÅDETS SAMMANSÄTTNING..... | 28 |
| 6.2 | LAGRÅDETS VERKSAMHET..... | 28 |
| 6.3 | AVSTYRKTA LAGFÖRSLAG..... | 29 |
| 6.4 | ETT FÖRSTÄRKT LAGRÅD..... | 30 |
| 7 | RÄTTSFALL..... | 32 |
| 7.1 | BARSEBÄCK..... | 32 |
| 7.2 | NORRA LÄNKEN..... | 34 |
| 8 | DISKUSSION..... | 35 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | |

Förkortningar

| | |
|-------|--|
| EG | Europeiska gemenskapen |
| EKMR | Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter |
| EU | Europeiska unionen |
| FRA | Försvarets radioanstalt |
| GLU | Grundlagsutredningen |
| HD | Högsta domstolen |
| IPRED | Intellectual Property Rights Enforcement Directive |
| KU | Konstitutionsutskottet |
| LF | Lissabonfördraget |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv |
| not. | Notismål |
| prop. | Proposition |
| ref. | Referatmål |
| RegR | Regeringsrätten |
| RF | Regeringsformen |
| RÅ | Regeringsrättens årsbok |
| SFS | Svensk författningssamling |
| SO | Successionsordningen |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| TF | Tryckfrihetsförordningen |
| YGL | Yttrandefrihetsgrundlagen |

1 Inledning

Detta introduktionskapitel redogör för uppsatsens teoretiska och metodologiska utgångspunkter. Intentionen är att ge läsaren en inblick i uppsatsens ämne, syfte, tillvägagångssätt och strukturella utformning. Framställningen tar i det följande huvudsakligen sikte på dessa utgångspunkter.

1.1 Bakgrund

I den förevarande uppsatsen är avsikten att föra en diskussion i ett för Sverige och den rättsvetenskapliga diskursen aktuellt ämne. Ämnet som behandlas är *judikaliseringen* i Sverige och Europa med det svenska laggranskningsorganet *Lagrådet* som fokus. Judikaliseringen, vilken schematiskt och något förenklat kan sägas implicera ökad domstolsmakt på bekostnad av de folkvalda politiska organen, kan som fenomen urskiljas i hela västvärlden och är en av vår tids absolut tydligaste politiska tendenser. Inte desto mindre lyser den konstitutionella diskussionen, vilken således hamnar i fokus, med sin frånvaro i den allmänna debatten.¹ Ambitionen med den följande framställningen är att illustrera judikaliseringens betydelse för samhällsutvecklingen, med dess implikationer på rättssystemet och det politiska livet.

Utvecklingen är kontroversiell. Fenomenet – *maktindelning* – som utkristalliserats och hamnat i hetluften emanerar från tanken att makten, för att inte missbrukas, måste delas. ”Den klassiska uppdelningen är som bekant att skilja den lagstiftande makten, som åvilar ett folkvalt parlament, från den verkställande, som ligger på regeringen och den dömande, som tillkommer domstolarna.”² Maktindelning är artfrämmande för svensk rättsutveckling och ses traditionsenligt som stridande mot den rådande svenska parlamentarismen, ett styrsystem vars grundvalar i sin tur står i skarp kontrast till den rådande utvecklingen. Den svenska arketyper däremot bygger på demokratiska principer om *majoritetsstyre* och *folksuveränitet*, dvs. att: all offentlig makt i Sverige utgår från folket. Makten förverkligas genom de folkvalda, våra representanter i regering och riksdag. Stadgandet kommer till uttryck i RF:s portalparagraf och innebär en koncentration av makten till regering och riksdag. Denna maktsuveränitet, vilken legitimeras genom den av folket delegerade makten, ger jurister och domstolar en undanskymd position i maktens korridorer.

Inträdet i EU i allmänhet och EG-rättens allt större inflytande i synnerhet har medfört att de svenska domstolarna fått en delvis ny funktion. Vid sidan av svensk rätt ska EG-rätten och EKMR tillämpas och då svenska lagars konformitet med den rådande Europarätten. En konsekvens av denna utveckling är ökade krav på normkontroll. För svenskt vidkommande tar sig denna uttryck dels i Lagrådets förhandskontroll av propresenterade lagars förenlighet med gällande rätt, dels i domstolarnas efterhandskontroll av lagars grundlagsenlighet genom det s.k. *uppenbarhetsrekvisitet* i RF. Lagrådets uppgift är att granska lagförslags förenlighet med övergripande normer samt genom ett yttrande till regeringen delge sin ståndpunkt i sak. Regeringen kan fritt välja att höra Lagrådet, denna valfrihet kommer utav att Lagrådets yttrande endast är fakultativt och sedan en tid tillbaka reducerat till en *bör-regel*. Regeringen har därigenom möjlighet att överhuvudtaget avstå från att rådfråga Lagrådet under lagstiftningsprocessen i konstitutionella och i andra frågor som aktualiseras. Detta förhållande i samband med uppenbarhetsrekvisitets sällsynta, nästintill obefintliga, tillämpning i lagprövningssammanhang ger Sverige ett, sett i skenet av europeiseringen, inadekvat normprövningsinstitut. De två instituten – Lagrådet och uppenbarhetsrekvisitet – utgör i den för rättsäkerheten viktiga normkontrollens tjänst, olika sidor av samma mynt.

¹ SOU 1999:58, *Löser juridiken demokratins problem?*, s. 55.

² SOU 1999:76, *Maktindelning*, s. 320.

Judikaliseringen och då särskilt europeiseringen ställer högre krav dels på den inhemska lagstiftningsprodukten, dels på politiska besluts förenlighet med gällande rätt. Här accentueras harmoni med Europarätten, med ökade krav på rättsäkerhet samt de grundläggande fri- och rättigheternas andemening, vilket skapat en stark ställning för judiciella organ. Domstolarna får numer allt oftare besluta i frågor som tidigare avgjordes i centrala politiska organ såsom regering och riksdag. Politikerna har till följd därav inte längre monopol på de viktiga politiska besluten³. Problematiken åskådliggörs på ett nationellt plan i två kontroversiella avgöranden i RegR. I det ena fallet valde RegR att inhibera regeringens beslut gällande stängningen av en kärnkraftsreaktor, Barsebäck 1. I det andra fallet underkände RegR regeringens beslut angående en planerad byggnation av en trafikled genom ett naturområde, Norra länken i Stockholm. Beslut med sådan politisk signifikans att det bara några år tidigare skulle ha bedömts som högst osannolikt, dessutom artfrämmande, att regeringen tvingats stiga åt sidan och dess beslut i sakfrågan annulleras genom rättsprövning. Europeiseringen och de ökade kraven på rättsäkerhet ger således upphov till extensiv normkontroll i flertalet former, men samtidigt också en mer restriktiv lagtolkning. Normkontrollen har en preventiv verkan som hämmar godtyckligt beslutsfattande och nyckfullt maktutövande.

Utvecklingen har kastat nytt ljus på Lagrådet som under decennier stått i skuggan av folksuveränitet och majoritetsstyre. Judikaliseringen ökar betydelsen för lagrådsgranskningen vilken är under utveckling såväl organisatoriskt som rättsligt. Med Lagrådets inflytande över lagstiftningen införs sålunda ett element av maktindelning i det svenska statskicket⁴. Lag- och normprövning, oavsett i vilken form, begränsar oundvikligen den av folket tilldelade maktsuveränitet vilken regering och riksdag åtnjuter och de facto grundlagen föreskriver. Frågan är minst sagt kontroversiell då den delvis vänder upp och ner på hävdvunna ideal⁵. En dikotomi kan därmed skönjas mellan en traditionell svensk uppfattningen om ett starkt folk- och demokratistyre å ena sidan, med ökad domstolsmakt och den enskilde (EU)medborgarens rättsäkerhet å den andra sidan. Lägren delas således i binära motpoler: *demokrati* kontra *rättsstat*; en dualism – i väsentliga delar manifesterad – i rött och blått. I detta perspektiv är frågan också ideologiskt färgad. Det politiska livet nödgas dock, oavsett färg eller ideologi, dela makten med det judiciella som vinner allt mer mark på den politiska jurisdiktionen. Enligt den ledande professuren genererar emellertid judikaliseringen starka incitament såsom exempelvis ett starkt grundlagsskydd, och därmed ökad rättsäkerhet; drivkrafter med ett sådant egenvärde att de svårligen kan negligeras.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur judikaliseringen och europeiseringen inverkar på Lagrådet och svensk rättsutveckling samt vilka incitament som legitimerar denna process. Syftet är också att analysera *de lege lata* och löpande föra ett *de lege ferenda*-resonemang.

1.3 Problemformulering

Mot bakgrund av syftet avses följande frågeställningar besvaras:

- Har Lagrådets roll och funktion förändrats över tid?
- Bör den svenska lagrådsgranskningen anpassas med judikaliseringen?
- Vilken roll har Lagrådet i judikaliseringsprocessen?

³ SOU 1999:58 s. 55 f.

⁴ Algotsson, K-G. (1993) *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet*, Norstedts juridik, s. 387.

⁵ Nergelius, J. (2006) *Svensk statsrätt*, Studentlitteratur, s. 24 f.

1.4 Metod

Den förevarande uppsatsen bygger på traditionellt juridiskt arbetssätt; rättsdogmatisk metod. Tillvägagångssättet kännetecknas utav att det med ledning av de primära rättskällorna – såsom lagar, lagförarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin – tolkar och systematiserar gällande rätt. Uppsatsen baseras i väsentliga delar på olika förarbeten; SOU och regeringens propositioner. Stor vikt har lagts vid GLU:s expertgrupps rapporter i arbetet med att skapa en samlad översyn av RF. Vidare är rättsfallsanalysen en kompletterande metod till den dominerande rättsdogmatiska. Uppsatsen innehåller ävenså ett inslag av komparativ metodik, vilken kompletterar den rättsdogmatiska i analysen av bland annat de europeiska författningsdomstolarna.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen avgränsas till att främst behandla Lagrådet i ett judikaliseringsspektiv. Kapitlen rörande EU och EG-rätten, författningsdomstolarna samt rättspraxis avser belysa judikaliseringen i vid mening. Detta för att öka förståelsen för Lagrådet och dess granskning genom att applicera ett europeiskt perspektiv i sak. EKMR berörs till vissa delar men har av avgränsningshänsyn inte någon central plats i den påföljande framställningen. Av samma anledning har ramlagstiftningens inverkan på utvecklingen exkluderats. Vidare behandlas inhemsk lagstiftning med syftet att illustrera vilka normkontrollsfunktioner, i lagar och rättsprinciper, som verkar vid sidan av Lagrådet. Dessa behandlas dock endast översiktligt och deras betydelse ska nämnas står inte i proportion till det utrymme de lämnats i den förevarande framställningen. Något större utrymme har inte heller avsatts för RF:s 2 kap. om grundläggande fri- och rättigheter eller de begränsningar i grundlagsskyddet som stadgas i kapitlets 12 §. Motiveringen härför är i likhet med ovan, uppsatsens begränsade utrymme.

1.6 Disposition

Var och ett av uppsatsens åtta kapitel inleds med en översiktlig ingress, i vilken påföljande avsnitt motiveras. Uppsatsens inledande kapitel innefattar en bakgrundsbeskrivning av aktuellt ämne följt av syfte, problemformulering, metod, avgränsningar och disposition. Därefter inleds studien med ett historiskt perspektiv. Detta översiktliga kapitel avser beskriva vissa betydelsefulla delar av den rättshistoriska utvecklingen i Sverige och Europa. Även Lagrådet och den utveckling de genomgått ges en plats i denna historiska kontext. I det tredje kapitlet behandlas EU och EG-rätten. Europarätten med EKMR och EG-rättens inflytande över den svenska lagstiftningen behandlas och särskild vikt läggs på EU:s institutioner samt de allmänna och grundläggande rättsprinciperna. I det fjärde kapitlet ges en översikt av tre för undersökningen utvalda författningsdomstolar som verkar inom EU. Dessa författnings- och konstitutionsdomstolar sätter upp ramarna för den europeiska idealtypen i form av normkontroll och rättssäkerhet. Syftet med detta kapitel är att placera normprövningsinstitutet i ett vidare perspektiv. Det femte kapitlet redogör för gällande svensk rätt. Det övergripande syftet med kapitlet är att exemplifiera de lagar och principer som styr normgivning, normkontroll och det svenska statsskicket. I det sjätte kapitlet ges en fördjupande analys av det svenska laggranskningsorganet, Lagrådet. Bland annat analyseras ett flertal av Lagrådet avstyrkta lagförslag samt regeringens ståndpunkt i sakfrågan. Det sjunde kapitlet behandlar två rättsfall, Barsebäck och Norra länken, på området i förhållande till gällande lagstiftning; såväl nationell som europarättslig. I det åttonde kapitlet förs en diskussion i befintliga och under arbetet uppkomna problem- och frågeställningar. De huvudsakliga frågeställningarna behandlas här var för sig, omsider behandlas domstolarna, RegR:s avgöranden, i ett eget avsnitt. Argumentationen förs genomgående dels de lege lata, dels de lege ferenda och är deskriptiv-normativ.

2 Historisk referensram

Kapitlet syftar till att ge läsaren en inblick i och en förståelse för hur judikaliseringen påverkar sin omgivning, ur ett europeiskt perspektiv, i ett nationellt sammanhang och mot en historisk bakgrund. Sammanfattningen tar sin början i Montesquieus klassiska maktdelningslära. Därefter belyses översiktligt den rättsliga utvecklingen i Europa. Kapitlet avslutas med en resumé av Lagrådets 100-åriga utveckling från 1909 till 2009.

2.1 de Montesquieu

Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755) var jurist, ämbetsman och tillhörde den franska aristokratin. Montesquieu var en av den franska upplysningstidens viktigaste förgrundsgestalter och hans rättsvetenskapliga verk har setts som banbrytande för bland annat rättssociologins domäner. Montesquieu förknippas idag främst med den konstitutionella maktdelningsläran i kölvattnen av *De l'esprit des lois* (Om lagarnas anda) från år 1748. Samhället förstör människan ansåg Montesquieu och menade, i likhet med sin föregångare John Locke, att människans destruktiva tendenser måste tyglas, detta genom den positiva rätten. Rätten skulle spegla förnuftet som i sin tur ska stå i förhållande till den legitima rätten.⁶

Den klassiska maktdelningsläran

Som ett villkor för en rättsstat krävs en tydlig distinktion av makten. Företrädesvis maktdelning mellan det juridiska och det politiska. Enligt Montesquieu existerar det i varje stat tre typer av makt, vilka inte får sammanblandas så att samma personer har del i fler än en av dem samtidigt.⁷ Den klassiska maktdelningsläran – signerad: de Montesquieu – delar således makten i tre instanser. Maktdelningsläran kom till uttryck i den amerikanska konstitutionen, och kan idag uppfattas i stora delar av västvärlden. Läran utgår från att lagstiftande-, verkställande- och domsmakt med nödvändighet måste hållas isär för att garantera de demokratiska institutionernas funktion.⁸ Maktdelningsprincipen är en lösning på mänskliga tillkortakommanden. Ett resultat av att människan inte kan förvalta makten på ett demokratiskt sätt. I likhet med Locke ansåg Montesquieu att människan var svag för maktmissbruk. Därav skulle inte all makt ligga i en hand där den med stor sannolikhet skulle missbrukas. Makt skulle begränsas med makt. Sensmoralen i Montesquieus lära var att uppnå ett moderat styre, där eftertanke och reflektion snarare än passioner och impulser skulle vara vägledande.⁹ Denna vision om ett rättssäkert samhälle skulle nås genom en tredelning av makten.

Enligt Montesquieu fanns det tre från varandra åtskilda styrelseskick. Styrelseformerna bestod av republikanskt, monarkiskt och despotiskt styre. Det republikanska styret råder när hela (demokrati) eller delar (aristokrati) av folket besitter den högsta makten. Den monarkiska styrelsen leds av en person som styr, i enlighet med bestämda och vedertagna lagar. Den tredje och sista styrformen är, enligt teorin, den despotiska där en person styr egenmäktigt utan lagar eller regler. När maktdelningsläran appliceras på de tre styrformerna ter sig monarkiskt styre bäst lämpat på grund av sina differentierade beslutsnivåer.¹⁰

⁶ Nergelius, J. (2008) *Rättsfilosofi – Samhälle och moral genom tiderna*, Studentlitteratur, s. 52.

⁷ Ibid., s. 55 f.

⁸ SOU 1999:58 s. 30.

⁹ Nergelius, *Rättsfilosofi*, s. 54 och 57.

¹⁰ Ibid., s. 53-55.

1809

Frihetstiden – som på 1700-talet karaktäriserades av experimentell parlamentarism och beskärmd kungamakt – fick ett abrupt slut i och med Gustaf III:s statskupp 1772. Ett kungligt välde infördes och riksdagen spelade endast en marginell roll. HD inrättades år 1789.¹¹ Två decennier senare, 1809, avsattes Gustaf IV Adolf. Samma år grundades RF av regering och riksdag, en författning som bar framträdande spår av Montesquieus klassiska maktodelningslära. Enligt författningen hade Kungl. Maj:t (regeringen) den suveränt verkställande makten¹², medan riksdagen, de fyra stånden, ensam beslutade om beskattningsmakten och delade lagstiftningsmakten med kungen.¹³ Granskningen av lagförslag, den uppgift Lagrådet har idag, lades på HD.¹⁴ Således förelåg en viss maktodelning även om institutionerna (regering och riksdag) var nödgade att ha samma åsikt i sak för att komma fram till ett beslut, exempelvis i sin lagstiftande funktion. Sedvänjan som växte fram som ett resultat av 1809 års författning har till stora delar lagt grunden för 1974 års RF och stipulerar att såväl ekonomisk som lagstiftande makt ensamt åvilar riksdagen¹⁵. Riksdagens ”nya” maktsuveränitet, sanktionerad i grundlagens folksuveränitetsprincip, suddade dock ut de sista spåren av maktodelningsinfluenser som – i arvet efter Montesquieu – dröjt sig kvar.

2.2 Sekelskiftet

1800-talet hade präglats av nationalism. Detta fick till följd att den nationella rätten under 1900-talet växte sig stark, vilket i sin tur lade grunden till en ny era för domstolarna. Domstolarnas starka ställning vid det föregående sekelskiftet avspeglades i de tempellika svenska tings- och rådhusen. Tingshusen, som byggdes efter fransk och tysk modell och inreddes med nationalromantiska dekorationer, triumferade juristernas ställning som herre på täppan i rättens rike. Domarna prövade lagens rāmärken och satte standarden för det kommande seklets rättvisa och förestående rättstillämpning. Den självständiga domarkulturen präglade rättsstatens ideal, ett arv som sekelskiftets jurister förde med sig långt in på 1900-talet.¹⁶

Tredje rikets fall

Ett halvt sekel senare var situationen radikalt annorlunda. Året var 1950 och en mörk skugga låg kvar över ett Europa i ruiner. ”... juristerna hade förnedrats genom en anpassning till totalitära politiska regimer.¹⁷” Emeritus Kjell Å Modéers fåordiga, men episka, beskrivning sammanfattar årtionden av regression sett i skenet av den tidigare så starka och autonoma judiciella makten. Rättspositivismens brister kom till uttryck i nazismens legitimerade övergrepp, vilka ledde till ett starkt engagemang för att finna säkrare grund för medborgerliga fri- och rättigheter. År 1951 tillkom EKMR vilken markerade en återgång till naturrättsliga tankegångar. Trendbrottet skulle lägga grunden för ett nytt paradigmskifte. Tysk rättsvetenskap, som längre stått förebild för omvärldens rättskultur, förpassades till stupstocken och dränerades på politiska influenser.¹⁸

¹¹ Modéer, K-Å. (1987) *Granskning eller lagprövning – Högsta domstolen som normbildare*, Juristförlaget i Lund, s. 14.

¹² SOU 1999:76 s. 324.

¹³ Hadenius, S. (2003) *Modern svensk politisk historia – Konflikt och samförstånd*, Stockholm: Hjalmar & Högberg, s. 13.

¹⁴ SOU ju 2004:11, *Rapport från Grundlagsutredningens expertgrupp om olika former av normkontroll*, s. 31.

¹⁵ 1 kap. 4 § andra stycket RF.

¹⁶ SOU 1999:76 s. 74 f.

¹⁷ *Ibid.*, s. 76.

¹⁸ Petersson, O. (2005) *Rättsstaten – Frihet, rättssäkerhet och maktodelning i dagens politik*, Stockholm: Norstedts juridik, s. 115.

