

KRISTER THELIN:

# Förbättrad konstitutionell kontroll

*Den konstitutionella judiciella kontrollen bör förstärkas, skriver Krister Thelin. Inte minst avgörandena i Strasbourg, där svensk rätts förenlighet med Europakonventionen prövats i flera fall under senare år, visar att kontrollen inte har fungerat.*

*Frågan om att utvidga och förbättra denna kontroll har väckts vid flera tillfällen i riksdagen. Förslagen har gällt såväl utvidgning av lagprövningsinstitutet som inrättande av en författningsdomstol. De har tillbakavisats med argumentet: ett tillmötesgående skulle innebära en icke önskvärd förskjutning i det svenska politiska maktsystemet och dessutom bryta mot svensk författningstradition.*

*Krister Thelin är hovrätts-assessor.*

I den allmänna och ständigt pågående debatten om "demokratin" har frågan om gränser för den politiska makten kommit i förgrunden under senare tid. Till en del har frågan behandlats mot bakgrund av de motsättningar som införandet av löntagarfonderna och frågor om beskattning och egendomsskydd medfört, senast när det gällt den sk en gångsskatten. Till en del är frågan ett echo av författningsdebatten i samband med 1974 års regeringsform (RF).

## Den kloke och försiktige domaren

Mera sällan deltar domare i debatten. De bidrag som dock lämnas från det hållet rör främst möjligheten att åstadkomma en judiciell kontroll av att konstitutionens fri- och rättigheter efterlevs och därmed sammanhängande grundlagsfrågor. Domstolarnas företrädare intar därvid ofta en mycket återhållsam attityd.

I synnerhet en äldre domargeneration, djupt rotad i en försiktig hållning gentemot allt som förefaller politiskt kontroversiellt, skyggar — med några enstaka väl kända undantag — inför tanken på att domarna skulle medverka i en grundlagskontroll. Denna hållning är särskilt påtaglig när det gäller frågor om äganderätt, där man vet att meningarna i samhället är starkt delade. Ceasars hustru får inte misstänkas . . .

I fråga om grundlagsskydd för äganderätten avvisas exempelvis tanken på att domare skulle få makt att — som det någon gång uttryckts — "underkänna en lag som riksdagen grundat på sociala, miljömässiga eller fördelningspolitiska hänsyn . . ." Denna inställning har då motiverats med att den är en följd av en

”hämmande respekt för de demokratiska beslutsformerna” som en äldre generation av domare har. I den mån någon kontroll skall göras från domstolshåll anser talesmän för denna avvaktande hållning att det endast bör ske när tolkningen rör fri- och rättigheter om vilka det råder så stor enighet i värderingarna att en domstolsprövning inte är lika betänkelig. Det brukar också anges att domstolen vid en grundlagstolkning bör beakta storleken av den majoritet i riksdagen som antagit en lag om vars grundlagsenlighet det kan vara fråga: Om majoriteten är stor är sannolikheten för grundlagsenlighet större . . .

Denna säkerligen mycket representativa syn på domstolarnas roll när det gäller den konstitutionella kontrollen i Sverige och därmed gränssättning för makten föranleder mig, som tillhör en yngre generation domare, att något försöka nyansera bilden.

### **Regeringsformens teori**

En grundläggande princip i en demokratisk rättsstat är att all maktutövning sker i lagenliga former. Denna princip är utan undantag och gäller således också samhällets högsta beslutande organ. I den svenska författningen uttrycks detta i den inledande förklaringen i regeringsformen med att den ”offentliga makten utövas under lagarna” (1 kap 1 § RF).

Den enskilde är enligt vår författning gentemot det allmänna tillförsäkrad vissa grundläggande fri- och rättigheter (2 kap RF). Riksdagen kan dock genom vanlig lag – men endast med iakttagande av vissa villkor – begränsa dessa fri- och rättigheter (2 kap 12–14 §§). Riksdagen är vi-

dare bunden av internationella åtaganden med samma syfte att skydda den enskilde, exempelvis Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen).

Kontrollen av att riksdagen som bärare av den högsta makten utövar denna makt ”under lagarna” och inte i strid med exempelvis 2 kap RF eller Europakonventionen utgörs av dels vissa beredningsbestämmelser (lagrådsgranskning m m), dels de uppgifter som ankommer på konstitutionsutskottet, dels också den lagprövning som domstolar och myndigheter kan utöva enligt 11 kap 14 § RF.

### **Verklighetens praktik**

Teorin om riksdagens lagbundenhet motsvaras inte av någon praktisk verklighet. Den konstitutionella kontrollen är illusorisk och verkningslös: Ingenting hindrar att en bristfälligt beredd lag antas av en riksdagsmajoritet, även om bristen består i att lagen inte är grundlagsenlig. För att lagen efter lagprövning av domstol i samband med prövning av en tvist skall sättas åt sidan krävs enligt 11 kap 14 § RF att grundlagsoförenligheten är ”uppenbar”, vilket i praktiken visat sig vara en oöverstiglig tröskel.

