

EN NY TID – EN NY BLANDNING

KRISTER THELIN

*Reaktionerna från bl a moderat håll på Regeringsrättens avgörande om
Dennispaketet och på generaladvokatens förslag till dom i det s k Franzénmålet ty-
der på att rättsstatsidealet med maktindelning gör sig bäst i teorin.*

I december 1974 gick 1809 års regeringsform, vid sin bortgång den näst den amerikanska konstitutionen äldsta i världen med rötter i upplysningstiden och franska revolutionens idévärld, i graven. Den 1 januari 1975 började den nuvarande regeringsformen sitt liv. I praktiken hade dock 1809 års regeringsform fått sitt banesår redan 1917, det år parlamentarismen fick sitt genombrott i vårt land: riksdagen och inte Kungl Maj:t – oavsett regeringsformens ordalydelse – skulle bestämma valet av regering. 1917 var också hungerkravallernas och revolutionernas år. Det konservativa Sverige gjorde motstånd mot de nya socialistiska och demokratiska rörelserna. Man hukade i den stormvind som svepte fram i Europa och som inom kort skulle

beröva kejsar- och kungadömen deras överhuvuden.

1974 års regeringsform, slutpunkten på en mångårig författningsreform med ambition att bl a kodifiera vad som blivit sedvana 1917, hade folksuveräniteten som ideologisk ledstjärna. Tidsandan var sådan att först under remissbehandlingen av förslaget fick rättsstaten sitt erkännande: den offentliga makt som utgår från folket skall utövas "under lagarna"; tanken var alltså ursprungligen att folkets offentliga makt formellt skulle vara gränslös.

Plottrande med grundlagen

Spänningen mellan en socialistisk och borgerlig demokratiuppfattning har lett till ett ständigt konstitutionellt plottrande; inte ett regeringsskifte har gått utan att det föranlett ändringar i det grundläggande instrumentet för vårt politiska system. Varje borgerlig regeringsperiod har lett till initiativ för att förstärka fri- och rättigheterna och den judiciella

kontrollen, d v s möjligheten till domstolsprövning också av lagenligheten av riksdagens och regeringens beslut. Perioden 1991-1994 var inget undantag. De borgerliga direktivens långtgående ambitioner för en författningsreform begränsades av vad som var möjligt att uppnå i den kompromiss med socialdemokraterna som följde på beredningsarbetet: Fri- och rättighetskatalogen har justerats, Europakonventionen inkorporerats, men motståndet mot judiciell kontroll är fortfarande betydande.

Resultatet är att vår författning i sin formella avsaknad av uttalad maktindelning blivit ett unikum. De f d folkdemokratierna har numera undantagslöst anammat den liberala rättsstatsmodell som Väst tillhandahållit. Ingen konstitution vilar nu på enbart "folkmakt", utan Montesquieus idéer präglar de befriade staternas författningar, så som också en gång Västtyskland efter bl a amerikansk förebild byggde sitt system av check-and-balances, d v s kontrolle-

KRISTER THELIN är hovrättsråd och f d statssekreterare i Justitiedepartementet.

rande och balanserande motkrafter.

Vår tid har sina paralleller med 1917. En ny vind blåser över ett förändrat Europa. Kommunismen har fallit och därmed en del av den värdepåssiga och ideologiska klangboten som också är den svenska socialdemokratin; en socialdemokrati som nu står som en konservativ motkraft, när idéer om liberal marknadsekonomi och rättsstat står som internationell framtidsmodell. Värdet av starka rättsliga institutioner, avtalsfrihet och egendomsskydd för en väl fungerande marknadsekonomi har belysts av Nobelpristagare och vunnit allmän acceptans bland ekonomer. I sitt stöd för bl a de baltiska staternas uppbyggnad av demokrati och marknadsekonomi markerar Sverige också värdet av rättsstatens olika delar. Denna verklighet belyser desto starkare den inhemska konstitutionens formella brist.

Nya områden för juridiken

Nu är det inte, som 1917, fråga om parlamentarismens genombrott, utan juridiken som bryter fram på områden där politiken sett sig som primus. Sedan 1995 har vi också i vår regeringsform ändringar som förebådar detta genombrott: Europakonventionen är en del av svensk rätt, liksom EG-rätten. En justering av regeringsformens bestämmelse om egendomsskydd (2 kap. 18 §) har kommit i fokus för den juridiska debatten. Tidsandan för med sig ett ökat rättspolitiskt och rättskulturellt intresse hos jurister, statsvetare och

andra.

Juridik är oftast frusen politik. Lagar är formaliserad politisk vilja, men kan inte utformas hur som helst. Rättsstaten sätter gränser. Där politiken slutar och majoriteten sagt sitt tar juridiken vid. Det innebär, å andra sidan, att juridiken får politiska konsekvenser. Ett återkommande argument mot maktindelning eller rättslig kontroll i mera formell mening är att det skulle riskera att "politisera" domstolarna. En konstitutionell kontrollfunktion är, menar kritikerna, "politisk" eller i värsta fall "odemokratisk".