2.3 Efterkrigstiden

Efterkrigstiden präglades av pånyttfödelse av gemensamma kulturella värden. Värden som den romerska rätten, naturrätten och de individuella mänskliga rättigheterna genomgick en renässansperiod. En renässans till vilken de svenska juristerna inte bara ställde sig avvaktande utan också kritiska. Den moderna folkrättens potentiella följder för den svenska rättskulturen betraktades av 1950-talets moderna jurister med betydande skepsis. Paradigmskiftet efter andra världskriget särskiljde mellan judiciell och politisk makt, detta som ett naturligt led i utvecklingen av- och efter krigets följder. I Sverige innehades ensamrätten till den nationella rättsordningen av lagstiftaren som kanaliserade mot att skapa moderna och pragmatiska lagar. Hela Europa genomgick en reformation på rättsområdet. Naturrättsteorier återaktualiserades och naturrätten införlivades i rättssystemen. Naturrättsliga influenser i den dömande makten skulle vingklippa och bakbinda auktoritära ideologiers försök till återupprepningar i nazismens och fascismens anda.¹⁹

Juristernas anspråk på den politiska makten var i skuggan av andra världskrigets händelser modest. På den nationella arenan bistod juristerna lagstiftaren i reformationen av rätten. Genom samspelet utvecklades en lojalitet till lagstiftaren. I detta tidsspänn diskuterades och befästes sedermera lagförarbetenas ställning som rättskällor. Sverige, under inspiration av Jean-Jacques Rousseaus demokratiteori, lagfäste år 1974 folksuveränitetsprincipen i den nya RF. Principen, vilken numera är fast förankrad i svensk rättskultur, centraliserar makten till regering och riksdag, och var en av orsakerna bakom juristernas försvagade konstitutionella ställning. Sammantaget präglades efterkrigstiden av juristernas allt mer marginaliserade ställning och maktanspråk.²⁰

2.4 Pendeln slår tillbaka

Judikaliseringens historiska pendel slår i retur från folksuveränitet och majoritetsstyre till minoritetsskydd och rättssäkerhet i form av domstolsmakt. Därmed kan ett visst mått av maktindelning urskiljas i utvecklingen. Företeelsen är inte tidigare osedd och kan skönjas i ett retrospektivt perspektiv (före 1809 års RF). Såväl politiker som jurister tar maktens territorium i anspråk, en duell som juristerna verkar gå segrande ur. Dagens svenska rättskultur antyder, enligt Modéer²¹, alternativa perspektiv på juristers roller och funktioner i den moderna demokratin. Den traditionella svenska rättskulturen håller på att förändras. Nya generationer av jurister gör anspråk på att återerövra klassiska roller som domare och som rättsvetenskapsmän.²²

Enligt professor Joakim Nergelius²³ kan judikaliseringsprocessen sägas innebära domstolarnas ökande maktbefogenheter i förhållande till beslutande politiska organ. Fler och fler viktiga politiska frågor avgörs i domstol och andra rättsliga organ, däribland spritmonopolet som avgjordes i den överstatliga EG-domstolen i Luxemburg. Regering och riksdag som tidigare, lite tillspetsat, varit fullkomliga i sin maktutövning – helt i enlighet med Thomas Hobbes teori om den odelbara suveränen²⁴ – har idag en sekundär ställning rättsligt sett. Liknande tendenser där politikernas beslutsmonopol försvinner kan ses i bland annat USA, Tyskland, Frankrike och inom EG-rätten.²⁵

¹⁹ SOU 1999:76 s. 76.

²⁰ Ibid., s. 77 f.

²¹ Ibid., s. 69 f.

²² Ibid., s. 79.

²³ SOU 1999:58 s. 55.

²⁴ Se bl.a. Nergelius, *Rättsfilosofi*, s. 33-35.

²⁵ SOU 1999:58 s. 56.

Pluralism

Konkreta exempel på judikaliseringens allt starkare fotfäste för svenskt vidkommande är de för samhället viktiga beslut vilka avgjorts – inte av regeringen – av EG-domstolen genom normprövning. Ett beslut som utmärker sig är bland annat avmonopoliseringen av det statligt ägda Systembolaget. Normkontrollens dignitet accentueras bland annat genom ogiltigförklaringen av flertalet beslut i såväl Sverige som i övriga medlemsstater. Som ett naturligt led i utvecklingen försvagas folksuveränitetsprincipen av den ökade normprövning som domstolsmakten gett upphov till, exempelvis genom att de folkvalda majoritetsbesluten ifrågasätts och prövas av judiciella organ. Maktindelningstendenserna visar på att den nya judiciella makten bryter mark i det tjänste- och informationsamhälle som präglar det nya millenniet. Den svenska lagstiftningen har fått konkurrens av både EG-rätten och EKMR. Pluralism sägs numera karaktärisera den svenska rättskulturen.²⁶

Dualism

Framställningen motiverar ett par frågor berörande, om än oförtjänt kortfattat. De två exemplen ska emellertid få ge uttryck för en viktig konstitutionell fråga. Ett dilemma ur rättsstatlig mening eller ett misslyckande ur demokratihänsyn? Ur ett rättsäkerhetsperspektiv är folksuveränitetsprincipen lite av demokratins Akilleshäla. En risk med folkstyret är att majoriteten ska utnyttja sin röst för att begränsa eller kränka minoritetens rättigheter. Vad som här ska beskrivas är hur lagstiftaren använde sitt i och för sig allt trubbigare, inte desto mindre fullt funktionsdugliga vapen – folksuveräniteten – för att överrösta och slutligen tysta majoriteten. Exempelen i åtanke är den senaste tidens kontroversiella lagstiftningsförslag som sedermera realiserats och implementerats i den svenska lagstiftningen. Den ena – IPRED – lagen kom inlindad i det s.k. sanktionsdirektivet från EU och berör immaterialrättens område, den andra – FRA – lagen reglerar bland annat signalspaning på kabelburen trafik. Vad de båda har gemensamt är att de stött på patrull, såväl från allmänheten som från de egna leden. Kritiken kommer dels an på den begränsning i den digitala emancipationen som upphovsrättslagen (en del av IPRED) innebär, dels den intervenerande åtgärd i det privata livets sfär som potentiellt FRA-lagen öppnar upp för och som uppfattas som ett oacceptabelt ingrepp i den personliga integriteten. Kontentan av det hela är hur lagstiftaren i dessa fall valde att använda sin makt för att begränsa majoritetens rätt att styra samhällsutvecklingen, med den av majoriteten delegerade makten dessutom. Ett tämligen olyckligt (miss)bruk av folksuveräniteten som städse bör hållas i åtanke vid begrundande av judikaliseringens pros vs cons.

2.5 Lagrådets utveckling

Laggranskning innebär att ett lagförslag besiktigas, för att undvika kollision med lag av högre rang, innan det införlivas i lagstiftningen. Den förutvarande laggranskningsfunktionen, som tidigare legat på HD, flyttades i samband med att RegR inrättades, år 1909, över på ett särskilt nyetablerat organ, Lagrådet. Lagrådet bestod inledningsvis utav tre justitie- och ett regeringsråd²⁷. Lagrådsgranskningen – som infördes under den Lindmanska högerregeringen²⁸ på tidigt 1900-tal – var till en början obligatorisk, men avskaffades efter grundlagsändring år 1971 och ersattes med en fakultativ laggranskning. Därmed kunde regeringen själv få avgöra om ett lagförslag skulle sändas via Lagrådet.²⁹ Den fakultativa lagrådsgranskningen kom att regleras i 8 kap. 18 § i 1974 års RF.

²⁶ SOU 1999:76 passim.

²⁷ Nergelius, J. (1996) *Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Norstedts juridik, s. 619-621.

²⁸ Hadenius, *Modern svensk politisk historia*, s. 46.

²⁹ Algotsson, *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet*, s. 50.

Regeringen var tidigare (före år 1971) skyldig att inhämta en domares yttrande över lagförslag enligt § 87 i 1809 års RF och till annan lag som skulle stiftas i enlighet med § 87, s.k. samfällid lagstiftning. Bestämmelsen gällde allmän civil- och kriminallag, kriminallag för krigsmakten samt kyrkolag (dock inte grundlag), bestämmelsen kan sägas gestalta den första moderna formen av lagprövning i Sverige. Regeringen kunde därutöver begära granskning av vilket författningsförslag som helst. Granskningen var då, som nu, endast rådgivande. Syftet med Lagrådets granskning har varken kunnat skönjas i RF från 1809 eller i lagstiftning gällande Lagrådet. I det avseendet har ett uttalande av KU kommit att bli vägledande. KU framhöll att det numera rådde konsensus om att Lagrådets granskning inte borde omfatta lagförslagets allmänna politiska grunder utan uteslutande ägnas deras juridiska sida.³⁰

Syftet med lagrådsgranskningen

Vänsterregeringen, med Carl Lidbom i spetsen, ansåg inte att den till Lagrådet knutna obligatoriska granskning som tidigare varit rådande längre var nödvändig. Granskningens obligatoriska moment skulle, framhöll regeringen, avskaffas. Till uttalandet anfördes dels ett principiellt skäl, dels ett praktiskt. Å ena sidan, och i principiell mening, höll inte lagrådsgranskningen jämna steg med ett parlamentariskt styrsystem. En självständig instans som granskade regering och riksdag var inte förenligt med parlamentarismens grundvalar. Regeringen menade att systemet med obligatorisk granskning var förlegat, med sina glansdagar då maktfördelningen mellan en monark med personliga maktbefogenheter och folkrepresentationen var den centrala konstitutionella frågan. Den grundlagsstadgade obligatoriska laggranskningen hade enligt regeringen kommit till i syfte att begränsa den av konungen ensidiga makten i lagstiftningssammanhang. Med parlamentarismens inträde och konungens överlämnande av makten till statsrådets ledamöter var förutsättningarna för den obligatoriska lagrådsgranskningen därmed väsentligt förändrade. Principiella ställningstaganden som att förbereda och utforma förslag till riksdagen borde i ett parlamentariskt system åligga regeringen. Å andra sidan, och i praktisk mening, krävdes en flexibilitet i Lagrådets verksamhet, framhöll regeringen, som inte inkräktade på vare sig HD eller RegR. Lagrådet expansion under 1960-talet tog nämligen allt mer tid från regerings- och justitieråden som rycktes ur sin egentliga verksamhet, den dömande. Problematiken skulle finna sin lösning i att Lagrådets verksamhet gjordes fakultativ anförde regeringen.³¹

Lagrådsgranskningen i 1974 års regeringsform

Den fakultativa lagrådsgranskningen sanktionerades i 1974 års RF. Året dessförinnan, i 1973 års fri- och rättighetsutredning, hade frågan väckts om att Lagrådet med nödvändighet skulle behöva höras över lagförslag som begränsade en i RF fri- och rättighet.³² Frågan fann sitt svar året därpå när regeringen poängterade lämpligheten i att rättighetsbegränsande lagstiftning föll under Lagrådets förstörningsglas. En obligatorisk granskning av sådan lagstiftning var dock inte praktiskt lämplig menade regeringen.³³ En dikotomi med vänsterorienterade politiska förtecken kan skönjas i regeringens negativa inställning till obligatorisk lagrådsgranskning. Dels fanns en allmän aversion från makthavarna att ge jurister ökad makt, till följd av att den egna minskade, dels en ovilja att sammanblanda politikermakt med juristmakt.³⁴ Vad som kan sägas är att maktdelningsprincipen, till

³⁰ SOU 2007:85, *Olika former av normkontroll*, s. 47.

³¹ SOU ju 2004:11 s. 34.

³² *Ibid.*, s. 35.

³³ Prop. 1975/76:209 om ändringar i regeringsformen, s. 92-96.

³⁴ *Ibid.*, s. 94.

förmån för regerings- och riksdagsmakten, genom avskaffandet av den obligatoriska lagrådsgranskningen försvagades.

I 1977 års lagrådsutredning gjordes nya försök till att införa en obligatorisk laggranskning. Svårigheterna låg bland annat i den avgränsningsproblematik inom vilken laggranskningen skulle verka. Vilka lagar skulle ingå i granskningen? Utredningen fann att gränserna för ett obligatoriskt granskningsområde behövde konkretiseras för att inte vålla problem i praktiken. Utredningens egna förslag innebar bland annat att det för Lagrådet aktuella granskningsområdet skulle innefatta grundlagsbestämmelser om tryckfriheten, föreskrifter som begränsade grundläggande fri- och rättigheter i RF:s 2 kap., civilrättslig lagstiftning samt delar av den offentligrättsliga lagstiftningen, däribland straff- och processrättsliga föreskrifter. Föreskrifter av mindre ingripande och komplicerad karaktär skulle vidare undantas från granskningsobligatoriet föreslog utredningen. Granskningen förblev så länge fakultativ. Genom 1979 års lagrådslag infördes dock en bestämmelse som innebar att regeringen vid underlåtenhet att remittera ett lagförslag till Lagrådet skulle rapportera och motivera detta till riksdagen.³⁵

Rättighetsskyddsutredningen

Rättighetsskyddsutredningens gavs i uppdrag att utreda förenligheten med att använda lagrådsfunktionen som ett obligatoriskt moment i lagstiftningsarbetet. Domarproblematiken togs upp även här och av utredningen framgick att lagrådsgranskningen inte fick sysselsätta fler domare av vad som krävdes för två lagrådsavdelningar. De nya reglerna för lagrådsgranskningen skulle enligt vad som framkom i utredningen, öka i betydelse. Lagrådet skulle granska de lagförslag som i rättslig mening var i behov av granskning och inga andra. Lagstiftaren ansåg detta särskilt angeläget: *om lagen är viktig för enskilda eller från allmän synpunkt*. Då obligatorisk lagrådsgranskningen skulle grundlagstadgas ansåg Rättighetsskyddsutredningen att anledning fanns att även precisera inriktning på granskningen. Det ansågs allt viktigare, med tanke på Lagrådets utsikter att slå vakt om sitt oberoende, att grundlagen så långt som möjligt klargjorde i vilka hänseenden Lagrådet skulle yttra sig. Utredningen ville eliminera riskerna för att Lagrådet skulle utsättas för kritik på grund av att dess beslut var politiskt präglade eller inte tillräckliga ifråga om tolkning av grundlag och frågor av rättssäkerhetskaraktär. En klar distinktion skulle råda mellan politik och juridik. Man ville inte att Lagrådet drogs in i politisk polemik och bestämde därför att Lagrådets primära uppgift skulle vara att granska lagförslags förenlighet med konstitutionen eller mot rättssäkerhetens krav.³⁶

Detta förhållande tillsammans med det faktum att Lagrådets granskning nästkommande år, 1974, gjordes fakultativt utmönstrade som tidigare uppmärksammats de sista inslagen av maktdelning i det svenska statskicket. Detta till förmån för folksuveräniteten, vars symboliska placering i RF:s portalparagraf (1 kap. 1 §) artikulerade dess kommande betydelse för den svenska demokratiuppfattningen. Ett historiskt – närmast ideologiskt förknippat – argument för folksuveräniteten infinner sig vid en regress till folkomröstningarnas förlovade land Schweiz och Rousseaus ungdoms Genève, nämligen den allsmäktiga *allmänviljan*. Möjligen är det just små homogena stadsstater som är idealtypen för folk- och majoritetsstyre, och inte multikulturella statsbildningar, som något schabloniserat, EU med dess medlemsstater får sägas utgöra.³⁷ Det är också mot bakgrund av inträdet i EU, med maktdelningens allt större inflytande, som folksuveränitetens allt svagare ställning måste ses.

³⁵ SOU ju 2004:11 s. 36.

³⁶ SOU 2007:85 s. 52 f.

³⁷ SOU 1999:58 s. 61 f.

3 EU och EG-rätt

Genom inträdet i EU³⁸ år 1995 har Sverige – i likhet med övriga medlemsstater – förbundit sig att inkorporera de för medlemsstaterna gemensamma regelverk på det EG-rättsliga området. Medlemskapet i Unionen innebär bland annat att medlemsstaterna måste ge upp delar av sin suveränitet till förmån för EU:s rättsystem, EG-rätten. För svenskt vidkommande innebär detta konkret att svensk grundlagstiftning numera är subsidiär vis-à-vis EG-rätten. Kapitlet avser redogöra för EU och EG-rätten, detta med syftet att ge läsaren en grundläggande förståelse inför den kommande läsningen tillika europeiseringens implikationer på det nationella rättskipningsområdet.

3.1 Lag (1994:1500) om EU³⁹

Lagens portalparagraf stipulerar:

”I denna lag finns bestämmelser med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.”

Som synes är Sveriges medlemskapet i EU reglerat i *vanlig lag*, vilket i princip innebär att det kan upphävas genom ett enkelt majoritetsbeslut⁴⁰. I lagen stadgas inte desto mindre tämligen vittgående förbindelser. Bland annat att de fördrag, rättsakter, avtal och andra beslut som före Sveriges anslutning till EU antagits av gemenskaperna också gäller direkt i här i landet. I tredje paragrafen förbinder sig Sverige att överlåta sina beslutsbefogenheter till gemenskaperna i den omfattning och med den verkan som följer av fördragen.

3.2 EU:s tre pelare

Samarbetet inom EU, dess politiska mål, sägs bygga på tre pelare. Det vill säga tre avgränsade kategorier av samarbetsområden. Pelarna anger ramen för samarbete på ett flertal nivåer inom gemenskapen. EU:s första pelare⁴¹ – de Europeiska gemenskaperna med den Ekonomiska och monetära unionen – består av överstatligt samarbete mellan medlemsstaterna. I pelaren ingår den inre marknaden såsom den överstatliga konstitutionen, EG-rätten. Med överstatligt samarbete avses att medlemsstaterna i fördragsform givit upp delar av sin suveränitet till institutionerna för vissa specifika uppgifter.⁴²

EU:s andra pelare – den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken – inbegriper samarbete på mellanstatligt nivå, där grundprincipen går ut på enhälliga beslut. Samarbetet i den andra pelaren karaktäriseras av politiskt samverkan och beslut på denna nivå har inte samma bindande verkan som beslut inom den första pelaren. Anledningen till detta är att medlemsstaterna inte givit upp sin suveränitet till förmån för samarbetet på denna nivå. Europeiska rådet har till uppgift att se till att medlemsstaterna respekterar sina åtaganden, beslut fattas därmed i Europeiska rådet med kvalificerad majoritet. Europeiska rådet är Gemenskapernas högsta politiskt beslutande organ och har inom Gemenskapen en lagstiftande funktion. Denna innefattar samtliga tre pelare, dvs. Gemenskapslagstiftning, EG-rätt och EG-domstolen.⁴³

³⁸ Beteckningen Europeiska unionen (EU) skapades genom Maastrichtfördraget (MF) år 1992. Året därpå realiserades EU i och med ikraftträdandet av MF den 1 november 1993.

³⁹ Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

⁴⁰ 8 kap. 17 § RF.

⁴¹ Se *EG-rätten* nedan.

⁴² Allgårdh, O. och Nordberg, S. (2004). *EU och EG-rätt – En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, Norstedts juridik, s. 48 och 54-63.

⁴³ *Ibid.*, s. 63-70.

EU:s tredje pelare – polissamarbete och straffrättsligt ansvar – är även den ett mellanstatligt samarbetsområde som ofta faller på justitie- och inrikesministernivå. I de fall Europeiska rådet antar beslut på denna nivå får dessa karaktären av mellanstatliga överenskommelser, snarare än gemenskapsrätt. Den tredje pelaren behandlar även gemensamma ståndpunkter och gemensamma åtgärder inom ramen för (gränsöverskridande) terrorism, trafficking, narkotikarelaterad- och organiserad brottslighet.⁴⁴ Implementeras Lissabonfördraget (LF) kan samarbetet inom denna pelare gällande polissamarbete och straffrättsligt ansvar komma att hamna på överstatlig nivå. Införlivas fördraget kan EU:s pelarstruktur liksom begreppet *EG* förväntas utgå. Det ändrade samläget medför i sin tur, bland annat, att EG-domstolen kommer att heta Europeiska unionens (EU-) domstol istället. LF, i likhet med övriga fördrag inom Unionen, måste ratificeras av samtliga medlemsstater för att träda i kraft. Irland, som länge varit emot fördraget har, som ett led mot ett unifierat Europa, efter många om och men, godkänt fördraget (efter en folkomröstning, vilket stadgas i deras grundlag) och därigenom försenat dess ikraftträdande. Den ekonomiska krisen kan ses som en bidragande orsak till irländarnas helomvändning i frågan. I takt med den stigande arbetslösheten, men också trycket från EU, har ett europeiskt utanförskap tett sig oskäligt betungande. Europeiska rådet beslutade i december 2008 att företa vissa eftergifter för ännu en folkomröstning på Irland (se kap. 8 nedan). Fördraget kan förväntas träda ikraft tills år 2010.