I åtskilliga fall har lagar antagits, trots att lagrådet avstyrkt förslaget med hänvisning till grundlagen. Inte i något fall har i riksdagen – vare sig i eller utanför konstitutionsutskottet – en grundlagsfråga avgjorts efter annat än partipolitiska linjer. Inte i något fall har en lag efter lagprövning förklarats oförenlig med grundlagen. I detta fall skiljer förhållandena sig i vårt land från vad som är vanligt i andra länder.

Förhållandena i Sverige får emellertid inte tas till intäkt för att den svenska lagstiftningen inte någon gång har inkräktat på den enskildes skyddade fri- och rättigheter. Avgörandena i Strasbourg, där svensk rätts förenlighet med Europakonventionen i flera fall prövats under senare år, visar tvärtom att den konstitutionella kontrollen inte har fungerat. Grundprincipen om den lagenliga maktutövningen upprätthålls således inte alltid i Sverige.

I praktiken finns det därför inget skydd för den svaga, den enskilde, mot det allmänna, det starka. Utan gränser också för riksdagens makt kan man inte upprätthålla den fredade zonen, det "civila" samhälle, som bl a företrädare för den politiska vänstern numera säger sig vilja förespråka. Denna praktiska gränslöshet gäller naturligtvis också de fri- och rättigheter om vilka enighet i värderingarna eventuellt kan finnas i riksdagen.

### Det paradoxala motståndet

Mot uppfattningen att också riksdagens makt bör vara begränsad brukar från socialistiskt håll ofta anföras att folksuveräniteten är oinskränkt. Folkets i val utsedda representanter är bärare av all makt. Ansvar för deras misstag kan enbart utkrävas i allmänna val. Riksdagsmajoriteten står över yttre kontroll. Detta synsätt torde dock i Sverige enbart omfattas av en liten minoritet (se bl a prop. 1975/76:209 s 91).

Som *princip* erkänns behovet av konstitutionell kontroll utanför riksdagen av en överväldigande majoritet. Detta kommer till uttryck inte enbart i den inledande förklaringen om maktutövning-

ens lagenlighet i regeringsformen utan också i erkännandet av en judiciell kontroll genom lagprövning. Det är enbart när frågan väcks om att göra denna kontroll effektiv och verkningsfull i praktiken som meningarna bryts. Detta kan förefalla paradoxalt och förvirrande. Accepteras tanken på vissa garanterade fri- och rättigheter och en konstitutionell kontroll utanför riksdagen, borde därav även följa en vilja att skapa förutsättningar för ett utövande av en sådan kontroll. De som motsätter sig att sådana förutsättningar tillskapas intar därmed en intellektuellt mera svårförståelig hållning än de som förespråkar en absolut folkvilja utan någon form av inskränkning.

En svårighet av ett annat slag är givetvis att ange vilka fri- och rättigheter som skall vara skyddade enligt författningen. Detta är ytterst en rent politisk fråga. Det är också angeläget att fri- och rättigheterna får en sådan teknisk utformning, att tolkningsbekymren begränsas. Det skydd för äganderätten som så gott som helt saknas i den svenska regeringsformen återfinns tydligare exempelvis i Europakonventionen är i det fallet ingen bra förebild. Att en rättighet kan vara svårtolkad får dock inte hindra att kontrollen utövas. Även de i grundlagen nu intagna vaga bestämmelserna om exempelvis "ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle" (2 kap 12 § RF) måste kunna åberopas och tolkas i domstol.

### Argument mot förbättrad kontroll

Frågan om att utvidga och förbättra den konstitutionella och judiciella kontrollen har vid flera tillfällen väckts i riksdagen genom bl a motioner. Därvid har önske-

mål framställts om såväl en utvidgning av lagprövningsinstitutet i dess nuvarande form som ett inrättande av en författningsdomstol efter vissa utländska förebilder. Genomgående har dessa förslag dock hittills tillbakavisats av riksdagens majoritet med endast följande argument: Ett tillmötesgående av förslagen skulle innebära en icke önskvärd förskjutning i det svenska politiska maktsystemet och dessutom bryta mot svensk författningstradition (se exempelvis KU 1985/86:5 s 9).

Detta argument är som synes inget argument i sak utan enbart ett uttryck för konservatism. Det förklarar inte varför den nuvarande ordningen skulle vara överlägsen förslagen om reell konstitutionell kontroll. Argumentet saknar en rationell grund.

En förbättrad konstitutionell kontroll utanför riksdagen skulle naturligtvis innebära en förskjutning i det politiska maktsystemet. Detta är inte bara önskvärt utan även nödvändigt, om den demokratiska rättsstatsprincipen skall få något innehåll och den enskilde medborgaren det skydd som grundlagen påstår att han eller hon har. Att en förändring i denna riktning också skulle innebära ett brott mot den hittillsvarande författningstraditionen kan bara hälsas med tillfredsställelse av dem som är anhängare av de demokratiska rättsstatsidealet. En utveckling i denna riktning borde också välkomnas av dem som förespråkar en maktens decentralisering eller balans genom flera motkrafter. Enbart en anhängare av emotionellt färgad konservatism eller utpräglad etatism kan vara däremot.