3.3 Institutionerna

Europaparlamentet

Reglerna om Europaparlamentet (Parlamentet) behandlas i artiklarna 189-201 i EG-fördraget och ska enligt huvudbestämmelsen bestå utav; företrädare för folken i de i Gemenskapen anslutna staterna. Parlamentet ska medverka i lagstiftningen och utöva rådgivande samt kontrollerande uppgifter som de delegerats genom fördraget. Parlamentet har därutöver beslutanderätten över EU:s budget och även möjligheten att avsätta Kommissionen (se Kommissionen nedan). Parlamentets makt, på bekostnad av kommissionens, kommer med största sannolikhet i och med LF att öka väsentligt.

De unionsmedborgare som har rätt att rösta är också valbara till Europaparlamentet. Parlamentets ledamöter väljs vart femte år genom direkta allmänna val, dvs. av röstberättigade medborgare i Gemenskapen. Därigenom kan väljarna vara med och påverka vem av de aktuella delegaterna de vill ska sitta i Parlamentet. Parlamentet har 751 medlemmar (ledamöter) från de olika medlemsstaterna inklusive talman (Sverige förfogar över 20 av dessa platser). Parlamentarikerna arbetar inte för sina respektive partier i Parlamentet, utan för en i Parlamentet redan befintlig partigrupp. Medlemsstaterna är vidare indelade i sju europeiska partigrupper.⁴⁵

Parlamentets uppgifter

Parlamentets huvuduppgift är att stifta lagar och har även medbeslutanderätt på dessa lagstiftningsområden. Beslutanderätten om EU:s budget ligger formellt på Europaparlamentets bord. Europaparlamentet har möjligheten att bedriva politisk kontroll genom att inneha rätten att avsätta Kommissionen, helt eller delvis, med kvalificerad majoritet. Parlamentets roll har successivt stärks när det gäller lagstiftningsprocessen, detta genom olika fördrag.⁴⁶

⁴⁴ Allgårdh & Norberg, *EU och EG-rätt*, s. 70-79.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 129 f.

⁴⁶ *Ibid.*, s. 133 f.

Rådet

Rådet för den Europeiska unionen (Rådet) är Gemenskapernas högsta beslutande organ. Rådet är därmed den huvudsakliga och formellt tyngsta politiska instansen inom EU med *lagstiftande* funktion. Bestämmelserna om Rådet finns i EG-fördragets artiklar 202-210 EG. Där står att bland annat att Rådets huvuduppgift är att se till att medlemsstaternas allmänna ekonomiska politik samordnas så att fördragets syften uppnås. I artikel 202 ges Rådet befogenhet att fatta beslut och att genom rättsakter delegera genomförandet till Kommissionen. I artikel 203 EG stadgas att Rådet ska bestå av företrädare från varje medlemsstat. Det är varje regerings uppgift att utse en av sina medlemmar att ingå i Rådet, därigenom ges en befogenhet att fatta bindande beslut för den egna staten. I samma artikel föreskrivs att ordförandeskapet ska utövas i perioder om sex månader och att uppgiften ska rotera mellan medlemsstaterna.⁴⁷ Lagstiftningen i framtiden antas öka genom att ett konstitutionellt fördrag kommer att implementeras, detta utvidgar det normala beslutsförfarandet vilket kräver kvalificerad majoritet.

Rådets uppgifter

Rådets huvudsakliga uppgifter är att reglera EU:s politiska och lagstiftande processer. Lagstiftningen sker gemensamt med Europaparlamentet på ett flertal områden, bland annat genom det s.k. medbeslutandeförfarandet. Rådet kan också ge Kommissionen uttryckliga befogenheter att utfärda beslut eller direktiv till medlemsstaterna. Det ovan nämnda fördraget ger också Kommissionen uttryckliga befogenheter att utfärda direktiv eller beslut till medlemsstaterna. När yttrande erhållits får Rådet med kvalificerad majoritet anta förslaget om det kan godtas med den revision som Parlamentet har ställt sig bakom. Endast undantagsvis kan Rådet, utan kommissionsförslag, utöva normgivningsverksamhet. Som regel kräver EG-fördraget att Rådet inhämtar synpunkter från Europaparlamentet.⁴⁸

Kommissionen

I likhet med Rådet och Parlamentet är Kommissionen en EU-politisk institution. Bestämmelserna om den överstatliga Kommissionen regleras i EG-fördraget, artiklarna 211-219. Den centrala bestämmelsen är artikel 211 vilken stadgar Kommissionens uppgifter, här föreskrivs bland annat att Kommissionen ska övervaka bestämmelserna i fördraget, lämna rekommendationer eller yttrande som ska behandlas i fördragen, fatta beslut och medverka vid tillkomsten av Rådets och Europaparlamentets rättsakter enligt fördraget samt verkställa föreskrifter som föreskrivs av Rådet. En viktig uppgift för Kommissionen är att sätta ramar inom vilka de nationella lagstiftarna sedan kan anpassa direktiven till.

Kommissionen, som företräder Gemenskapen i internationella sammanhang, har till uppgift att lägga fram lagförslag till Rådet och Parlamentet, varmed Parlamentet ska yttra sig och Rådet ta ställning till förslaget. Som synes har Rådet det sista ordet. Det är först när ett lagförslag – eller ett meddelande om riktlinjer för politiken – är färdigbehandlat som medlemsstaterna kommer in i bilden. Kommissionen ska vidare se till att fördragen efterlevs. Följer inte en medlemsstat de ålägganden som getts kan detta aktualisera ett så kallat fördragsbrott. Vid underlåtenhet av medlemsstaten att följa förpliktelsen kan kommissionen hos EG-domstolen väcka talan.⁴⁹

⁴⁷ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 138.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 139 f.

⁴⁹ *Ibid.*, s. 160-162.

Maktfördelning mellan institutionerna

Institutionerna inom EU har i grundfördragen preciserats befogenheter, inom ramen för vad Gemenskapen i sin helhet tilldelats. Saknar EG-fördraget specifika föreskrifter, om hur en institution kan agera för att realisera ett gemenskapsmål, kan ett samfällt Råd, efter förslag från Kommissionen och yttrande från Parlamentet, likväl vidta de åtgärder som krävs för att genomföra målen. Området för institutionernas uppgifter utvidgas allt mer. Domstolen kan till exempel efter ett avgörande utvidga institutionernas verksamhetsområden ytterligare. Detta kan exemplifieras genom två fall. Efter uppmaning från EG-domstolen införde Rådet en gemensam transportpolitik. I det andra fallet, det s.k. ERTA-målet, gavs de gemensamma institutionerna befogenhet att agera både internt såsom externt mot tredje land eller internationella organisationer. Exemplet visar hur rättsliga instanser delegerar politisk handlingsmakt till judiciella organ. Nämnas ska, att EG-domstolen även innehar rätten till kompetensfördelning mellan de Europarättsliga institutionerna. Det betyder att EG-domstolen kan ändra eller upphäva beslut som tagits av Parlamentet, Rådet eller Kommissionen.

En problematik ligger i var avgränsningen mellan vad som ska regleras nationellt och vad som ska regleras gemensamt ska ligga. Medlemsstaterna inom EU har ostridigt överlämnat sin kompetens till gemensamma organ för gemensamma beslut. Författarna, Allgårdh och Nordberg, menar att medlemsstaterna ersatt sin suveränitet mot form av en kollektiv suveränitet.⁵⁰ Vem löser då uppkommande konflikter? Den gemensamma EG-domstolen har till uppgift att lösa konflikter. En nationell domstol, eller regering, får inte sätta sig över ett avgörande från EG-domstolen. Utvecklingen har onekligen lett till en integration av Europa, till följd av att suveränitet och normgivningsmakt i väsentliga delar hamnat på den gemensamma nivån.

3.4 Rättsväsendet

Gemenskapen som rättslig konstruktion utgör ett unikt samarbete över gränserna. Medlemsstaterna har inom ramen för de tre ursprungliga fördragen (EKSG, EEG och Eurotom) förbundit sig långtgående förpliktelser. Varje medlemsstat har avstått från och till gemensamma nybildade institutioner överfört delar av sin suveränitet. Härigenom, menar Allgårdh och Nordberg, har medlemsstaterna sammanfört den av var och en överförda suveräniteten så att de alla genom de upprättade institutionerna delar och förfogar över en sammanlagt större suveränitet än någon av dem möjligen skulle kunna behärska enskilt.⁵¹

EG-rätt

Gemenskapsrätt (EG-rätt) är varken statsrätt eller internationell rätt. Mer korrekt vore att karaktärisera den som en författning i eget slag – sui generis – även om rätten bygger på och lånat delar av medlemsstaternas rättsordningar. EG-rätten som utgör ett självständigt rättssystem, ingår samtidigt som en integrerad del i medlemsstaternas nationella rättsordningar. EG:s rättsregler bygger på två viktiga principer; direkt effekt och EG-rättens företräde⁵². Med direkt effekt åsyftas att enskilda och juridiska personer, inför domstol i den egna nationen, direkt kan stödja sig på de rättigheter och skyldigheter som ingår i EG:s rättsregler. Sedan föreligger en skyldighet för de nationella domstolarna att undersöka vad som är rätt eller fel. Principen om EG-rättens företräde avser konfliktsituationer, främst mellan EG-rätten och nationella lagar.⁵³ I dessa fall gäller EG-rätten undantagslöst. Hierarkin mellan EG-rätt och nationell lagstiftning har ansetts som en nödvändighet

⁵⁰ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 157.

⁵¹ *Ibid.*, s. 85.

⁵² Se målet *Lassagård* i RÅ 1997 ref. 65.

⁵³ Se målet *Rosengren* (C-170/04), jfr målet *Franzén* (C-189/95).

för en fungerande Gemenskap. Som regel utfärdar dock EU inte lagar utan direktiv som medlemsstaterna, efter anpassning, inom vissa ramar, måste införliva i den egna lagstiftningen. Därigenom gäller EG-rätten analogt med den nationella lagstiftningen och är direkt bindande för domstolar och myndigheter i varje medlemsstat. Genom att EG-rätten är indispositiv till sin karaktär ges enskilda ett större rättsskydd och utvidgade möjligheter än tidigare att hävda sina rättigheter.⁵⁴

EG-domstolens förhandsavgörande

Förhandsavgörande från EG-domstolen regleras i artikel 10 i EG-fördraget och detta fördrag bygger på samarbete mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna, genom samarbetsprincipen. Med hänsyn till gemenskapsrättens speciella karaktär och effekt på medlemsstaternas rättsordningar, är det uppenbart att gemenskapsrättens rättsregler kommer att tillämpas nationellt i domstolar och myndigheter. Situationen öppnar dock upp för tolkningsskillnader. Detta har lösts genom att EG-domstolen, genom förhandsavgörande (preliminary ruling), kan uttala sig om korrekt innebörd av en rättsregel i gemenskapsrätten. De nationella domstolarna har därigenom givits en möjlighet – och en skyldighet – att till EG-domstolen i ett enskilt fall, och om normkonflikt misstänks, fråga om tolkning och giltighet i en gemenskapsrättslig regel.⁵⁵ Förfarandet finns reglerat i artikel 234 EG. Domstolen avgör dock inte åt de nationella domstolarna. När EG-domstolen lämnat sin tolkning kommer det an på den nationella domstolen att besluta i det enskilda fallet och då ta hänsyn till Domstolens beslut. EG-domstolen har således givits exklusiv behörighet att tolka Gemenskapsrätten, men bara den nationella domstolen har behörighet att avgöra i det enskilda fallet.⁵⁶ EG-domstolens uttalande är främst vägledande och öppnar inte upp för talan för någon part i en pågående rättsprocess. EG-domstolens tolkning gäller således Gemenskapsrätten och inte frågor som rör nationell rätt. Ett flertal viktiga principer har slagits fast i olika förhandsavgörande, förfarandet syftar ytterst till att säkerställa gemenskapsrättens genomslag i de nationella rättsordningarna.⁵⁷

Rättskällorna

EG-rätten delas in i fyra slag:

- a. Primärrätten, med vilken i första hand menas de grundläggande fördragen med senare ändringar inklusive alla anslutningsfördragen,
- b. sekundärrätten, i form av den lagstiftning som antagits av institutionerna,
- c. internationella avtal ingångna av Gemenskapen samt
- d. Domstolens praxis.⁵⁸

Till primärrätten räknas främst EU-fördraget och EG-fördraget, men även de grundläggande fördragen rörande EKSG, EEG och Eurotom och därtill hörande protokoll och bilagor med senare ändringar. Även Maastrichtfördraget från 1992, Amsterdamfördraget från 1997, Nicefördraget från 2001 samt Lissabonfördraget från 2009 hör till primärrätten.⁵⁹

Till Gemenskapernas sekundärrätt hör de rättsakter som antagits av medlemsstaternas institutioner. Hit hör främst förordningar, direktiv och beslut med bindande verkan. EG-förordningar får som regel inte återges i inhemsk författning eftersom de är direkt gällande. Ett EG-direktiv anger vissa mål eller

⁵⁴ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 84 f.

⁵⁵ SOU 2008:43, *Europeiska unionens stadga om mänskliga rättigheter*, s. 47 f.

⁵⁶ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 202 f.

⁵⁷ Prop. 2005/06:157, *Vissa frågor om förhandsavgöranden från EG-domstolen*, s. 7.

⁵⁸ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 86.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 86 f.

resultat som ska realiseras i samtliga medlemsstater. Varje stat får sedan inom vissa – noggrant reglerade – ramar själva implementera direktivet i den inhemska lagstiftningen.

Den tredje typen av rättskällor är de olika internationella avtal som Gemenskaperna ingår med stöd av den traktatkompetens som finns fastlagd i fördragen. Avtalen reglerar olika sociala, politiska och ekonomiska samarbeten mellan medlemsstaterna och dess organisationer. Exempel på dylika överenskommelser är, frihandelsavtal som EEG-avtalet eller associeringsavtal som EES-avtalet.

En synnerligen viktig rättskälla utöver dessa utgörs av EG-domstolens rättspraxis. Domstolen hämtar ofta motivation av rättsprinciper från medlemsstaternas gemensamma lagstiftning.⁶⁰

Allmänna rättsprinciper

Vid säkerställandet av lag och rätt använder EG-domstolen vedertagna och grundläggande principer. Principerna är hämtade från medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner eller från Gemenskapens säregna karaktär. Om de gällande principerna inte respekterats av institutionen, när den fattat beslut eller lagstiftar, kan den ifrågasättande rättsakten ogiltigförklaras.⁶¹ Nämnas bör att de allmänna rättsprinciperna – i EG-rättens något särpräglade normhierarki – är överordnade sekundärrätten.⁶² Principerna har stor betydelse ur såväl allmän som enskild synpunkt.

Legalitetsprincipen

Legalitetsprincipen hör till artikel 7.1 i EG-fördraget och säger:

”Varje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats enligt detta fördrag.”

Regeln fyller en grundläggande betydelse för varje rättsstat. För regelns efterrättelse har EG-domstolen tillagts befogenheter att pröva talan om ogiltighet enligt artikel 230 EG, eller underlåtenhet att handla enligt artikel 232 EG. Legaliteten handlar om rättsprincipens kärna. Inget brott utan stöd i lag, lika viktiga är att lagen är så distinkt att varje medborgare kan förutse konsekvenserna av sina handlingar.⁶³

Lojalitetsprincipen

Lojalitetsprincipen befäster den solidaritet och sanktionerar de skyldigheter som är förenade med ett medlemskap i EU. Principen uttrycks i artikel 10 i EG-fördraget och brukar gå under benämningen lojalitets och samarbetsprincipen:

”Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av Gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att Gemenskapens uppgifter fullgörs.

De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.”

Principen fastställer bland annat den folkrättsliga principen *pacta sunt servanda* enligt vilken det åligger kontrahenterna till ett internationellt avtal i analogi med god tro handla i överensstämmelse med god sed så att avtalets syfte kan fyllas.⁶⁴

⁶⁰ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 26, 86 f. och 252.

⁶¹ *Ibid.*, s. 89.

⁶² Nergelius, J. (2000) *Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt*, Stockholm: Norstedts juridik, s. 38.

⁶³ SOU 1999:76 s. 44.

⁶⁴ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 92.

Likabehandlingsprincipen

Artikel 12 i EG-fördraget innehåller den ytterst viktiga principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet:

”Inom detta fördrags tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 anta bestämmelser i syfte att förbjuda sådan diskriminering.”

Förbudet ska gälla i vid mening och för alla former av särbehandling på grund av nationalitet. Förbudet gäller först och främst medlemsstaterna och dess organ, men även Gemenskapens institutioner och enskilda företag träffas av förbudet.

Subsidiaritetsprincipen

Subsidiaritetsprincipen (eller närhetsprincipen) finns i artikel 5 EG-fördraget. Principen innebär att beslut ska fattas på den nivå där det får bäst verkan. Artikeln lyder:

”Gemenskapen skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats och de mål som har ställts upp för den genom detta fördrag.

På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.

Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.⁶⁵”

Principen gäller Gemenskapens exklusiva kompetens, en kompetens som i sig inte är ostridig. För att Gemenskapen ska inneha rätten att ta sig an åtgärden ska dels de för uppgiften aktuella målen inte av medlemslandet kunna uppnås, dels ska målen bättre uppnås på gemenskapsnivå. Bland annat betonas regionerna och de myndigheter som finns närmast medborgarna. Exempelvis ska borgmästare, kommunala och regionala företrädare ges möjligheter att framföra synpunkter på de beslut som påverkar dem och deras samhällen.⁶⁶

Proportionalitetsprincipen

Principen om proportionalitet har utvecklats i EG-domstolens praxis och har sin grund i EKMR och tysk rätt. Principen är numera kodifierad i EG-fördragets 5:e artikel.⁶⁷ EG-domstolen slog tidigt fast proportionalitetsprincipens betydelse som en allmänt accepterad rättsregel⁶⁸. Enligt principen föreligger ett krav på balans mellan medel och mål, dessa ska annorlunda uttryckt stå i proportion till varandra. En offentlig reaktion på olaglig handling ska således stå i förhållande till dess verkan.⁶⁹

⁶⁵ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 96.

⁶⁶ SOU 1998:145, *EU – ett demokratiprojekt*, s. 67.

⁶⁷ Bohlin, A. och Warnling-Nerep, W. (2007) *Förvaltningsrättens grunder*, Stockholm: Norstedts Juridik, s. 381.

⁶⁸ Se bl.a. målet *Rosengren*, NJA 2004 s. 137, där principen om proportionalitet kommer till uttryck, men också de allmänna principernas betydelse i medlemsstaternas rättsordningar. HD begärde förhandsavgörande från EG-domstolen gällande importförbudet av sprit och då ställdes frågan ifall förbudet var proportionellt för att skydda människors hälsa och liv (se punkt 4).

⁶⁹ Allgårdh & Nordberg, *EU och EG-rätt*, s. 98.

4 Författningsdomstolar inom EU

Författningsdomstolar har i ett flertal europeiska länder inrättats och getts en auktoritär roll för skyddet av mänskliga fri- och rättigheter. Författningsdomstolarna tar delar av makten i anspråk och implicerar därmed ett mått av maktindelning i de aktuella statsskicken. Kapitlet avser ge läsaren en inblick i de normkontrollfunktioner som verkar inom EU. Kapitlet behandlar normprövningsorgan i Frankrike, Spanien och Tyskland. Genomgången har syftet att placera normkontrollen i en europeisk kontext och därigenom lyfta fram andemeningen med lag- och normprövning.

4.1 Frankrike – Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel

Frankrikes författningsråd, Conseil constitutionnel, utför abstrakt förhandskontroll av lagars grundlagsenlighet. De grundläggande bestämmelserna om Conseil constitutionnel finns reglerade i den franska konstitutionen⁷⁰ och närmare förfaranderegler anges i lag. Vid sidan av Conseil constitutionnel bör statsrådet Conseil d'Etat⁷¹ nämnas. Statsrådet Conseil d'Etat verkar som ett rådgivande organ till regeringen under lagstiftningsprocessen, vilket innebär att rådet inte har beslutanderätt i dessa frågor. Den viktigaste normprövningen för fransk vidkommande ligger dock på Conseil constitutionnel som genom sin vetorätt i lagstiftningsfrågor getts ett verkningsfullt maktmedel som hindrat flertalet kontroversiella politiska lagar.⁷²

Författningsrådets sammansättning

Conseil constitutionnel består av nio ordinarie ledamöter, vanligen höga jurister, som utses av president och talmän i parlamentets båda kamrar, dvs. senaten och nationalförsamlingen. Conseil constitutionnels sittande ordförande utses av presidenten på en mandatperiod om nio år, utan möjlighet att bli omvalt. Före detta presidenter är, utöver ordinarie representanter, ledamöter på livstid i Conseil constitutionnel. Enligt stadgarna kan inte en ledamot av Conseil constitutionnel samtidigt vara regerings- eller parlamentsledamot eller inneha andra i lag angivna uppdrag. Därutöver finns inte några kvalifikationsrestriktioner rörande ålder eller yrke för ledamöterna i författningsrådet.⁷³

Förhandsgranskning

Conseil constitutionnel förhandsgranskar antagna men ännu inte promulgerade lagar. Conseil constitutionnel prövar även överensstämmelsen med grundlagen hos internationella överkommelser som ännu inte ratificeras. Författningsrådet innehar inte behörighet för genomförandet av konkret normkontroll i ett pågående mål. Denna behörighet har inte heller franska domstolar rörande lagars förenlighet med grundlagen. En föreskrift av lägre rang, i ett pågående mål, kan dock prövas av domstolarna mot vanliga lagar, dvs. lagar som inte ingår i konstitutionen. Det finns heller inte någon möjlighet för domstolarna att i ett pågående mål hänskjuta en fråga om en lags grundlagsenlighet till Conseil constitutionnel. Enligt artikel 61 i konstitutionen finns ett krav på att organiska lagar⁷⁴ och lagar rörande parlamentets bägge kamrar prövas av Conseil constitutionnel innan de promulgeras.

⁷⁰ 1958 års konstitution; art. 56-63.

⁷¹ Conseil d'Etat motsvarar svenska RegR.

⁷² Petersson, *Rättsstaten*, s. 85.

⁷³ SOU 2007:85 s. 127.

⁷⁴ Principiellt viktiga lagar som getts konstitutionell särställning, lagarnas dignitet är högre än vanliga lagar men subsidiära konstitutionen jfr Lagrådets granskningsområde.

Vissa aktörer i det politiska systemet – såsom presidenten, premiärministern samt ledamöter och talmän i kamrarna – har getts en möjlighet att hänskjuta lagar för prövning till författningsrådet. Förfarandet är skriftligt och uttalanden om lagars grundlagsenlighet görs i plenum utan skiljaktiga meningar, där ordföranden har utslagsröst. Conseil constitutionnel har som regel en månad på sig att uttala sig om en lags grundlagsenlighet. I de fall regeringen begär yttranden kan detta lämnas inom åtta dagar. I båda fallen ska lagens kungörande tills vidare senareläggas. Enligt artikel 62 i konstitutionen medför ett uttalande av Conseil constitutionnel om ifall en lag strider mot grundlag att lagen till viss del eller i sin helhet inte får kungöras eller tillämpas, uttalandet föranleder dock inte att lagen upphävs. Conseil constitutionnels uttalande är bindande för alla myndigheter och domstolar och kan inte överklagas. Uttalandena publiceras regelbundet och formaliseras i en årsbok. Utöver kontrollen av antagna lagar granskar Conseil constitutionnel, enligt artiklarna 58-60 i konstitutionen, bland annat genomförda presidentval, senatsval och folkomröstningar.⁷⁵

4.2 Spanien – Tribunal Constitucional de España

Tribunal Constitucional de España

Efter Francos död år 1975 påbörjades utvecklingen mot ett demokratiskt styrelseskick i Spanien. Några år senare, 1978, antogs den nu gällande grundlagen, genom vilken även författningsdomstolen inrättades. Ikraftträdandet av lagen, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, om författningsdomstolen förverkligades 1979. Samma år började domstolen arbeta.⁷⁶

Domstolens sammansättning

Spaniens författningsdomstol, Tribunal Constitucional de España, består av tolv ledamöter med en mandattid om nio år utan möjlighet till omval. Domstolen är indelad i två kammare med sex domare i varje. Varje kammare är i sin tur uppdelad i två sektioner om tre domare. Ledamöterna i domstolen ska besitta ett minimum av femton års erfarenhet som domare, åklagare, advokater, professorer eller statsanställda med goda vitsord från tidigare yrkesutövning. Det ställs som krav på domarna i författningsdomstolen att de som ledamöter under sin mandattid inte får inneha något annat arbete, inte besitta någon post av representativ natur och inte vara politiskt aktiva. Författningsdomstolens ledamöter utnämns av kungen. Fyra av ledamöterna utses av kongressen och fyra av senaten med tre femtedels majoritet. Två ledamöter utses av regeringen och två av Consejo General del Poder Judicial, ett råd vars huvudsakliga uppgift är att garantera de dömande organens oberoende i förhållande till regeringen. En av ledamöterna utnämns av kungen, till författningsdomstolens president för tre år, efter förslag av domstolen i sin helhet, dvs. i plenum.⁷⁷

Som princip avgörs domstolens mål i plenum. Författningsbesvär från enskilda prövas dock som regel av kamrarna, men kan även de avgöras i plenum i särskilda fall. Sektionerna om tre domare är inblandade i den initiala handläggningen av målen och fattar bland annat beslut om huruvida ett författningsbesvär ska tas upp till prövning. Beslut som fattas i plenum förutsätter en två tredjedels majoritet av de deltagande domarna.⁷⁸

⁷⁵ SOU 2007:85 s. 128.

⁷⁶ Ibid., s. 147.

⁷⁷ Ibid., s. 147 f.

⁷⁸ Ibid., s. 148.

Behörighetsområden och jurisdiktion

Författningsdomstolen prövar:

- På begäran av regeringschefen, ombudsmannen för mänskliga rättigheter, senaten, kongressen eller det verkställande organet respektive folkförsamlingen i en kommun, om en lag eller författning är förenligt med konstitutionen. Om en konfliktsituation uppkommer vid prövningen av ett mål kan även en domare hänskjuta frågan om en lags grundlagsenlighet till författningsdomstolen, dvs. om tolkningen har betydelse för målets utgång.
- Författningsbesvär från enskilda rörande rättighetskränkande behandling eller beslut av myndigheter eller domstolar. För prövning krävs dock att alla andra möjligheter till prövning är uttömda.
- Kompetenskonflikter mellan staten och kommunerna eller mellan kommunerna.
- Kontroll av grundlagsenligheten av kommunens författningar.⁷⁹

Effekterna av en doms grundlagsstridighet

Författningsdomstolens domar publiceras i Boletín Oficial del Estado där också skiljaktiga meningar redovisas. Dagen efter publicerandet vinner domarna laga kraft, dvs. de kan därefter inte överklagas. Domarna är bindande för samtliga medborgare, domstolar och andra institutioner med undantag för de domar som avser enskildas påståenden om rättighetskränkning. Om författningsdomstolen i en dom förklarar en lag eller annan författning strider mot grundlagen, upphör lagen att gälla i den del den funnits vara grundlagsstridig. Om inte författningsdomstolen beslutar annat ska resten av lagen gälla som vanligt.⁸⁰

4.3 Tyskland – Bundesverfassungsgericht

Bundesverfassungsgericht

Tysklands författningsdomstol, Bundesverfassungsgericht, utgör grunden i det tyska konstitutionella systemet sedan grundlagsändringen år 1949. Författningsdomstolen grundades som en yttersta garant för den nya grundlagens företrädesrätt och skyddet för de mänskliga rättigheterna. Redan vid inrättandet fick författningsdomstolen en stark ställning och omfattande befogenheter. Författningsdomstolens ställning har alltsedan dess stärkts ytterligare och utgör idag ett organ med betydande inflytande i det tyska samhället och i statens konstitutionella utveckling.⁸¹

Författningsdomstolens sammansättning

Författningsrådet har en från regeringen oberoende förvaltning. Domstolen är uppdelad på två senater, med åtta ledamöter i varje. De båda senaterna är från varandra självständiga och har olika kompetensområden. Senaten är i sin tur indelad kammare som sammanträder med tre ledamöter. Kamrarna fattar beslut i första prövningen av främst författningsbesvär. Genom majoritetsval väljer förbundsdagen ena hälften av domstolens ledamöter, förbundsrådet den andra hälften. Ämbetsstiden är tolv år utan möjlighet att bli omvald. Domarnas ålder ska vara mellan 40 och 67 år och dessa ska avlagt erforderlig domarexamen. Varje senat ska bestå utav tre ledamöter från någon av de högsta federala domstolarna. Övriga domare brukar vanligen vara före detta politiker, professorer och högre domare. Det krävs av emellertid att de för domstolen aktuella ledamöterna avlagt domarexamen.

⁷⁹ SOU 2007:85 s. 148 f.

⁸⁰ Ibid., s. 149.

⁸¹ Ibid., s. 151.

Domarnas ställning i författningsdomstolen är autonom i det hänseendet att de endast lyder under lagen. Denna ställning markeras bland annat genom att domarna inte tillåts ingå i parlamentet eller regeringen, varken på förbunds- eller delstatsnivå.

Principiellt måste de mål som tas upp till prövning avgöras av en ensam senat. För beslutförhet krävs deltagande från sex av de åtta ledamöterna. Vid avvikande mening i en rättsfråga ska senaten avgöra i plenum, dvs. båda senaterna gemensamt med två tredjedelars av ledamöterna närvarande. De kamrar som ovan nämnts med tre ledamöter, lämnar prövningstillstånd och prövar enklare författningsbesvär i sak.⁸²

Behörighetsområden och befogenheter

Den tyska författningsdomstolen har en långtgående grundlagstadgad befogenhet i sin domstolskompetens. I domstolen behörighetsområde ingår:

- Prövning av kompetenskonflikter i federala angelägenheter, mellan federationen och delstaterna, eller mellan olika delstater.
- Prövning av tvister mellan olika konstitutionella organ om grundlagstillämpning. Mål får föras upp av presidenten, förbundsdagen, förbundsrådet, förbundsregeringen, politiska partier, parlamentariska grupper och enskilda förbundsdagsledamöter.
- Prövning av grundlagsenligheten hos lagar och förordningar. Prövningen kan, i huvudsak, delas in i tre grupper: abstrakt prövning, konkret prövning och författningsbesvär.

Enligt lagförarbetena⁸³ framgår att ansökan till den tyska författningsdomstolen om abstrakt normprövning av en lags författningsenlighet får göras av förbundsregeringen och delstatsregeringen. Reglerna om abstrakt normkontroll ska säkerställa samexistensen mellan federal- och delstatsrätt samt reglera normhierarkin mellan staterna. Abstrakt normkontroll praktiseras lagenligt i samband med politiska frågor utan motpart, såsom till exempel frågor gällande den tyska kontroversiella abortlagstiftningen. Den konkreta normkontrollen är betydligt mer använd än den abstrakta. Konkret normprövning är då domstol i ett pågående mål anser att en regel strider mot konstitutionen och därför måste hänskjuta frågan till författningsdomstolen för avgörande. Även osäkerhet gällande folkrättsliga reglers anknytning till tysk rätt hör till denna typ av prövning.

Medborgare som anser sig fått sina rättigheter kränkta av lagar, domar, myndighetsbeslut etc. från tyska organ kan anföra författningsbesvär. För prövning i sak krävs dock prövningstillstånd. För prövningstillstånd ska bli aktuellt måste alla andra möjligheter till rättslig prövning vara uttömda. Författningsdomstolens prövning är dock inte inriktad på den aktuella domens sakfråga och prövningen ska inte ses som en form av överklagande eller resning. Prövningen gäller endast om domstolen eller myndigheten i fråga har tillämpat grundlagen rätt. I tidsspannet mellan åren 1951 till 2000 meddelades prövningstillstånd för ungefär 2,5 % av anförda författningsbesvär.⁸⁴

Ordinarie domstolars normprövning

Enbart författningsdomstolen kan förklara en lag grundlagstridig. Tyska domstolar har en rätt – och en skyldighet – att pröva en lags grundlagsenlighet innan den läggs till grund för en dom. Visar en normprövning att en regel inte strider mot grundlagen, får domstolen själva fatta beslut i frågan. In dubio när oklarheter föreligger eller om domstolen upptäcker att regeln är grundlagsstridig ska

⁸² SOU 2007:85 s. 152 f.

⁸³ Ibid., s. 153.

⁸⁴ Ibid., s. 154.

frågan överlämnas till författningsdomstolen för prövning. Enligt sin egen praxis är inte författningsdomstolen behörig att pröva lagar som antagits före ikraftträdandet av grundlagen. Dessa lagar samt lagar av lägre dignitet faller dock inom området för de ordinarie domstolarnas verksamhet.

Effekterna av en grundlagskränkning

Författningsdomstolen avgör mål genom majoritetsbeslut. Vid lika röstetal "frias" presumtionen att en federal- eller grundlagskränkning ägt rum. Under vissa förutsättningar kan ett interimistiskt beslut lämnas av författningsdomstolen. Skulle det visa sig att en aktuell bestämmelse är grundlagsstridig kan författningsdomstolen ogiltigförklara bestämmelsen. Beslutet kan även ges retroaktivt verkan.⁸⁵

4.4 Komparation

Avsnittet kan schematiskt, utan att vara uttömmande, sammanfattas som följer. Frankrikes författningsråd, Conseil constitutionnel, har likt Spaniens och Tysklands författningsdomstolar en i grundlag stark ställning. Med tanke på Tysklands historia, i andra världskrigets spår, är det kanske inte så konstigt att naturrättsliga moment har implementerats i lagstiftningen, som ett starkt skydd för de mänskliga rättigheterna (se kap. 2.2 ovan). Tysklands författningsdomstol, Bundesverfassungsgericht, har dock ej stöd i grundlag för själva laggranskningsproceduren, en procedur som Frankrike å sin sida har fast förankrad i konstitutionen⁸⁶. Vad gäller kompetenskravet har inte Frankrikes författningsråd något formaliserat sådant på att dess ledamöter ska inneha viss juridisk skolning eller dylikt, även om man med fog kan förutsätta att så är brukligt. Spaniens och Tysklands författningsdomstolar har däremot betydande formkrav på såväl juridisk erfarenhet som verksamhetstid inom flertalet områden⁸⁷. För att undvika jävsproblematik och ifrågasatt opartiskhet samt för att bibehålla en autonom ställning, tillåts inte i någon, av de "sittande" i ländernas författningsdomstolar bisysslor, såsom att sitta i regering, parlament eller annan politisk verksamhet.

Vilken form av normprövning tillämpar då de olika domstolarna? Conseil constitutionnel utför, likt det svenska Lagrådet, abstrakt laggranskning eller så kallad förhandskontroll av en lags grundlagsstridighet. Liknande granskning finns även i Spaniens författningsdomstol, Tribunal Constitucional de España. Den abstrakta laggranskningen har, i Bundesverfassungsgericht, endast ett harmoniserande syfte, med det menas att laggranskningen ska närma federationens lagstiftning med delstaternas. Den abstrakta laggranskningen för tyskt vidkommande är dock endast sekundär i förhållande till den konkreta och det enligt kutym nyttjade lagprövningsförfarandet. Spanien har – som ett komplement till den abstrakta prövningen – en relativt omfattande konkret prövning som bland annat kan aktualiseras på begäran av enskilda, men också från det offentliga såsom regering, kommuner och från domare i ett pågående mål. Den konkreta lagprövning som kommer till uttryck i Sveriges uppenbarhetsrekvisit och som prövas av svenska domstolar, kan dock inte skönjas i något av de undersökta länderna eller deras författningsdomstolar. Möjligen visar detta något om uppenbarhetsrekvizitets förenlighet med europeisering och judikalisering, fenomen som vi sannolikt kommer att anpassa oss till. Normkontrollens accentuerade betydelse i dagens samhälle, och som en direkt följd därav maktdelningens öde, torde – de lege ferenda – genom förkroppsligandet i olika författningsdomstolar kunna ses som beseglade.

⁸⁵ SOU 2007:85 s. 156.

⁸⁶ Jfr Lagrådets granskningsförfarande nedan, vilket i och för sig stadgas i grundlag (RF) men som på grund av sin fakultativa karaktär är tämligen svagt.

⁸⁷ Se även Lagrådets sammansättning, vilken pga. lagrådsprincipen implicerar ett självbestämmande på denna punkt, dock med krav på verksamhetstid som domare inom RegR och HD.

5 Konstitutionell legislatur

Redaktionella omarbetningar och materiella förändringar föreslås i motiven⁸⁸ som bland annat tar sikte på delar av RF:s kapitel för normgivning och rättsskipning⁸⁹. Kapitlet avser ge en deskriptiv redogörelse av svensk rätt, de lege lata, utifrån gällande regelverk. Läsaren ämnas härigenom få en inblick i de lagar och principer som reglerar den inhemska rättsordningen.

5.1 Konstitutionen

Allmänt om grundlagarna

De högsta rättsnormerna i vårt samhälle är grundlagarna. Ur en rättsstatlig aspekt kan de ses som de konstitutionella lagarna eller konstitutionen. Grundlagarnas dignitet ges företräde framför resterande rättsregler, lex superior. Grundlagarna är uppdelade i fyra områden; stadgandet återfinns i 1 kap. 3 § RF; vilken stipulerar: regeringsformen, successionsordningen, tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen som rikets grundlagar. Grundlagen ska säkra grundläggande fri- och rättigheter för medborgarna samt utgöra riktlinjer för den offentliga förvaltningen. Grundlagarna skyddas särskilt mot förändringar, detta genom kravet på två likalydande beslut i riksdagen med ett mellanliggande val för att en ändring ska kunna genomföras.⁹⁰ Grundlagarna har ansetts så viktiga att de politiska partier som opponerar sig mot en revidering genom systemet ges möjlighet att göra ändringen till en valfråga.

I successionsordningen från år 1809, som är den äldsta av Sveriges grundlagar, regleras tronföljden. SO innehåller villkoren för att erhålla och behålla arvsrätten till tronen.⁹¹ SO kan härledas till den tid då släkten Bernadotte blev arvingar till Sveriges tron.

Regeringsformen från år 1809 kom att gälla i 165 år även om den successivt förändrades. Nu gällande RF, från 1974, lagfäster i det första kapitlet de normer som ligger till grund för Sveriges statskick. RF som trädde ikraft 1975 innehåller ledning för regering och riksdag samt finansmakten, dvs. hur statens medel ska användas, skatter och avgifter m.m. 2 kap. befäster de grundläggande fri- och rättigheterna. Det 3 kap. reglerar riksdagen och det 6 kap. reglerar regeringen. Tämligen genomgripande förändringar kan inom kort förväntas påverka stora delar av RF. RF behandlas utförligare i nästkommande kapitel.

Tryckfrihetsförordningen grundlagstadsades år 1949. TF ska garantera ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning⁹². En viktig grundsats som återfinns i förordningen är offentlighetsprincipen, vilken ska befästa demokratin och försvåra korruption. Genom tillgången till information om förhållandena inom stat och kommuner skapas vissa garantier för att myndigheterna inte missbrukar sin makt.⁹³ Offentlighetsprincipen infördes av Gustaf III på 1700-talet. Kungen förespråkade insyn i det offentliga och ville att folket skulle hjälpa till med att granska hans myndigheter.

Den senast tillkomna grundlagen är yttrandefrihetsgrundlagen från år 1991. YGL ska säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande⁹⁴.

⁸⁸ SOU 2007:85 s. 47 och SOU 2008:125 s. 798 och passim.

⁸⁹ Se 8 och 11 kap. RF.

⁹⁰ 8 kap. 15 § RF.

⁹¹ Warnling-Nerep et al. (2005) *Statsrättens grunder*, Norstedts juridik, s. 18 f. och 90.

⁹² 1 kap. 1 § andra stycket TF.

⁹³ Bohlin, A. (2007) *Offentlighetsprincipen*, Stockholm: Norstedts juridik, s. 17.

⁹⁴ 1 kap. 1 § andra stycket YGL.

5.2 Maktindelning i regeringsformen

Statsskickets grunder

1974 års RF bekräftar det nya samhällsskick som vuxit fram⁹⁵, och dess inledande kapitel fastställer statsskickets grunder. RF:s portalparagrafen⁹⁶ föreskriver att:

”All offentlig makt i Sverige utgår från folket.

Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse.

Den offentliga makten utövas under lagarna.”