Motståndarna till en ökad judiciell kontroll brukar — liksom den äldre, kloke

och försiktige domaren — i debatten också hänvisa till risken av att domstolarna kommer att få träffa "politiska" avgöranden och att domstolarna riskerar att "politiseras" (se exempelvis RD prot 1985/86:37—38 s 29 ff). Detta slag av invändning bygger på en missuppfattning. All rättstillämpning, inklusive tolkning av grundlag, kan sägas vara "politisk" i en vid mening. Redan i dag kan avgöranden i domstol, exempelvis i frågor om skadestånd på grund av felaktig myndighetsutövning eller en "lagprövning" av kommunal kompetens i förvaltningsdomstol, få långtgående politiska konsekvenser. Det innebär dock inte att domstolen träffat ett *politiskt* avgörande. En judiciell kontroll av grundlagsenligheten kan också ses som en konsekvens av grundprincipen att domstol vid en lagkonflikt har att ge högre föreskrift företräde framför en lägre. Denna grundprincip torde inte sättas ifråga av någon (jfr prop 1975/76:209 s 93).

Att allt beslutsfattande, även det som sker i domstol, innefattar en mänsklig och därmed en värderingsmässigt färgad verksamhet, är en annan sak. Processuella regler och den juridiska argumentationsmetoden syftar till att neutralisera det värderingsmässiga inslaget. Domstolarna erbjuder därigenom i jämförelse med andra organ ett bättre skydd mot en värderingsmässigt eller "politiskt" färgad subjektivism i beslutsfattandet.

Önskar man ytterligare förhindra att domstolarna exempelvis *partipolitiseras* (utöver den närvaro som de politiskt valda nämndemännen nu utgör) går det att skapa garantier häremot genom att t ex se över tillsättningsförfarandet och vidta lämpliga organisatoriska och administra-

tiva åtgärder. Förutsättningarna för domstolarnas självständighet och kompetens i detta hänseende behöver för alltid beaktas, oberoende av omfattningen av deras konstitutionella funktioner.

Den enskilde medborgarens tilltro till våra domstolarnas opartiskhet och oväld torde emellertid i dag vara sådant att en ökad judiciell kontroll utan vidare kan anförtros dem. Om detta förtroende saknas, är det skäl nog för att allvarligt bekymra sig för framtiden, oavsett vilken generation av domare man tillhör.

#### Argument för förbättrad kontroll

Det framgår således av redovisningen så här långt att redan grundlagens nuvarande utformning är ett tungt argument för att inte bara acceptera en judiciell kontroll utan också finna att den behöver förbättras. De hittillsvarande invändningarna mot en utvidgad judiciell kontroll är som nämnts inte hållbara. Genom att förstärka kontrollen av de materiella rättighetsreglernas efterlevnad fullföljs vidare de steg i denna riktning som redan tagits efter den nya regeringsformens ikraftträdande, nämligen den senare utvidgningen av fri- och rättighetskatalogen i 2 kap RF och kodifieringen av lagprövningsrätten i 11 kap 14 § RF.

Huruvida den förbättrade kontrollen skall ske enbart genom förändring av lagprövningsinstitutet eller även genom domstolsorganisatoriska reformer bör övervägas närmare. Det går självfallet inte att vid utövande av denna kontroll,

lika lite som vid annan lagtolkning snegla på hur stor eller liten den majoritet har varit som har antagit lagen i fråga och därmed göra en indelning i "godkända" och "icke godkända" prövningsobjekt som en del äldre domare tycks vilja förespråka. Det vore verkligen att "politisera" verksamheten. Det är väl för när motsättningarna i riksdagen är stora som behovet av judiciell kontroll är mera angeläget än när det gäller frågor om vilka värdegemenskap råder och inte tvärtom som en del företrädare för den traditionellt återhållsamma linjen synes mena.

Avslutningsvis bör framhållas att min ståndpunkt att den konstitutionella judiciella kontrollen bör förstärkas inte dikteras av vare sig någon överdriven självsäkerhet på domarnas vägnar eller någon önskan att domstolarnas prövning blir någon daglig företeelse. Men det får heller inte bli så, att lagprövning sällan eller aldrig används av respekt för några högre "demokratiska" värden utanför regeringsformen eller av hänsyn till en frågas "känslighet".

Till skillnad från äldre domare har jag, när det gäller denna del av ett oundgängligt inslag i en demokratisk rättsstat, tilltro till domstolarnas förmåga att freda medborgarna mot vad ett försiktigt justitieråd nyligen kallat en "alltför fördomsfri lagstiftning". Erfarenheterna från andra länder där frågan om konstitutionell kontroll enbart är eller har varit ett dåligt skämt är för dystra för att man skall kunna ha någon annan uppfattning.