Här stadgas principerna om folkstyre och parlamentarism samt grundsatsen om den offentliga makten som utövas under lagarna. Första stycket innefattar folksuveränitetsprincipen och tredje stycket legalitetsprincipen. Däremellan stadgas det svenska folkstyret som bygger på fri åsiktsbildning och allmän rösträtt. Folksuveräniteten, som uppstod som en politisk idé i kampen mot det monarkiska enväldet på 1600-talet, är en representativ demokrati och utgår från folkets vilja i beslutsfattandet. Det är med andra ord allmänviljan, la volonté générale, manifesterad i folksuveränitetsprincipen, som i arvet efter Rousseau fått en central plats i det svenska statsskicket. Principen innebär således att den offentliga makten, statsmakten, tillhör det svenska folket.⁹⁷ Det vore emellertid otympligt att utöva reellt folkstyre, det praktiska folkstyret kommer istället till uttryck i representanter (folkvalda) som ska företräda oss (medborgarna) i riksdagen, kommun- och landstingsfullmäktige. Folkets egentliga makt är, annorlunda uttryckt, rösträtten vid allmänna val. De förtroendevalda utövar i sin tur representativ makt, dock under lagarna⁹⁸. Folksuveräniteten som princip har djupa rötter i svensk rättskultur. Hur djupa folksuveränitetsprincipens rötter än må vara har de på senare tid utan större besvär dragits upp av EG-domstolen. Med beaktande av den i synnerhet starka rättsliga bundenhet som EG-rättens regler implicerar – vilka förövrigt Sverige förbundit sig att följa och som i princip övertrumfar svensk grundlag – torde emellertid folksuveränitetsprincipen numera kunna ses som obsolet.⁹⁹

Riksdags- och regeringsmakten

Regeringen styr riket och är ansvarig inför riksdagen. Riksdagen är folkets främsta företrädare och vårt högsta beslutande organ.¹⁰⁰ Riksdagens uppgifter kodifieras i grundlag (RF) och är att:

- stifta lagar,
- besluta om skatter till staten,
- besluta om statens medelsfördelning samt
- granska rikets styrelse och förvaltning.

Bestämmelserna, i RF:s 1 kap. 4 och 6 §§, sanktionerar riksdags- och regeringsmakten och kan sägas ge uttryck för den utpräglade maktkoncentration som råder i Sverige. Tillsammans med folksuveränitetsprincipen (1 kap. 1 §) kan förhållandet é contrario sättas i relation till maktindelningsprincipen som härigenom getts en svag ställning, om någon alls.

⁹⁵ SOU 2000:1, *En uthållig demokrati*, s. 15.

⁹⁶ 1 kap. 1 § RF.

⁹⁷ Warnling-Nerep et al., *Statsrättens grunder*, s. 33.

⁹⁸ Legalitetsprincipen; 1 kap. 1 § tredje stycket i RF.

⁹⁹ Jfr Nergelius, *Svensk statsrätt*, s. 25.

¹⁰⁰ 1 kap. 4 och 6 §§ RF.

EKMR i svensk rätt

”Lag eller annan föreskrift får ej meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.”

Normen i 2 kap. 23 § RF infördes i samband med att EKMR inkorporerades i svensk rätt. Författningar ska enligt bestämmelsen ges s.k. konventionskonform tolkning, det betyder att lagar och föreskrifter inte får utformas så att de strider mot konventionen.¹⁰¹ Stadgandet torde å ena sidan reducera Sveriges suveränitet, å andra sidan stärka rättssäkerheten för den enskilde medborgaren. Bestämmelsen är helt i linje med den rådande utvecklingen.

Domstolarnas oavhängighet

RF:s 11 kapitel behandlar rättsskipning och förvaltning. I kapitlet behandlas domstolar och förvaltningsmyndigheter sida vid sida. Kapitlets 2 § stadgar att domstolarna ska vara självständiga på så sätt att ingen myndighet, eller riksdagen, får bestämma hur en domstol ska döma i enskilda fall.

11 kap. 7 § RF

Bestämmelsen svarar mot 2 § ovan och stipulerar att:

”Ingen myndighet, ej heller riksdagen eller kommuns beslutande organ, får bestämma, hur förvaltningsmyndighet skall i särskilt i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag.”

Normprövningsinstitut i RF

Normprövning kan som regel delas in i två kategorier: konkret och abstrakt normprövning. I Sverige tillämpas konkret normprövning. Normprövningen är konstruerad på principen att normer med högre dignitet går före normer av lägre dignitet. Strukturen tydliggörs i pyramidform enligt den Kelsenska¹⁰² rättsordningen med grundnorm på topp, därefter följer rättsregler som måste hålla sig inom denna norm. Indelningen är dock inte alltid så enkel. I svensk rättstillämpning återfinns tre huvudsakliga tolkningsprinciper;

- *lex superior* – författning med högst status har företräde,
- *lex specialis* – den mest specialiserade lagen har företräde,
- *lex posterior* – den senast beslutade lagen har företräde.

Domstolar och myndigheter har, enligt 11 kap. 14 § i RF, rätt och skyldighet att utföra konkret lagprövning i det enskilda fallet. Lagprövningen är något snävare än normprövningen och avser endast lagars grundlagsenlighet (eller överensstämmelser med Europarätten). Kontrollen görs i efterhand av en redan ikraftträd lag, s.k. efterhandskontroll (judiciell review). För att kunna åsidosätta en lag enligt bestämmelsen krävs att lagen är – *uppenbart* – stridande mot grundlag. Uppenbarhetskriteriet gör att regeln sällan tillämpas i praktiken. I ett tidigare skede gavs, genom RF, möjligheten att pröva en lags grundlagsenlighet genom s.k. förhandskontroll (judiciell preview). Den preventiva kontrollen tillkommer idag Lagrådet som enligt 8 kap. 18 § i RF tilldelats en rätt att granska en lags förenlighet med övergripande normer. Lagrådets verksamhet har karaktären av s.k. abstrakt laggranskning, dvs. lagarna som granskas är ännu inte antagna utan har formen av lagförslag. Abstrakt lag- eller normprövning, dvs. befintliga rättsnormers överensstämmelse med

¹⁰¹ Bohlin & Warnling-Nerep, *Förvaltningsrättens grunder*, s. 364.

¹⁰² Nergelius, *konstitutionellt rättighetsskydd*, s. 173.

normer av överordnad karaktär är dock inte tillåten enligt svensk rätt.¹⁰³ Alternativt kan Lagrådets abstrakta laggranskning ses som en variant av abstrakt lagprövning.¹⁰⁴

Uppenbarhetsrekvisitet

Uppenbarhetsrekvisitet ger domstolar och myndigheter makt att pröva lagars grundlagsenlighet. Paragrafen tillämpas undantagsvis och kräver att en bestämmelse är stridande mot lag eller förordning. I förevarande fall krävs dessutom att felet är uppenbart. Rekvisitet uttrycks i 11 kap. 14 § RF som stadgar:

”Finner domstol eller annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpningen dock underlåtas endast om felet är uppenbart.”

En materiell – och principiell – förändring av 11 kap. 14 § föreslås i utredningen¹⁰⁵.

”Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.”

Uppenbarhetsrekvisitet är som synes slopat, hur det rent faktiskt kommer att avspeglas i prövningen (om det antas) är tidigt att sia om. Att säga att domstolarnas makt kommer att öka väsentligt är dock ingen överdrift, heller inte att reformen stärker rättssäkerheten för den enskilde genom extensiv normprövning som kommer därutav. Lagrådets ställning som garant för normhierarkin, och därmed legalitetsprincipen, kommer sannolikt heller inte att förändras. Istället har i förslaget genom det andra stycket inlemmats en uppmaning, denna anger att grundsatserna om *folksuveränitet* och legalitet, med dess princip om normhierarki, särskilt ska beaktas vid lagprövning av föreskrifter beslutade av riksdagen. Detta – de lege ferenda – resonemang kommer att utvecklas vidare nedan.

Uppenbarhetsrekvisitet har sin grund i den traditionella svenska inställningen: att det primärt är riksdagen själv som ska kontrollera tillämpningen av de normer den antagit.¹⁰⁶ Förespråkare av uppenbarhetsrekvisitet framhåller riksdagen som främsta lagstiftare och därmed den bäst lämpade att pröva viss lagföreskrifts grundlagsenlighet.¹⁰⁷ Finns det risker med utebliven lagprövning? Motståndarna till uppenbarhetsrekvisitet hävdar att paragrafen urholkar rättsprövningen tillika försvagar rättssäkerheten. Motståndarna hävdar vidare att legalitetsprincipens tillit till domstolarna också ska avspeglas i domstolarnas förmåga att pröva lagarnas överensstämmelse med grundlagen.¹⁰⁸ Lagprövningen har, i parlamentarismens Sverige, setts som kontroversiell då det finns risk att domstolarna inkräktar på politikens område. Detta implicerar även en nyvunnen makt för juristerna som ur traditionell svensk synvinkel betraktas som tillhörande politikerna.¹⁰⁹

¹⁰³ Se det s.k. *Unibet*-målet, NJA 2005 s. 764, som bl.a. gällde det svenska spelmonopolet oförenlighet med EG-rätten samt HD:s beslut att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

¹⁰⁴ Jfr dock Warnling-Nerep et al., *Statsrättens grunder*, s. 230 f.

¹⁰⁵ SOU 2008:125, *En reformerad grundlag*, s. 798.

¹⁰⁶ SOU 1999:76 s. 73.

¹⁰⁷ SOU 1999:58 s. 8.

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 10.

¹⁰⁹ Jfr folksuveränitetsprincipen.

Normgivning i 8 kap. 18 § RF

Lagrådets verksamhet regleras i RF. Lagrådet har bland annat till uppgift att kontrollera nya lagförslag så att de inte kolliderar med eller strider mot grundlagen eller andra rättsregler. Bestämmelsen om Lagrådet i RF har reviderats flertalet gånger, senast år 2002, och har nu följande lydelse.

”För att avge ett yttrande över lagförslag skall det finnas ett lagråd, där det ingår domare eller, vid behov, förutvarande domare i Högsta domstolen och Regeringsrätten. Yttrande från Lagrådet inhämtas av regeringen eller, enligt vad som närmare anges i riksdagsordningen, av riksdagsutskottet.

Yttrande av Lagrådet *bör* inhämtas innan riksdagen beslutar grundlag om tryckfriheten eller om motsvarande frihet att yttra sig i ljudradio, television och vissa liknande överföringar samt tekniska upptagningar, lag om begränsning av rätten att taga del av allmänna handlingar, lag som avses i 2 kap. 3 § andra stycket, 12 § första stycket, 17-19 §§ eller 22 § andra stycket eller lag som ändrar eller upphäver sådan lag, lag om kommunal beskattning, lag som avses i 2 eller 3 § eller lag som avses i 11 kap., om lagen är *viktig* för enskilda eller från allmän synpunkt. [kurs. tillagd] Vad nu har sagts gäller dock icke, om Lagrådets hörande skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma. Föreslår regeringen riksdagen att stifta lag i något av de ämnen som avses i första meningen och har Lagrådets yttrande dessförinnan inte inhämtats, skall regeringen samtidigt för riksdagen redovisa skälen härtill. Att Lagrådet icke har hörts över ett lagförslag utgör aldrig hinder mot lagens tillämpning.

Lagrådets granskning skall avse

1. hur lagförslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt,
2. hur förslagets föreskrifter förhåller sig till varandra,
3. hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav,
4. om förslaget är så utformat att lagen kan antas tillgodose angivna syften,
5. vilka problem som kan uppstå vid tillämpningen.

Närmare bestämmelser om Lagrådets sammansättning och tjänstgöring meddelas i lag.¹¹⁰”

Lagrådet har sålunda till uppgift att yttra sig över lagförslag på begäran av regeringen, eller riksdagens utskott. Lagrådets granskning är dock inte begränsad till den föreslagna lagtexten utan kan även beakta förarbeten till lagstiftningen¹¹¹, häri innefattas bland annat uttalanden om lagförslagets innebörd och tillämpningsområde.¹¹² Vad innebär då till exempel stadgandet i andra stycket, att Lagrådets yttrande ”*bör*” inhämtas i vissa frågor? En vidare läsning av stycket ger vid handen att vissa lagförslag *bör* granskas av Lagrådet, förutsatt att de är *viktiga för enskilda eller från allmänsynpunkt*. Undantaget från den redan svaga *bör*-regeln är om det skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller om lagstiftningsarbetet väsentligt skulle fördröjas, i dessa fall behöver inte yttrande från Lagrådet inhämtas.¹¹³ Andra styckets *bör*-regel är dock förpliktande i den mån att avvikelse från regeln kräver särskilda skäl.¹¹⁴ Regeln kan inom en inte allt för avlägsen framtid komma förväntas ändras till en ”*ska*-regel”.¹¹⁵ Detta implicerar ett återinförande av den obligatoriska lagrådsgranskningen, med granskning av flertalet av riksdagen föreslagna lagar. En

¹¹⁰ Åsyftad bestämmelse är lagrådslagen [Lag (2003:333) om Lagrådet].

¹¹¹ SOU ju 2004:11 s. 39.

¹¹² Nergelius, *Svensk statsrätt*, s. 185.

¹¹³ *Ibid.*, s. 182 f.

¹¹⁴ SOU ju 2004:11 s. 32, jfr dock SOU 2007:85 s. 47 och SOU 2008:125 s. 377.

¹¹⁵ Se till det sagda, SOU 2007:85 s. 47 och SOU 2008:125 s. 377, där en förändring i lydelsen föreslås.

synnerligen adekvat anpassning till judikaliseringen och europeiseringen vilken torde öka Lagrådets inflytande i lagstiftningsssammanhang exponentiellt. Detta bör sannolikt skapa starka lagstiftningsprodukter, dvs. lagar, som i förhållande till grundlagen – och europarätten – är ostridiga. En möjlig förändring är avskaffandet av det s.k. viktighetskriteriet i paragrafens andra stycke.¹¹⁶ Det vill säga att lagar inte ska behöva vara viktiga, för enskilda eller från allmän synpunkt, för att aktualiseras för Lagrådets granskning, denna förändring torde stärka Lagrådets auktoritet ytterligare även om den rent praktiskt kanske inte har någon större betydelse i konkreta fall. Dessutom styckas 18 § i betänkandet upp i tre paragrafer: 20-22 §§. Den aktuella bör-regeln föreslås en placering i 21 § andra stycket.¹¹⁷ Vad gäller punkterna 1-5 kan dessa sägas omfatta såväl juridisk-tekniska frågor som rättspolitiska överväganden. Punkt 1 ska nämnas, vilket inte framgår av lagtexten, omfattar även hur förslagen förhåller sig till EG-rätten och EKMR. Med den utveckling som varit, och är, skulle eventuellt dessa institut förslagsvis behöva inkorporeras i lagtexten, dvs. det skulle uttryckligen framgå att Lagrådet granskar lagförslags förenlighet med Europarätten. Detta skulle i förekommande fall regleras i paragrafens tredje stycke. De lege ferenda skulle även Lagrådets granskningsområde utvidgas till att omfatta alla lagar, i varje fall grundlagarna och särskilt ändringar i RF. Punkten 5 tar vidare sikte på presumtiva problem som kan komma att uppstå efter det att lagen trätt ikraft. Till vissa delar kan även punkterna 3 och 4 få betydelse efter lagens ikraftträdande. Jämsides med de sakliga modifikationerna innehåller betänkandet även språkliga och redaktionella förslag till omarbetningar av RF, dessa syftar till att göra författningen mer överskådlig och distinkt. Språket har framför allt moderniserats och gjorts könsneutralt. Flera av dessa, bland annat den nya rubriceringen, rör Lagrådet.¹¹⁸

Rune Lavin, f.d. regeringsråd, menar att det under hösten (2009), sannolikt i början av december, kommer att läggas fram långtgående ändringar av RF, vilka även kommer att omfatta Lagrådet. Lavin menar emellertid att: "[v]ad dessa kommer att få för effekter för Lagrådet är i nuläget mycket svårt att uttala sig om."¹¹⁹

5.3 Lag (2003:333) om Lagrådet

Grundlagsbestämmelser

"1 § Grundläggande bestämmelser om Lagrådet finns i 8 kap. 18 § regeringsformen."

I lagens andra paragraf regleras Lagrådets sammansättning¹²⁰, vilken ska bestå utav justitie- och regeringsråd som avgått med ålderspension samt andra lagfarna personer. Ett högsta antal av sex justitie- och regeringsråd får samtidigt tas i anspråk. Denna bestämmelse kan eventuellt bli aktuell för revision i framtiden då trycket på Lagrådet successivt ökar, delvis på grund av den ökade lagstiftningsmakten.¹²¹ Bestämmelserna om Lagrådet sammansättning står att finna i 2-6 §§ ovan nämnda lag, där även beslut om Lagrådets sammansättning finns i 7-12 §§. Lagrådsperiod och tjänstgöringstider regleras i 13-16 §§. Varvid behörighet och behandling av ämnen behandlas i 17-22 §§. Övriga paragrafer i lagen behandlar tjänstgöring i HD och RegR samt lagrådsledamöternas ledighet. Genom lagen har Lagrådets oberoende tillika självbestämmande ökat ytterligare på vissa interna punkter.

¹¹⁶ SOU 2008:125 s. 377 f.

¹¹⁷ Ibid., s. 680.

¹¹⁸ Ibid., passim.

¹¹⁹ Rune Lavin (via korrespondens) Lagrådets kansli, den 23 oktober 2009.

¹²⁰ Se nedan om Lagrådet, kap. 6.1, för en utförligare analys.

¹²¹ Jfr SOU 2007:85 s. 55.

6 Lagrådet

Lagrådet är ett oberoende organ med en laggranskande funktion. Lagrådets granskning gäller juridikens samtliga områden och tvingas inte ta hänsyn till något uppenbarhetskriterium. Enligt den för ämnet aktuella professuren accentueras emellanåt Lagrådets allt mer framträdande roll som potentiella fanbärare i det judiciella – och politiska – maktterritoriet.¹²² Kapitlet avser därmed behandla Lagrådets funktion, nutida som framtida, och utröna om det finns ytterligare stöd för Lagrådets presumtiva framgångar samt vilka incitament dessa i förekommande fall genererar.

6.1 Lagrådets sammansättning

Enligt Lavin,¹²³ arbetade Lagrådets representanter, från år 1999, på två avdelningar, Första- och Andra lagrådet. Vilka i mån av behov kunde, och kan, utökas till sammanlagt fyra. På varje avdelning tjänstgör tre ledamöter, ett antal som kan utvidgas till fyra om särskilda skäl föreligger. Lagrådet består utav tre domare från HD och tre domare från RegR, vilka utnämns enligt lagrådsprincipen, dvs. av respektive domstol. Varje ledamot utnämns till en period om sex år utan möjlighet till att bli omvald.¹²⁴ Lagrådet sammansättning meddelas i lag, detta stipuleras i 8 kap. 18 § fjärde stycket i RF. Bestämmelsen som åsyftas är lagrådslagen¹²⁵ vilken redogör för konstruktion och organisation av Lagrådet. Lagen ger ävenså Lagrådet egen bestämmanderätt över sin sammansättning (se ovan).

6.2 Lagrådets verksamhet

Lagrådets verksamhet regleras, som sagts, i RF:s 8 kap. 18 § och i lagrådslagen. Bestämmelserna i 18 § anger vissa typer av lagstiftning som bör remitteras till Lagrådet. Lagrådet primära uppgift är att granska lagförslag som regering och riksdag lägger på dess bord. En dikotomi kan skönjas vid en närmare analys av Lagrådets granskningsuppgifter där dels en teknisk genomgång av ett lagförslag ingår, dels prövning av lagens förenlighet med lagar och normer av högre valör. Häri innefattas bland annat grundlagen, EG-rätten och EKMR. Det ska nämnas att Lagrådet i sin granskningsfunktion inte har någon egentlig makt, dvs. dess beslut är inte bindande utan fungerar endast rådgivande.¹²⁶ I sin lagteknisktgranskande funktion beaktar Lagrådet även sådant som lagens utformning, dess språkliga utformning¹²⁷ och ändamålsenlighet. En möjligen diskutabel metod är de s.k. blåkritorna som används av justitie- och regeringsråden. Råden kommenterar löpande lagförslagets tekniska aspekter med blå krita, synpunkter som inte redovisas i Lagrådets yttrande. Vilken typ av normprövning utför då Lagrådet? Den för Lagrådet vedertagna metoden är förhandsgranskning eller s.k. abstrakt granskning av en proponerad lag. Granskningen som rör grundlagen kan sägas ge Lagrådet en konstitutionell uppgift.

Medför Lagrådets opposition mot ett lagförslag att lagen åsidosätts? Frågan måste besvaras negativt. Lagrådets verksamhet utmärks som nämnts till stor del av att dess yttranden är av rådgivande karaktär. Lagrådets bedömningar är subsidiära i förhållande till regerings och riksdags uppfattningar i sak och dess yttranden syftar i första hand till att övertyga regeringen, men också riksdagen, om att den av Lagrådet förordade lösningen bör väljas och kanske till och med är den enda möjliga.

¹²² Bl.a. SOU 1999:76 s. 116 f och SOU 1999:58 s. 86 f.

¹²³ Lavin, R. (2001) *Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001*, Lund: Juristförlaget i Lund, s. 15.

¹²⁴ SOU ju 2004:11, *Lagprövning i ett europeiskt perspektiv*, s. 67.

¹²⁵ Lag (2003:333) om Lagrådet.

¹²⁶ SOU 2007:85 s. 56.

¹²⁷ Se t.ex. prop. 2005/06:157 s. 25 och 47, där regeringen efter Lagrådets yttrande ändrat ordalydelsen i en föreslagen lag, som enligt Lagrådet fått en "mindre lyckad utformning".

Regeringen bör, men har hitintills inte behövt, inhämta ett yttrande från Lagrådet. I förevarande fall måste dock skälen redovisas i förarbetena. I andra fall kan det vara så att det lagförslag som remitterats till Lagrådet över huvud taget inte bör genomföras eller i varje fall kräver grundliga förändringar. Lagrådet har dock inte något veto att lägga in mot dylika lagförslag som strider mot grundlagen, eller någon annan lag eller förordning.¹²⁸

Remitterade ärenden

En remiss kan enkelt uttryckt sägas vara en begäran om yttrande från en myndighet till en annan eller till flera andra myndigheter samtidigt. År 2000 gjordes en undersökning av lagrådsutredningen som visade att det under perioden 1990-2000 remitterades i snitt 91 ärenden per år till Lagrådet för yttrande. Året 2005 var remissyttranden till Lagrådet uppe i 112 ärenden och under år 2006 i 120. Det saknas dock data om andelen propositioner inom det i 8 kap. 18 § RF utpekade granskningsområdet som remitteras till Lagrådet. Tidigare undersökningar visar emellertid att det under åren 1981-1990 var omkring hälften. Under perioden 1991-1993 omfattade granskningen årligen i snitt 83 ärenden medan propositionerna inom granskningsområdet var omkring 145 i antal.¹²⁹ Som synes har trycket på Lagrådet tillika laggranskningen successivt ökat för varje år, en trend som inte verkar avta. Behovet av lag(råds)granskning visar sålunda inga tecken på att minska, sett till antalet remisser som behandlats i Lagrådet.

6.3 Avstyrkta lagförslag

Utlänningslagen

I lagrådsremissen föreslogs bland annat att 1989 års utlänningslag skulle ersättas med en ny lag i anslutning till en ny instans- och processordning vid utlänningsärenden.¹³⁰ Lagrådet adresserade utlänningslagen ingående kritik på flertalet tillämpningsområden, däribland framhölls betydande organisatoriska och processuella brister. Enligt Lagrådet var inte den materiella lagstiftningen anpassad efter reformen som därigenom inte skulle komma att fylla sin funktion. Lagrådet avstyrkte därmed lagförslaget. Regeringen gick emot Lagrådets yttrande och lade fram förslaget till riksdagen. Trots detta, och i enlighet med Lagrådets yttrande, ansåg regeringen att reformen inte skulle få en önskvärd start, varpå regeringen flyttade fram lagens ikraftträdande.¹³¹

Maskeringsförbud

Regeringen föreslog i förarbetena¹³² införandet av en särskild lag om generellt maskeringsförbud vid demonstrationer. Förslaget skulle kriminalisera maskering, helt eller delvis, som försvårade identifikation vid sammankomster där störning av den allmänna ordningen eller en omedelbar fara för en sådan störning förelåg. Lagförslaget skulle emellertid också förbjuda maskeringsförbud, oavsett vilka förhållanden som rådde vid sammankonsterna. Lagrådet, vars yttrande begärdes i frågan, gjorde bedömningen att lagen var grundlagsstridig. Enligt Lagrådet kunde det inte "påstås" att maskering vid en demonstration, eller någon annan grundlagsskyddad sammankomst, generellt äventyrade ordning och säkerhet. Förslaget var därför inte förenligt med mötes- och demonstrationsfrihetsbegränsningarna i RF:s 2 kap. Vidare aktualiserades frågan om lagförslaget skulle fylla sitt ändamål, dvs. om syftet med maskeringsförbudet kunde verka individualpreventivt i

¹²⁸ SOU ju 2004:11 s. 40.

¹²⁹ Ibid., s. 39.

¹³⁰ Prop. 2004/05:170, *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden*, s. 9 och 103.

¹³¹ Ibid., s. 263 och 481-489.

¹³² Prop. 2005/06:11, *Maskeringsförbud*, s. 5.

förhållande till den inskränkning i grundlagen¹³³ som åtgärden innebar. Även i denna del var Lagrådet tveksamma till förslaget ändamålsenlighet. Lagrådet menade att lagförslaget inte var förenligt med EKMR. Regeringen hänvisade å sin sida i denna del till motsvarande förbud i Norge, Finland och Danmark. Sammanfattningsvis avstyrkte Lagrådet det maskeringsförbud som föreslogs i lagrådsremissen. Regeringen vitsordade delar av Lagrådets yttrande och reviderade förslaget i det kommande departementsarbetet. Däremot ansåg inte regeringen att Lagrådet efter revisionen behövde höras på nytt om förslaget.¹³⁴

Hemlig rumsavlyssning

Lagrådets yttrande begärdes över regeringens förslag om hemlig rumsavlyssning.¹³⁵ Lagförslaget innebar bland annat att polis med våld skulle kunna bereda sig tillträde till en misstänkt, i vissa fall även en icke misstänkt, persons hem och där installera en teknisk anordning för att därefter kunna avlyssna de samtal som fördes i bostaden. Ett liknande förfaringsätt skulle enligt lagförslaget tillåtas även efter genomförd (och därmed avslutad) avlyssning. Lagrådet avstyrkte lagförslaget om hemlig rumsavlyssning med motiveringen att det i remissen inte framgick att lagen skulle fylla sitt syfte. Lagrådet ifrågasatte vidare om den föreslagna lagen – ett djupt integritetskränkande tvångsmedel – fyllde rimliga krav på rättssäkerhet och överensstämdhet med EKMR. Regeringen som var av annan åsikt vidhöll förslaget konventionskonformitet och lade fram propositionen för riksdagen, trots Lagrådets invändningar.¹³⁶

Avskaffad statlig fastighetsskatt

Lagrrådet påpekade inledningsvis den av regeringen osedvanligt korta tid som avsatts med tanke på lagens komplicerade natur. Lagrådet menade att de inte ville göra avkall på sin ambition att göra ett noggrant arbete, men samtidigt ville de heller inte vara en ”propp” i systemet och orsaken till att politiska reformer blev försenade. I det aktuella fallet valde Lagrådet att utföra sina kontrollfunktioner enligt 8 kap. 18 § *tredje stycket* RF. Lagtekniska brister var i mån av tid ej möjliga att fullgöra menade Lagrådet, som istället tog sikte på principiella – och redaktionella – aktualiteter i lagen, däribland kritiserades remissförslaget ordalydelse i vissa delar. Benämningen fastighetsavgift var vilseledande menade Lagrådet, detta då det inte var frågan om någon avgift utan om skatt. Därmed skulle beteckningen fastighetsskatt användas, bland annat för att tydliggöra att inte heller någon normgivningsmakt enligt 8 kap. RF kunde bli aktuell.¹³⁷

6.4 Ett förstärkt Lagråd

I GLU föreslås olika metoder för förstärkt normprövning. Bland annat betonas förhandskontrollen i lagstiftningsprocessen, vilken bör förstärkas genom att förutsättningarna för Lagrådets granskning moderniseras.¹³⁸ I utredningen framhålls det nu gällande systemet med laggranskning som inarbetat och effektivt. Systemets potential kan dock utvecklas vidare.¹³⁹ Genom att utöka de praktiska förutsättningarna för Lagrådets granskning kommer förhandsgranskningen att effektiviseras. Ett resultat skulle bli att Lagrådet gavs möjligheter att utarbeta mer konstruktiva förslag till lösningar på brister som uppdagas vid granskningen. Detta skulle i längden höja kvaliteten på

¹³³ Se 2 kap. 12 § RF om begränsningar i grundlagsskyddet och jfr proportionalitetsprincipen.

¹³⁴ Prop. 2005/06:11 s. 8, 27 och 34 f.

¹³⁵ Prop. 2005/06:178, *Hemlig rumsavlyssning*.

¹³⁶ *Ibid.*, bilaga 9 och passim.

¹³⁷ Prop. 2007/08:27, *Avskaffad statlig fastighetsskatt m.m.*, s. 237 f. och passim.

¹³⁸ SOU 2007:85 s. 9 f. och 60 samt SOU 2008:125 s. 377 och 680.

¹³⁹ SOU 2007:85 s. 59.

lagstiftningsprodukten. En annan positiv faktor är att domstolar skulle få det svårare att ifrågasätta en lags grundlagsstridighet, då de vet att Lagrådet varit med och ”skrivit” lagen.¹⁴⁰

I utredningen föreslås inrättande av en föredragare, detta som ett led i effektiviseringen och utvecklingen av Lagrådet. En kanslifunktion vid sidan av den domstolssekreterare som Lagrådet för närvarande har tillgång till. Kanslifunktionen skulle lätta trycket på Lagrådet genom att exempelvis inneha uppgiften att undersöka praxis från EG- och Europadomstolarna. Stödet skulle, enligt GLU:s expertgrupp, vara värdefullt för Lagrådets ledamöter dels med hänsyn till den allt snabbare och mer omfattande lagstiftningsprocessen, dels med hänsyn till dess ökade internationella inslag. Genom att knyta en föredragare närmare Lagrådet, skulle de bättre kunna slå vakt om sitt oberoende. Vidare framhålls i utredningen att Lagrådet skulle ges möjligheten att inhämta extern sakkunskap i konstitutionella frågor. Som exempel nämns statsvetenskaplig och statsrättslig expertis från universiteten samt andra relevanta källor såsom företrädare för advokatväsendet eller människorättsorganisationer, vars synpunkter ska kunna bistå Lagrådet med fackkunskaper.¹⁴¹ Med tanke på judikaliseringsprocessens implikationer på den judiciella sfären, dvs. en successiv ökning av politisktpräglade beslut på juristernas (och därmed Lagrådets) bord, kommer förslaget inte en dag för tidigt. Om funktionen blir införlivad skulle den verka kvalitetshöjande för lagstiftningsprocessen.

Reformerad normkontroll

Ett sätt att förstärka Lagrådets normkontrollerande funktion är genom regelförändringar. En möjlighet är, som ovan nämnts, att föreskriva att Lagrådets yttrande *alltid* ska inhämtas. Antingen gällande de typer av lagförslag som anges i 8 kap. 18 § RF eller beträffande samtliga lagförslag. Med andra ord skulle en dylik principiell regelförändring göra Lagrådets funktion obligatorisk. En förändring som inte ter sig helt osannolik, bland annat med beaktande av den högerorienterade regering som i skrivande stund sitter vid makten. En obligatorisk skyldighet att inhämta Lagrådets synpunkter skulle förstärka och markera betydelsen av förhandsgranskningen, framför allt så långt frågan gäller lagars grundlagsenlighet. En förstärkt lagrådsgranskning torde i längden även stärka grundlagens ställning. Lagrådets ställning som normkontrollant kommer onekligen att befästas med ett återinfört krav på lagrådsyttrande i lagstiftningsfrågor. Lagrådet, som autonomt granskningsorgan, kommer även att uppfattas som auktoritärt, vilket kan komma att krävas såväl nationellt som internationellt, i judikaliseringens och moderniseringens spår.

Det yttrades i utredningen – om än med skepsis – förslaget att ge Lagrådet vetorätt i lagstiftningsprocessen i konstitutionella frågor. Förslaget är, gällande förhandsavgörande, dock förenat med svårigheter då lagars praktiska tillämpning i förväg är svårbedömd. Som alternativ lades förslaget fram att ge riksdagen ett krav, i de fall Lagrådet avstyrker ett lagförslag som tvivelaktigt från grundlagssynpunkt, att nödgas anta lagen med kvalificerad majoritet.¹⁴²

Det föreslås att Lagrådet i de fall ett lagförslag skulle bedömas som grundlagsstridigt bör kunna ges möjligheten att överlämna frågan för avgörande till ett särskilt författningsråd. Författningsrådet bestående utav dels jurister och statsvetare, dels parlamentariker skulle kunna råda över uppgiften att slutligt avgöra om lagförslaget, inom ramen för förhandsgranskningen, ska anses som grundlagsstridigt. Författningsrådet skulle i förevarande fall tilldelas vetorätt i dessa, konstitutionella, frågor.¹⁴³

¹⁴⁰ SOU 2007:85 s. 60.

¹⁴¹ Ibid., s. 60 f.

¹⁴² Ibid., s. 61, jfr 2 kap. 12 § tredje stycket RF om kvalificerat röstförfarande.

¹⁴³ SOU 2007:85 s. 60 f.

7 Rättsfall

Som ett led i, och en förutsättning för, maktförskjutningen från politisk- till judiciellmakt har domstolarna spelat en avgörande roll. Judikaliseringsprocessen medför att politiska frågor i accelererande grad avgörs av domstolar och andra rättsliga organ, istället för som tidigare av centrala politiska organ såsom regering och riksdag.¹⁴⁴ Kapitlet avser belysa domstolsavgöranden på området där politiska beslut annullerats i judiciella instanser, samt vilken betydelse Lagrådets yttrande i förekommande fall tillmäts.

7.1 Barsebäck

RÅ 1998 not. 93

Barsebäcksverket inrymde två kärnkraftsreaktorer, Barsebäck 1 och Barsebäck 2. Verket ägdes av Barsebäck Kraft AB (BKAB) som också innehade de tidigare meddelade tillstånden att driva reaktorerna. BKAB var ett helägt (privatägt) dotterbolag till Sydkraft AB som var ett börsnoterat bolag. BKAB ansökte om rättsprövning av regeringens beslut angående upphörande av rätten att driva kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1 samt begäran om inhibition¹⁴⁵. Regeringen beslutade den 5 februari 1998, med hänvisning till lagen om kärnkraftens avveckling, att rätten enligt de tidigare tillståndsbesluten att driva reaktorn Barsebäck 1 för utvinnandet av kärnenergi skulle upphöra att gälla vid utgången av juni 1998. BKAB ansökte den 26 februari 1998 hos RegR om rättsprövning av regeringens beslut och yrkade att beslutet tills vidare inte skulle gälla genom inhibition.

Som skäl anförde BKAB att EG-rättens bestämmelser om miljökonsekvensbeskrivning inte beaktats och – främst med hänvisning till EG-rätten – att beslutet fick konkurrensrelaterade konsekvenser som inte kunde accepteras. BKAB hade vidare ifrågasatt regeringens beslutets överensstämmelse med den proportionalitetsprincip som upprätthålls enligt EKMR, inom EG-rätten och i svensk grundlag.

RegR konstaterade att det i rättsprövningslagen föreskrivs att ett förvaltningsbeslut får verkställas även i de fall då rättsprövning kan bli aktuell. Domstolen anförde dock att det vid tillämpning av denna regel mot bakgrund av lagstiftningens syfte finns skäl att hålla i minnet att huvudregeln inom förvaltningsprocessen i övrigt är att ett beslut inte är verkställbart förrän det vunnit laga kraft och att den enskilde i normalfallet inte riskerar att verkställighet sker medan prövningen i domstol pågår.

RegR framhöll vidare:

”För inhibition bör i allmänhet krävas en tämligen hög grad av sannolikhet för ett slutligt bifall till överklagandet. Om emellertid en omedelbar verkställighet kan antas medföra betydande olägenheter för en enskild klagande och det samtidigt kan konstateras att det inte finns något motstående intresse som starkt talar för att verkställighet ändå sker utan fördröjning, bör inhibition kunna meddelas redan när utgången i målet framstår som oviss.”

RegR fann vid en samlad bedömning av framförda argument att regeringen inte visat säkerhetsskäl nog för att stoppa driften av Barsebäck, däremot skulle regeringens beslut innebära påtagligt ingrepp och skada i BKAB:s näringsverksamhet. RegR fann därmed skäl att bifalla BKAB:s ansökan om inhibition i den av regeringen beslutade sakfrågan.

¹⁴⁴ SOU 1999:58 s. 55 f.

¹⁴⁵ Verkställigheten av ett beslut av en underinstans kan förbjudas tillfälligt genom ett beslut om inhibition, dvs. tills det att målet avgjorts eller annorlunda förordnats i överinstans.

RÅ 1999 ref. 76

RegR hade inte funnit regeringens kontroversiella beslut angående avvecklingen av kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1 strida mot någon rättsregel. Genom två regeringsbeslut, åren 1970 och 1972, erhöll Sydsvenska Värmekraftaktiebolaget, sedermera BKAB, tillstånd enligt lagen om atomenergi att inneha och driva nu aktuella kärnkraftsreaktorer i Barsebäck. Mot bakgrund av besluten togs de ifrågavarande reaktorerna, Barsebäck 1 och Barsebäck 2, i kommersiell drift åren 1975 respektive 1977. Tillståndsbesluten från åren 1970 och 1972 ersattes den 17 oktober 1985 av ett nytt regeringsbeslut genom vilket BKAB fick tillstånd att fortsatt inneha och driva reaktorerna. Någon tidsbegränsning för tillstånden rörande Barsebäck 1 föreskrevs inte.

Efter det att RegR underkastat avvecklingsbeslutet ingående juridisk granskning – dock utan att begära förhandsavgörande från EG-domstolen – fastställdes avvecklingsbeslutet av kärnkraftsreaktorn Barsebäck 1.

RegR:s beslut att inte inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen kan tyckas besynnerligt med tanke på frågans många juridiska oklarheter. Med beaktande av frågans politiserade karaktär väcks också frågor om politiskt intresse kan ha spelat in och ifall neutralitet verkligen förelegat. Domstolarnas politiska neutralitet ska ex lege vara ostridig. Även frågan om det uteblivna förhandsavgörandet har väckt debatt och fått kritik från bland annat jurister.

Remissärendet gällande avvecklingslagen hamnade på Lagrådets bord den 12 juni 1997. Trots flera frågetecken i lagen, särskilt kanske frågan om generalitet¹⁴⁶ och rättighetsskydd¹⁴⁷, kan inte någon direkt kritik skönjas i Lagrådets yttrande från den 17 juni 1997.¹⁴⁸ Lagrådet ansåg att lagen bör kunna godtas "från de synpunkter som Lagrådet har att iaktta"¹⁴⁹. Yttrandet borde lämpligen därmed kunna ses som ett från Lagrådet "blankt" godkännande av avvecklingslagen. Lagrådets yttrande hade i övrigt främst karaktären av lagtekniska överväganden. Bland annat föreslog Lagrådet att ordalydelsen i lagen skulle omformuleras. För att understryka lagens *generella* karaktär, bör det i första stycket anges att lagen innehåller bestämmelser om upphörande av "rätten att driva kärnkraftreaktorer" istället för "rätten att driva *en* kärnkraftsreaktor",¹⁵⁰ framhöll Lagrådet [kurs. tillagd].

Vad innebär då bristen på kritik? Avsaknaden på kritik från Lagrådet i frågan kan te sig problematisk ur flera aspekter. Inte minst med tanke på lagförslagets kontroversiella natur. Exempelvis ovan anförda krav på generalitet och ersättning vid expropriation kan ifrågasättas. Men också kravet på konkurrensneutralitet och gynnande besluts negativa rättskraft. Även om Lagrådet betonar lagens generella betydelse är Barsebäck är det *enda* kärnkraftsverk som har avvecklats sedan lagens ikraftträdande. BKAB var dessutom det enda privatägda kärnkraftsverket, bland flera statliga. Lagens allmängiltiga karaktär kan därmed ifrågasättas, såväl i dagsläget som i ett tillbakablickande.

Domstolar och andra judiciella organ, bland annat Lagrådet, ska inte ägna sig åt politik. På samma sätt ska *inte* riksdagen ägna sig åt rättsskipning [kurs. tillagd]. Det är inte alltigenom tydligt hur detta i förevarande fall har skötts av de inblandade parterna.¹⁵¹

¹⁴⁶ Kravet på lagars generalitet 11 kap. 8 § RF.

¹⁴⁷ Se 2 kap. 18 § RF egendomsskyddet och rätten till ersättning vid expropriation jfr dock ståndpunkten i prop. 1996/97:176, *Lag om kärnkraftens avveckling*, bilaga 6, s. 2-4.

¹⁴⁸ Prop. 1996/97:176, bilaga 6.

¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 5 in fine.

¹⁵⁰ *Ibid.*, s. 6.

¹⁵¹ Se 11 kap. 8 § RF och jfr prop. 1996/97:176 s. 39.

7.2 Norra länken

RÅ 1997 ref. 18

RegR upphävde genom rättsprövning¹⁵² regeringens beslut om byggnationen av en tunnel vid ett naturområde. En av regeringen planerad detaljplan rörande en trafikled genom en del av nationalstadsparken, Norra länken vid Norrtull och Roslagstull i Stockholm, ansågs utgöra ett intrång i parklandskap eller naturmiljö i strid med lagen (1987:12) om hushållning med naturresurser om skydd för vår nationalstadspark (NRL).

Regeringen gjorde utifrån lagförarbetena¹⁵³ bedömningen att byggnationen av Norra länken kunde förenas med vad som föreslagits i lagstiftningsärendet, dvs. en utbyggnad av Norra länken kunde förenas med bestämmelserna om en nationalpark. Regeringen – helt i linje med föredragande statsråds förarbetsuttalanden – ansåg inte att byggnationen, som krävde schaktning och trädfällning i nationalstadsparken, skulle skada områdets natur- och kulturvärden. Regeringen menade att tolkningen av vad som utgör intrång skulle göras mot bakgrund av syftet med den föreslagna lagstiftningen, de menade att den aktuella bestämmelsen inte var avsedd som ett absolut hinder mot kompletteringar i omedelbar närhet av den befintliga bebyggelsen. Därigenom skulle upprustningen av infrastrukturen i området kunna vara möjlig att utföra, då den medförde en sammantagen förbättring av miljön inom nationalstadsparken.

RegR som lutade sig mot lagens strikta ordalydelse sågade därmed regeringens extensiva lagtolkning med ledning av förarbetena.¹⁵⁴ RegR menade att nya anläggningar i nationalparken endast fick komma till stånd och andra åtgärder vidtas, om det kunde ske utan intrång i parklandskap eller naturmiljö och utan att det historiska landskapets natur- eller kulturvärden i övrigt skadades. Regeringens anförda skäl om presumtiva förbättringar i miljön, framhöll RegR, medförde inte att avsteg från regeln kunde göras. Enligt RegR stod det "helt klart" att de av regeringen planerade åtgärderna utgjorde ett sådant intrång i nationalstadsparkens parklandskap och naturmiljö som aktualiserade NRL:s intrångsförbud.

RegR fann på angiven grund att de åtgärder som blev möjliga genom den antagna detaljplanen stred mot NRL. Regeringens beslut var därmed inte förenligt med lagen. På den anförda grunden upphävde RegR regeringens beslut och återförvisade målet till regeringen för ny behandling.

Någon kritik över lagförslaget kan inte skönjas i Lagrådets yttrande. Förslaget lämnades utan erinran.¹⁵⁵

¹⁵² Se det klassiska amerikanska rättsfallet från år 1803, *Marbury vs. Madison*, varigenom rättsprövningen befästes och *Supreme Court* gavs en central roll i det rättsliga – men också i det politiska – livet. (Nergelius, *konstitutionellt rättighetskydd*, s 399-401).

¹⁵³ Prop. 1994/95:3, *Nationalparken Ulriksdal-Haga-Brunnsviken-Djurgården*, s. 45 f.

¹⁵⁴ Ett avsteg från den traditionella extensiva svenska lagtolkningsmetoden med förarbetena i fokus. Möjligtvis kan den av RegR gjorda tolkningen ses som ett principiellt ställningstagande som i större mån speglar utvecklingen i Europa, med marginalisering av lagförarbetena till förmån för den restriktiva lagtolkningsmetoden. Liknande tendenser kan skönjas i *Åke Green*-målet, NJA 2005 s. 805, där HD i och för sig kunde ha dömt Pastor Åke Green för hets mot folkgrupp enligt lagförarbetenas syfte. Men valde att fria med beaktande av EKMR och den presumtiva utgången vid en eventuell prövning av Europadomstolen i Strasbourg.

¹⁵⁵ Prop. 1994/95:3 s. 88.

8 Diskussion

I detta diskussionskapitel är avsikten att besvara de frågeställningar som behandlats i uppsatsen kring Lagrådet och judikaliseringen samt dra slutsatser, de lege ferenda, om det erhållna resultatet. De huvudsakliga frågeställningarna redovisas i följd nedan, därefter följer de konventionella domstolarna som fått ett eget rubricerat stycke, detta med anledning av deras betydelse för den föreliggande framställningen.

Ett historiskt perspektiv

Lagrådet fyller, tillsammans med RegR, 100 år under 2009. Den moderna formen av lagprövningen går dock längre tillbaka än så och kan dateras till 1809 års RF. Lagprövningen gav HD en möjlighet, på begäran av domstolar, att lämna en s.k. lagförklaring av lagens rätta innebörd. Under den borgerliga regeringen år 1909 flyttades laggranskningen över från HD till det nyetablerade Lagrådet, som i princip tog över HD:s uppgifter. Lagrådets uppgift var (och är) att granska regeringens lagförslag innan de lades fram till riksdagen i proposition. Lagrådsgranskningen hade juridisk-teknisk karaktär gällande huruvida lagförslaget var enhetligt och adekvat utformat. Detta framgår av ett uttalande från KU som kommit att bli vägledande. Vidare har Lagrådets roll varit att hålla ett öga på normhierarkins efterrättelse. Lagrådsgranskningen var inledningsvis obligatorisk.

Den obligatoriska lagrådsgranskningen kan ses som ett resultat av dess upphovsman, den Lindmanska högerregeringen. Lagrådet har historiskt sett varit ett borgligt skötebarn och därigenom beskyddat från den politiska vänstersidan, som haft för avsikt att se Lagrådet i en för tidig grav. Socialdemokraterna som från början ställt sig avvaktande till Lagrådet och ansett att Lagrådet marginaliserat den politiska demokratin har framhållit dess oförenlighet med vårt parlamentariska styrelsekick. Lagrådet har periodvis ifrågasatts, främst från socialdemokratiskt håll, dess existens har till och med hängt på en skör tråd. Liknande tendenser och syn på Lagrådet kan överhuvudtaget inte uppfattas i dagens normkontrollsdebatt, eller någon annanstans. Inte desto mindre har lagrådsgranskningens vara eller icke vara – obligatorisk eller fakultativ – åkt historisk berg- och dalbana beroende på vilken regering som suttit vid makten. År 1971 besvarades den socialdemokratiska oppositionen mot obligatorisk lagrådsgranskning. Granskningen gjordes på initiativ av Carl Lidbom fakultativ och lagfästes som sådan i 1974 års reformerade RF.

Utvecklingen kan, i och med 1974 års RF, ses som ett naturligt led i vänsterorienterade ideologiers traditionella strävan efter att centralisera makten till regering och riksdag. RF:s maximer är parlamentarism och folksuveränitet. Idéerna går hand i hand, men som konstitutionellt system är parlamentarismen i vissa fall (som i Sverige) inte förenlig med den tendens till maktdelning – enligt Montesquieus klassiska maktdelningslära, med en uppdelning av den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten – som bland annat en stark förhandsgranskning genererar. Maktdelning, en oundviklig och naturlig effekt av maktdecentralisering, ses som ett avsteg från det majoritetsstyre som grundlagen, genom RF, föreskriver. Demokratins fundament skulle enligt politikerna genom maktdelning och därmed ökad domstolsmakt marginaliseras. Detta då regeringsbeslut inte längre blir absoluta. Makt som utövas av icke-folkvalda organ ses som odemokratisk och artfrämmande ur politisk, men också ur rättsvetenskaplig, debatt. Den bakomliggande variabeln är en uppenbar rädsla att ge jurister och domstolar ökad makt på bekostnad av den egna (den politiska). Lagrådet som, lite tillspetsat, ansetts hota den suveräna statsmakten, står mellan autonom regeringsmakt i form av folksuveränitet å ena sidan och det svaga rättsskyddet i form av uppenbarhetsrekvisitet å den andra sidan. Varför försök till ökad Lagrådsmakt kvävts i sin linda och reducerats till en fakultativ "börfråga". Utvecklingen talar *däremot* ett annat språk.

Trenden från år 1995 och framåt är svår att ta miste på. Judikaliseringen – som ett naturligt steg i utvecklingen eller ett nödvändigt ont – har tagit mark, i Sverige och Europa, och är irreversibel. Genom inträdet i EU och EG-rättens effekt på medlemsstaterna, med ökad normkontroll och maktdecentralisering är Sverige nödgade att anpassa sig. Lagrådets granskning gäller numera också svensk lags uniformitet med gällande Europarätt. Inom EU är maktindelningen framträdande. Schablonartat kan man säga att Rådet innehar den lagstiftande, Kommissionen den verkställande och EG-domstolen den dömande makten. Genom medlemskapet i EU, med överlåtelse av den egna makten till förmån för den kollektiva suveräniteten, har samtliga medlemsstater fått sin politiska makt beskuren. Den politiska makten har således fått gett vika för den judiciella, och Lagrådets ställning bör, och kommer, till följd därav att stärkas. Inte minst blir Lagrådets roll som judiciellt ”kontrollorgan”¹⁵⁶ i takt med utvecklingen allt viktigare.

Den förutvarande lagtekniska granskning som varit rådande förblir förmodligen oförändrad. Den tidigare bör-regel som regeringen haft att beakta kommer med stor sannolikhet inom en snar framtid att ändras till en ska-regel.¹⁵⁷ Revideringen gör Lagrådets funktion obligatorisk, jag ser detta som en oundviklig och nödvändig funktionsförändring vilken kommer att stärka Lagrådets ställning avsevärt. Makten bakom ordet – *ska* – ska heller inte underskattas, även om yttrandet knappast kan ses som ett imperativ från Lagrådet sida att lagar och andra normer ska åsidosättas. Ska-regeln, om den förverkligas, torde implicit gynna Lagrådet genom att dess auktoritet befasts. Lagrådet kommer troligtvis även att få utökade utredningsmöjligheter samt utvidgad grundlagskontroll, detta sammantaget stärker Lagrådets roll samtidigt som de utökade utrednings möjligheter som föreslås med största sannolikhet kommer att minska politikernas utsikter att förfoga över Lagrådets expertis. Lagrådet är sålunda i en pragmatisk progression, vilken i skenet av europeiseringen skapar ofrånkomliga, sett i utvecklingen, oumbärliga incitament.

Lagrådet är, ska förtydligas, inte ämnat fungera varken som ett judiciellt- eller ett kontrollorgan. Denna slutsats kan dras genom att se till dess placering i RF. Hade syftet med Lagrådet varit rättsskipning hade det reglerats i 11 kap. RF och hade det behärskat kontrollmakten hade det reglerats i 12 kap. Lagrådet regleras istället i 8 kap. och är därigenom menat vara en del av lagstiftningsprocessen och inget annat. Att utvecklingen juridifierat Lagrådet och i viss mån politiserat dess granskning är en annan sak. Reducerar förhållandet Lagrådet till regerings- och riksdags förlängda arm, ett för dessa institutioner underställt kontrollorgan? Frågan är inte alldeles lätt att svara på och dispyten delar lägren i två. Att Lagrådets oberoende – från regering och riksdag – till viss del kan ifrågasättas är såväl ostridigt som olyckligt. Jag vill dock mena att Lagrådet snarare kan betecknas som självständigt än motsatsen. Lagrådets signifikans bör dock heller inte förringas, deras arbete är viktigt ur flera aspekter. En oklanderlig lagstiftningsprodukt kan tillägnas Lagrådet som, i sin lagtekniska roll, av allt att döma fungerar föredömligt. Vidare är Lagrådet en garant för att lagstiftaren inte ska bli fartblind och förbise normhierarkin på grundlagens (och därmed medborgarnas) bekostnad. En viktig funktion som ger Lagrådet en konstitutionell ställning, vilket kanske behövs för att kalibrera den inhemska maktbalansen. Annorlunda uttryckt: Lagrådet ska slå vakt om legalitetsprincipen genomslag i svensk rättsskipning. Lagrådets blotta existens bör fungera preventivt och kvalitetshöjande. Lagstiftaren vill troligen inte heller bli föremål för Lagråds kritik för att inte beaktat grundlagen (eller Europarätten) i tillräcklig grad. Därigenom torde en vetskap om kommande lagrådsgranskning verka för en grundligare bearbetning och koherens av en lags förenlighet med övergripande normer.

¹⁵⁶ Se dock nästkommande stycken.

¹⁵⁷ Se t.ex. SOU 2008:125 s. 377.

Att säga (eller göra distinktionen) att Lagrådet ägnar sig åt antingen juridiskt eller politiskt beslutsfattande möter på problem. Gränsen mellan juridik och politik är stundom inte alldeles lätt att dra och tjänar heller inte något till att konkretisera, då den många gånger är relativ. En inte allt för förflugen slutsats är att Lagrådets yttranden i varje fall är mer politiskt präglade idag än för ett par decennium sedan, detta som led i judikaliseringen. Lagrådets primära roll är att upprätthålla normhierarkin och även om det inte är ämnat att ta politiskt ställningstagande är detta emellanåt oundvikligt. Huruvida Lagrådets yttrande hör sammas från regeringen är, enligt vad som framgått, godtyckligt och kommer an på frågan karaktär. Regeringen tenderar dock att följa Lagrådets yttrande; förutsatt att frågan inte är starkt politiserad.¹⁵⁸ Denna förutsebarhet torde dock reduceras med judikaliseringens nedslag i politiken, vilket är hög tid.

En aspekt, som i och för sig är svår att bedöma konsekvenserna av men som bör nämnas, är Lissabonfördragets (LF) effekt på lagstiftningen. Jag syftar här på den svenska grundlagen i allmänhet och på RF i synnerhet. LF ska fungera som en slags grundlag för hela EU. Vilken medlemsstaterna förbundit sig att följa, i väsentliga delar villkorslöst. Att fördraget kommer att ha långtgående implikationer för medlemsstaterna är ostridigt, vilket inte minst kan ses mot bakgrund av de svårigheter som föregått fördragets ratifikation. LF kräver samtliga medlemsstaters godkännande. Sverige, med Fredrik Reinfeldt i spetsen – som EU:s interimistiska ordförandeland – lyckades efter vissa eftergifter att få Irland att skriva på avtalet. Tjeckien som sista medlemsstat undertecknade avtalet i november (2009), även i detta fall kan det förmodas att vissa eftergifter gjorts. Det kan förmodas att tämligen kraftfulla incitament talar för att skriva på fördraget. Cirkeln kring LF, som träder ikraft den 1 december 2009, kan i och med detta ses som slutet. Vad gäller Sverige, RF och Lagrådet kan vi även här förvänta vittgående effekter och förändringar med LF som ramlag. Den vertikala maktindelningen som EU-medlemskapet implicerar torde sanktioneras ytterligare. Lagrådet kommer indirekt att gynnas genom att laggranskningens betydelse accentueras mot bakgrund av ökade krav på rättssäkerhet och normkontroll. RF kommer också att genomgå radikala förändringar, bland annat kommer den förhärskande folksuveränitetsprincipen i RF:s portalparagraf som jag ser det att vara inne på sina sista djupa andetag. Fler förändringar kan förväntas, emellertid finns varken tid eller utrymme för en utförligare diskussion i det förevarande.

Är författningsdomstol ett alternativ?

Lagrrådet är i det närmast en författningsdomstol vi kommer i Sverige.¹⁵⁹ Lagrådet har dock varken någon reell makt eller någon avslagsröst (veto) gällande grundlagsstridande lagar eller andra lagförslag den granskar. Riksdagen – den lagstiftande makten – kan därigenom obesvärat besluta om lagar som Lagrådet avstyrkt. En författningsdomstol skulle komplettera Lagrådets förhandsgranskning med efterhandskontroll, en abstrakt sådan skulle företrädesvis fylla en ur rättssäkerhet positiv och heltäckande funktion; ett starkt rätts- och grundlagsskydd. Risken för att grundlagsstridiga lagar godtyckligt skulle godkännas på grund av deras politiska betydelse skulle minska avsevärt. En författningsdomstol delar oundvikligen den dömande makten å ena sidan från den lagstiftande och den verkställande å den andra. Ur rättssäkerhetssynpunkt är detta en viktig fråga men den skulle från politiskt håll svårligen kunna godkännas då det vore att anse som en i den politiska suveräniteten allt för intervenerande åtgärd. En författningsdomstol kan även väcka tvivel om Lagrådets existentiella vara eller icke vara. Skulle ett lagråd i förevarande fall behövas? I varje fall skulle vänstersidans röster höjas om den svenska demokratins förfall tillika avsteg från traditionella principer om folksuveränitet, om ett lagråd verkade vid sidan av en författningsdomstol. Varken den

¹⁵⁸ Se bl.a. Avstyrkta lagförslag, kap. 6.3 ovan och jfr regeringens hantering av FRA-frågan.

¹⁵⁹ Jfr SOU 2007:85 s. 51.

ena eller den andra har ju historiskt sett haft sympatisörer på vänsterflygeln. Det kan ju hävdas att denna godtycklighet, dvs. politikernas starkt politiserade och i flertalet fall grundlagsstridiga beslut¹⁶⁰, hämmas genom uppenbarhetsrequisitet i RF:s 11 kap. Jag menar dock att det är tveksamt om 14 § verkligen fyller en ur rättssäkerhet relevant funktion. Dessutom aktualiseras den sällan på grund av att uppenbarhetskriteriet sätter ribban orimligt högt. Vad skulle ett veto i grundlagsfrågor betyda för Lagrådet? Lagrådets ställning som ett judiciellt organ skulle genom vetorätten onekligen grundlagsfästas.¹⁶¹ Med ett dylikt maktmedel i sin hand skulle Lagrådet således regleras i RF:s 11 kap. om rättsskipning (och förvaltning). Lagrådet skulle härigenom få karaktär och funktion av en (författnings)domstol. En författningsdomstol i och för sig torde vara en positiv utveckling.

Vilka argument talar för en svensk författningsdomstol och vad för slags incitament skapar en sådan? En författningsdomstols främsta syfte skulle vara att garantera den enskildes fri- och rättigheter gentemot det allmänna, företrädesvis genom att slå vakt om fri- och rättigheterna i RF:s 2 kap. och EKMR. Ett skäl som talar för en svensk författningsdomstol är det svaga normprövningsinstitutet och dess undanskymda roll i de ordinarie domstolarnas verksamhet. En författningsdomstol skulle fungera som säkerhetsspärr vid sidan av en förhållandevis svag möjlighet till normprövning genom uppenbarhetsrequisitet. Grundlagsfrågor skulle därmed prövas med ostridig kompetens samtidigt som kompetenskonflikter – såsom fallet *Lassagård*¹⁶² – skulle undvikas. De ordinarie domstolarna skulle ävenså undvika att hamna i politisk polemik då en författningsdomstol skulle behandla lagprövning av politiskt präglade frågor. Hur skulle då de Europeiska idealtyperna av författningsdomstolar stå sig i de svenska kölvattnen? Finns det behov av en fransk, tysk eller kanske en spansk modell som yttersta garant för medborgerliga fri- och rättigheter? Frankrikes författningsråd, Conseil Constitutionnel, har en minoritetsregel som ger oppositionen möjlighet att, genom vetorätten, senarelägga en lags ikraftträdande. Finner författningsdomstolen att lagen strider mot konstitutionen, är den inkonstitutionell, får den inte utfärdas. I kraft av detta effektiva maktmedel har flertalet grindar för kontroversiella politiska frågor stängts. Den franska politiska styrelseformen är dessutom inte allt för främmande vårt svenska system, med en parlamentarisk kontroll över regeringsbildningen, varför en fransk modell potentiellt skulle fungera även i Sverige. Det svenska Lagrådet granskar lagförslag i likhet med Conseil Constitutionnel men saknar den starka ställning som det franska författningsrådet har i beslutsfattandet. Lagrådet granskar endast lagförslag, medan Conseil Constitutionnel kan ta ställning till en av parlamentet beslutad lagtext. En vetorätt skulle ge Lagrådet en snarlig funktion och auktoritär roll i konstitutionella, och politiskt präglade, sammanhang. Jämförelsen är dock ej rättvis. Lagrådet skiljer sig på en avgörande punkt, nämligen avsaknaden av en vetoröst. En obligatorisk lagrådsgranskning, för flertalet lagförslag, skulle rättare ge Lagrådet en roll och funktion likt den Conseil d'Etat innehar. En tysk modell, med stark ställning i samhället och konstitutionen och en självständighet förvaltning, skulle oveckligt värna om de mänskliga fri- och rättigheterna samt vingklippa auktoritära regimer. En garant mot att staten, och därmed politikerna, ska ta sig för stora friheter på medborgarnas och minoritetens bekostnad.

Vilka argument talar emot en svensk författningsdomstol? Först och främst ligger en traditionell svensk ovilja till – särskilt från socialdemokratiskt håll, men också generellt – att ge jurister och domstolar ökad (politisk)makt och till den maktindelning som kommer därutav. Denna tendens, som trots allt funnits implicit, har för många tett sig främmande, kanske till och med skrämmande. Det svenska statskicket med grundlagen som fundament manifesterad i folksuveränitetsprincipen

¹⁶⁰ Se bl.a. fallen: Barsebäck och Norra länken.

¹⁶¹ Se ovan kap. 5.2; 11 kap. 2 och 7 §§ RF.

¹⁶² RÅ 1997 ref. 65.

förespråkar med nödvändighet att all offentlig makt utövas av folkvalda organ, för att vara demokratisk.¹⁶³ Den svenska makten realiseras således (indirekt) utav folket och representeras av riksdagen som i och för sig har att beakta legalitetsprincipen, vilket innebär att makten ska utövas under lagarna. En författningsdomstol, i vilken form det än blir, innebär en inskränkning av riksdagens lagstiftningsmakt som därigenom delas mellan det politiska å ena sidan och det juridiska å den andra sidan. En författningsdomstol skulle oundvikligen trampa politikerna på tårna bland annat genom att ges möjligheten att ogiltigförklara regeringsbeslut och av riksdagen fattade lagar. Det finns även uppenbara risker att en författningsdomstol eller annan domstol med liknande funktion skulle komma att besluta i frågor som vanligen också bör ligga på riksdagens bord. Detta är heller inte eftersträvansvärt. Jag anser att en författningsdomstol likt den i Frankrike med viss framgång skulle kunna verka i Sverige. Men behövs verkligen detta? Finns det tillräckligt många reella "grundlagsstridiga fall" i Sverige som skulle legitimera en författningsdomstols existens? Det är tveksamt om så är fallet. Skulle det kunna betyda att domstolen "godtyckligt" tog sig an fall, in dubio, för att legitimera sin egen existens? Tyskland som fortfarande bär spår från andra världskriget och Spanien som efter diktatorn Francos valde skaffat grundlagsstadgade författningsdomstolar har lättare att legitimera även en sysslös domstol – inte sagt att så är fallet – men det är tveksamt om en författningsdomstol skulle fylla en relevant funktion i Sverige. Möjligen lämpar sig en författningsdomstol i federala stater där kompetenskonflikter mellan centralmakten och delstaterna kan tänkas bli frekventa.¹⁶⁴ En författningsdomstol genererar, som jag ser det, inte några konkreta existensberättigande incitament för svenskt vidkommande.

Lagrådet och dess laggranskning bör anpassas och utvidgas i takt med judikaliseringen. Men svaret finns snarare i ett förstärkt Lagråd och i de av utredningen¹⁶⁵ – av GLU:s expertgrupp – föreslagna ändringarna än i en nationell författningsdomstol.¹⁶⁶

Lagrådet och judikaliseringen

Lagrådets roll i judikaliseringsprocessen är *inte* svår att ta miste på. Inte förr än på senare tid har konkreta förslag till ändring presenterats¹⁶⁷, dessa stärker och befäster (om de implementeras) Lagrådets roll som en judiciell "makt" instans. Det är, vilket också Lavin understryker, svårt att i dagsläget förutsäga vilka effekter som de föreslagna ändringarna kommer att ha på Lagrådet. Det är dock lätt att förbise vad Lagrådets faktiska existens ger (eller inte ger) upphov till. Lagrådets förhandsgranskning av lagförslag genererar ett vakuum vilket dels slår vakt om uppenbarhetsrequisitet, dels spärrar vägen för en författningsdomstols inträde på svenskt rättsskipningsområde. Varken Lagrådet eller uppenbarhetsrequisitet skulle förbli statiskt om endera försvagades, eller förstärktes för den delen. Deras växelverkan förutsätter, i skrivande stund, varandras existens. Så länge en bör-regel gäller för lagrådsgranskning och ett uppenbarhetskriterium för normprövning, har vi ett i Sverige svagt skydd för de grundläggande fri- och rättigheterna tillika det individuella rättsskyddet. Möjligen finns det ävenså en risk för att uppenbarhetsrequisitet försvagar grundlagen gentemot EG-rätten som genom ett svagt svenskt normprövningsinstitut får ett större inflytande i svensk rätt. Ordningen – efter vilken politikerna obehindrat beslutat i kontroversiella hjärtefrågor – är inte förenligt med europeiseringen och kommer inte att stå sig mot judikaliseringen.

¹⁶³ Jfr SOU 1999:76 s. 114.

¹⁶⁴ Ibid., s. 116.

¹⁶⁵ SOU 2008:125, passim.

¹⁶⁶ Se även nedan, avskaffat uppenbarhetsrequisit.

¹⁶⁷ Se bl.a. SOU 2007:85 s. 60 f. och SOU 2008:125 s. 680.

Skulle socialdemokratiska röster bli hörsammade, dvs. med ett Lagrådet som i sina bästa dagar endast bör ges en *bör* röst att yttra sig över i konstitutionella frågor, skulle vi antagligen vara nödgade att slopa uppenbarhetsrekvisitet och eventuellt kombinera detta med en författningsdomstol längre fram på tidsaxeln. Inte heller det senare skulle vinna röster hos vänsterns sympatisörer. Men, ett försvagat Lagråd skulle samtidigt öka chanserna för, eller behovet av, en författningsdomstol på svensk jurisdiktion. Något jag inte ser några reella förutsättningar för inom den närmaste framtiden, men däremot förespråkar. Ett försvagat Lagråd skulle vidare öka förhandsavgörandena från EG-domstolen. Domstolen skulle behöva "avgöra" i frågor som inte lyckats bli tillräckligt utredda i ett initialskede av lagstiftningsprocessen. Detta skulle kunna undergräva legitimiteten hos svensk lagstiftare då den färdiga lagen anses oförenlig med övergripande normer. Ett preventivt arbete som Lagrådet idag omsorgsfullt förvaltar.

Lagråd eller uppenbarhetsrekvisit? Lösningen finns snarare i kombinationen: en stark förhandskontroll genom ett förstärkt Lagrådet och en utökad efterhandskontroll i normprövningen genom avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet. Den föreslagna ändringen illustrerar judikaliseringens territoriella erövringar. Genom att uppenbarhetsrekvisitet avskaffas helt, dvs. gällande samtliga lagar, inte bara regeringsförordningar, kommer normprövningen och juristernas makt att bli stark, något som historiskt sett varit artfrämmande för svenskt rättstradition. Hur det rent faktiskt kommer avspeglas i praktiken är tidigt att säga. Att grundlagskyddet kommer att stärkas är dock en anspråkslös profetia som rättspraxis kommer att få utvisa. En rättsregel som står i konflikt med övergripande normer vare sig det är med EG-rätten, EKMR eller grundlagen ska kunna åsidosättas *utan* att konflikten är *uppenbar*. Uppenbarhetsrekvisitet urholkar normprövningen och marginaliserar den enskilda rättssäkerheten. En obligatorisk lagrådsgranskning, genom att lydelsen ändras till att Lagrådets yttrande *ska* inhämtas gällande alla lagförslag, kommer att hämma politikernas makt ytterligare. Detta är en naturlig och nödvändig reformation i ett juridifierat Europa. En obligatorisk lagrådsgranskning har även andra effekter. Lagrådet skulle exempelvis genom att tilldelas en obligatorisk granskning kunna mäta sig med det franska Conseil d'Etat och därmed ges den auktoritet som det förtjänat och är i behov av för att vinna behövlig respekt i förhållande till andra maktorgan, bland annat regeringen. Nu bör inte de presumtiva effekterna av ett obligatorium överskattas eller sammanblandas med någon slags vetoröst. Lagrådet är i förekommande fall endast tillbaka där det en gång var, dock med något större betydelse såväl politiskt som judiciellt. Lagrådets roll – som normhierarkins väktare – ger grundlagen en stark ställning (bland annat mot EG-rätten) och reducerar domstolarnas behov av normprövning som företrädesvis skulle verka som ett sista medborgerligt skydds nät. Sedan tar som bekant EG-domstolen vid. Dessa incitament sammantaget sanktionerar Europarätten samt RF:s fri- och rättigheter och skapar ett starkt skydd för enskilda individer och minoriteter i Sverige och Europa. Detta sagt ter sig en ändring av RF:s 8 kap. 18 § oundviklig, den aktuella regeln bör följaktligen göras obligatorisk.

Domstolarna och judikaliseringen

Judikaliseringens nedslag i svensk rättstillämpning manifesteras företrädesvis i *domstolarnas* ökade maktbefogenheter och allt mer politiserade beslut; beslut som tidigare egenmäktigt, uteslutande och inte sällan godtyckligt, fattades av regering och riksdag. Att en domstol kan inhibera ett av regeringen fattat beslut – som i Barsebäckfallet – och annullera ett annat – som i fallet Norra länken – är inte bara ovanligt utan ses också som ett avsevärt ingrepp i den svenska demokratin; och med detta i maximer som folksuveräniteten. Det kan uppfattas, utan att här gå in på detaljerna¹⁶⁸, som

¹⁶⁸ Vilket i och för sig kan vara befogat, bland annat med tanke på den uddlöshet med vilken RegR har behandlat regeringens beslut gällande avvecklingen av Barsebäck. Ett beslut som i sig påkallar granskning.

synnerligen anmärkningsvärt hur regeringen, främst i Barsebäckfallet, kunnat negligera viktiga konstitutionella, processuella och EG-rättsliga frågor på det sätt som förfarits. Avvecklingsfrågan var på den tid det begav sig kontroversiell och starkt politiserad. Vad som är relevant för sammanhanget är RegR:s beslut att gå emot och inhibera regeringens avvecklingsbeslut av kärnkraftsreaktorn, Barsebäck 1. Problematiken tydliggörs kanske än mer explicit i fallet Norra länken som gällde regeringens beslut om byggnationen av en tunnel genom ett naturområde. In casu hade regeringen, i förarbetena, lämnat en "lucka öppen" för byggnationen. RegR ansåg däremot att det inte gick att så att säga skjuta från höften i det aktuella fallet – och upphävde regeringens beslut – då lagen på området var mycket tydlig. En slags dubbelgardering där regeringen försökte både äta kakan och ha den kvar, en strategi som således inte gick hem. Utvecklingen kan ses mot bakgrund av europeiseringen, dvs. inträdet i EU och EG-rättens allt större inflytande på det nationella rättsområdet. Men också genom inkorporerandet av EKMR. De inhemska domstolarna vågar inte längre visa, en enligt mig i och för sig oönskad, konformitet till lagstiftaren med risk för att få bakläxa av EG-domstolen som genom förhandsavgörande och ytterst normprövning har det sista ordet. Detta resulterar med nödvändighet i en restriktiv grundlagsenlig (och EG- och Europakonform) lagtolkning, där förarbetena allt mer hamnar i skymundan; som i fallet Norra länken. EG-domstolens närvaro fungerar således preventivt och risken för att grundlagstridiga beslut slinker igenom rättsapparaten på grund av att de är politiska till sin natur är därigenom väsentligt decimerad. Decimerad blir oundvikligen även den svenska (folk)suveräniteten genom att ett mått av maktindelning försvagar regeringsmakten. Rättsfallen Barsebäck och Norra länken exemplifierar tydligt judikaliseringens genomslag; i den ökade domstolsmakten. Domstolarnas verksamhet regleras i lag och ska vilket åter bör understrykas inte påverkas av politiken. Regeringen kan hur som helst inte längre utöva absolut och ovillkorlig makt mot sina "undersåtar" och dess makt är inte längre fullkomlig.

Lagrådskritik lyser i sammanhanget med sin frånvaro. Även om Lagrådet i Barsebäckfallet hade vissa synpunkter kan man in fine läsa att det remitterade lagförslaget i sina huvuddrag bör kunna godkännas. Problematiken har onekligen vissa politiska förtecken. Beslutets politiska karaktär verkar av allt att döma påverkat Lagrådets ställningstagande i frågan. Lagrådet ska i och för sig inte ta politiska, däremot juridiska, ställningstagande; här verkar dock funktionerna ha gått om varandra. Även bristen på kritik kan te sig diskutabel. Kritik från Lagrådet skulle i sämsta fall tvingat regeringen att tänka över sitt beslut, möjligen arbeta igenom det ytterligare i departementet. Lagförslaget som står i förgrunden för, den då presumtiva, byggnationen av Norra länken saknar även det befogad lagrådskritik och även om lagförslaget inte är alls i närheten lika kontroversiellt som Barsebäckfallet verkar den politiska beslutsamheten i frågan påverkat Lagrådets (o)vilja att kritisera förslaget. Möjligen är detta symptomatiskt för tiden det begav sig? Frågan är dock retorisk, en inte allt för djärv slutsats är att dessa företeelser kommer bli allt mer sällsynta i framtiden.

Att politiska övervägande skulle dölja sig bakom de ställningstaganden som gjorts är, som sagts, kanske inte en helt ogrundad tanke. Denna belägenhet har också påverkat Lagrådets legitimitet som naggats något i kanten på grund av den till synes regeringskonforma inställningen till besluten. Beslut som i sig är stridiga och vilka grundar sig på lagförslag med än mer tveksam karaktär, och som av denna anledning skulle utsatts för kritik av Lagrådet i initialskedet. Förhållandet för osökt tankarna till Lagrådets förhållande till regering och riksdag och dess presumerade neutralitet. Sedan är det naturligtvis olyckligt att ett av Lagrådet ratificerat lagförslag annulleras i en senare rättsprövning i domstol, till exempel Norra länken. Till Lagrådets försvar bör tilläggas att de balanserar på en skör tråd mellan politik och juridik, som utan vare sig vetorätt eller obligatorisk granskningsmöjlighet skapar en ofördelaktig och svag ställning vis-à-vis maktstarka organ.

De lege ferenda

Tendenser till sprickbildning kan urskiljas i den, tills för nyligen, odelbara och maktfullkomliga suveränen. Hobbes totalitära vision om staten i det civila samhället liksom Rousseaus inflytande på den moderna demokratiteorin – á la parlamentarism och folksuveränitet – känns idag föråldrad. De två filosofernas betydelse för den rättsvetenskapliga diskursen kan emellertid inte, med rättvisa, betonas i proportion till det utrymme de lämnats här och i det föregående. En historisk vålnad vars idéer, ur traditionell svensk synvinkel, förkastats och närmast försetts med parastämpel känns idag däremot brännande aktuell. Denna klassiker känner vi bäst vid namn monsieur Montesquieu, vilken som bekant fullföljt och förfinat Lockes distinktion av makten. Renässansen av Montesquieus klassiska maktodelningslära, betingad av ökade krav på rättssäkerhet, är den axiomatiska orsaken bakom sprickorna i suveränen. Maktodelningen och den nya judiciella makten, iförd domarrock, genererar i form av starka normkontrollorgan – såsom Lagrådet – och ökad domstolsmakt: ett mått av förhöjd rättsäkerhet; incitament som svårligen kan ignoreras. Judikaliseringen tar den politiska makten i anspråk, bakbinder den och belägger den med restriktioner. Samhället utrustas med säkerhetsspärrar, korrektiv, mot godtyckligt och nyckfullt maktutövande: mot en despotisk form av demokrati. Utvecklingen talar sitt tydliga språk! Makt ska begränsa makt.

Judikaliseringen har de facto tagit mark och förärat Lagrådet en gynnsam position i maktens korridorer. De argusblickar – i ett retrospektivt perspektiv – som riktades mot Lagrådet är sedan längre borta och kan överhuvudtaget inte siktas på en samtida horisont. Opponenternas kapitulation kan delvis ses mot bakgrund av just judikaliseringens genomslag i svensk rättsutveckling. En rättsutveckling, vars konturer först på senare tid utkristalliserats och i vars hägn en ny rättskultur växt fram. Ur detta rättssäkerhetsperspektiv och som ett led i judikaliseringens landvinningar kan vi se Lagrådet verka för att stärka den enskildes rättigheter i samhället. Argument som osökt för tankarna till liberalismens idealiserande om den fria individen med okränkbara rättigheter.

En annan del som talar för och legitimerar judikaliseringen är det allmänna missnöjet mot den senaste tidens kontroversiella lagstiftning. Jag tänker främst på lagar som FRA och IPRED. I dessa frågor valde folkets representanter att gå emot opinionen. Här kan vi se folksuveräniteten urholkas och motverka sitt eget syfte, genom att den delegerade (lagstiftnings)makten utnyttjas mot folket. I situationer som dessa, när frågan om rättssäkerhet ställs på sin spets, är det viktigt att organ såsom Lagrådet inte bör utan ska utnyttjas för att dess kompetens till fullo ska komma till användning. Detta har av GLU:s expertgrupp – i *En reformerad grundlag* (SOU 2008:125) – också betonats, och även om de föreslagna ändringarna är välkomnade ger de vissa associationer till "kejsarens nya kläder". Någon total grundlagsreform är det knappast fråga om, även om namnet antyder att så skulle vara fallet. En förstärkning av Lagrådets organisatoriska medel, en ändring av bör-regeln och framför allt en vetorätt i konstitutionella frågor skulle på ett adekvat sätt ge Lagrådet den auktoritet som är nödvändig för att befästa dess roll i det moderna och internationaliserade informationsamhället.

Lagrådet ska på klassiskt manér säkerställa normhierarkin och har onekligen en betydelsefull roll i ett centraliserat, moderniserat och integrerat Europa. Inte minst med tanke på EU:s vakande öga genom panoptikon som ytterst – och med EG-domstolens som bödel – bevakar den övergripande normhierarkin. En sista synpunkt om rättssäkerhet och rättsskydd i det svenska samhällets judikaliseringsprocess är att välja bort uppenbarhetsrekvisitet i den för RF viktiga lagprövningsregeln. Detta sammantaget – rule of law not of men – är vad judikaliseringsprocessen kräver för att Lagrådet och Sverige inte ska hamna på efterkälken i judikaliseringsdebatten. Vad som anfördes inledningsvis bör härmed åter accentueras: Judikaliseringen är här för att stanna.

Käll- och litteraturförteckning

Förarbeten

Regeringens propositioner

- Prop. 1975/76:209 *om ändringar i regeringsformen.*
- Prop. 1994/95:3, *Nationalparken Ulriksdal-Haga-Brunnsviken-Djurgården.*
- Prop. 1996/97:176, *Lag om kärnkraftens avveckling.*
- Prop. 2004/05:170, *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden.*
- Prop. 2005/06:11, *Maskeringsförbud.*
- Prop. 2005/06:157, *Vissa frågor om förhandsavgöranden från EG-domstolen.*
- Prop. 2005/06:178, *Hemlig rumsavlyssning.*
- Prop. 2007/08:27, *Avskaffad statlig fastighetsskatt m.m.*

Statens offentliga utredningar

- SOU 1998:14, *EU – ett demokratiprojekt?*
- SOU 1999:58, *Löser juridiken demokratins problem?*
- SOU 1999:76, *Maktdelning.*
- SOU 2000:1, *En uthållig demokrati.*
- SOU ju 2004:11, *Lagprövning i ett europeiskt perspektiv.*
- SOU ju 2004:11, *Rapport från Grundlagsutredningens expertgrupp om olika frågor av normkontroll.*
- SOU 2007:85, *Olika former av normkontroll.*
- SOU 2008:43, *Europeiska unionens stadga om mänskliga rättigheter.*
- SOU 2008:125, *En reformerad grundlag.*

Litteratur

- Algotsson, Karl-Göran (1993) *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet.* (1 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.
- Allgårdh, Olof & Norberg, Sven (2004) *EU och EG-rätten – En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt.* (4 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.
- Bohlin, Alf (2007) *Offentlighetsprincipen.* (7 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.

Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka (2007) *Förvaltningsrättens grunder*. (2 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.

Hadenius, Stig (2003) *Modern svensk politisk historia – Konflikt och samförstånd*. (6 uppl.) Stockholm: Hjalmar & Högberg.

Lavin, Rune (2001) *Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001*. Lund: Juristförlaget i Lund.

Modéer, Kjell-Åke (1987) Granskning eller lagprövning? – Högsta domstolen som normbildare i R. Lavin [red.] *Om lagrådsgranskning*, Juristförlaget i Lund, s. 13-31.

Nergelius, Joakim (1996) *Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Norstedts juridik.

Nergelius, Joakim (2000) *Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt*. (1 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.

Nergelius, Joakim (2008) *Svensk statsrätt*. (1 uppl.) Studentlitteratur.

Nergelius, Joakim [red.] (2006) *Rättsfilosofi – Samhälle och moral genom tiderna*. (2 uppl.) Studentlitteratur.

Petersson, Olof (2005) *Rättsstaten – Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik*. (2 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.

Warling-Nerep, Wiweka., Lagerqvist, Veloz Roca, Annika & Riechel, Jane (2005) *Statsrättens grunder*. Stockholm: Norstedts juridik.

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 2004 s. 137

NJA 2005 s. 764

NJA 2005 s. 805

Regeringsrätten

RÅ 1997 ref. 18

RÅ 1997 ref. 65

RÅ 1998 not. 93

RÅ 1999 ref. 76

EG-domstolen

C-189/95

C-170/04