Juridik och politik kan i svensk idétradition liknas vid olja och vatten. Föreställningen om att de inte kan eller bör blandas har varit en del av den svenska modellen. Debatten om lagrådets roll, lagprövning och författningsdomstol under efterkrigstiden bär syn för sägen. Juristerna har med få undantag hukat. Man har länge vetat vem som har haft makten. Socialdemokratisk misstro mot vad man betraktat som en grupp med borgerliga förtecken och karriärvägarnas utformning har bidragit till en låg profil. De politiska kraftfälten är mindre förutsägbara nu, och en viss ryggtutning bland dem som kallats "krumryggade korridorkaroliner" kan märkas; sedan 1976 har landet styrts av borgerliga regeringar i nio år och av socialdemokratiska i tolv.

EU är ett politiskt projekt men också rättsligt. EG-domstolen i Luxemburg är högsta uttolkare av Romfördraget och Maastrichts första pela-

re. Europakonventionen är ett resultat av ett politiskt beredningsarbete, men den tolkas av domstolar, ytterst av Europadomstolen i Strasbourg. EG-domstolen har i sin praxis tillämpat Europakonventionens principer om mänskliga rättigheter och grundläggande friheter och referens till dem finns i Maastrichtfördraget. Det var säkerligen denna insikt som fick de svenska socialdemokraterna att, trots mångårigt motstånd, acceptera att Europakonventionen gjordes direkt åberopbar och tillämplig i Sverige: Acceperade man EU-medlemskapet, fick man i praktiken inte bara EG-rätten utan också Europakonventionen på köpet. Offret var redan lämnat på EG-ansökans altare sommaren 1991.

Vin och vatten

I länder med en annan konstitutionell tradition än vår är juridik och politik inte olja och vatten, utan snarare vin och vatten. De kan blandas. Politik är inte heller lika med partipolitik. I borgerliga regeringar efter 1976 har längtan efter den "apolitiska" tid, då juristkonsulter och en och annan ämbetsmannaregering, som exempelvis 1917, var höjda över eller stod vid sidan av "politiken", lett till beteckningen "politiskt obunden" på justitieministrar och vissa andra statsråd. "Partipolitiskt obunden" hade varit en mera adekvat beteckning. Regeringsbeslut är politiska beslut, oavsett vilket statsråd som föredrar. I socialdemokratiska regeringar före 1976 ingick juristkonsulter närmast

som en rest av en gammal tradition som de borgerliga för sin del velat bevara längre; det konsultativa statsrådet Lidbom satte med sin värderingsmässiga klarhet känslorna i svallning. "Juridiken politiserades" hette det från borgerligt håll. Den borgerliga synen byggde på en alltför idealiserad bild av juridiken. Att man inte gillar en viss blandning av vin och vatten innebär inte att man måste byta till olja och vatten. Det gäller istället att kunna påverka blandningens innehåll. På lokalplanet har juridik och politik sedan länge fungerat tillsammans. Kommunernas och landstingens verksamhet står av ålder under laglighetsprövning i domstol. En och annan på vänsterkanten kan tycka att detta är ett ingrepp i demokratin, men judiciell kontroll är en ofrånkomlig följd av det grundläggande kravet att beslut – också i politiska församlingar – skall hålla sig inom lagliga gränser. (Lösningen på den tvärpolitiska kommunala kritiken mot rätt till prövning i förvaltningsdomstol av enskilda lagliga rättigheter, exempelvis socialhjälp, ligger inte i att ta bort prövningsmöjligheten utan att ta bort rätten. Lagfasta rättigheter lämpar sig bättre för judiciell än politisk prövning.)

Den svenska regeringsformens rättighetskatalog har närmast ansetts vara en anvisning till lagstiftaren att se till att vinet får rätt balans. Majoritetens beslut gäller. Endast i demokratins skymningslägen är det tänkt att domstolar med obrutet förtroende skall kunna provsmaka och se om

blandningen blivit rätt. Det ska uppenbarhetsrekvisitet i regeringsformen är det staket som skall se till att gränsen mellan politik och juridik upprätthålls. Till skillnad från de ska opinionsfriheterna, dvs tryckfrihet,

”
Det konsultativa statsrådet Lidbom satte med sin värderingsmässiga klarhet känslorna i svallning. "Juridiken politiserades" hette det från borgerligt håll. Den borgerliga synen byggde på en alltför idealiserad bild av juridiken.”

yttrandefrihet, demonstrationsfrihet m fl., som har en bred politisk acceptans, är rättigheter som ligger i skärningspunkten i kampen mellan arbete och kapital mera omstridda: näringsfrihet och egendomsskydd är trötoämnen mellan höger och vänster. En annan skiljelinje går mellan indelningen i negativa rättigheter, dvs rätt till frihet från ingrepp från det allmänna, som är den klassiska liberala (blå) uppfattningen, medan positiva rättigheter, dvs rätt till förmåner som exempelvis bostad, arbete eller utbildning är en socialistisk (röd) variant. Den klassiska striden mellan frihet och jämlikhet i rättighetskatalogens form, alltså. (Runt hörnet anar vi "naturens" rätt till ekologiskt

skydd också i konstitutionen. "Gröna" rättigheter diskuteras på sina håll utomlands.)

Endast de blå rättigheterna lämpar sig för en judiciell kontroll. De röda rättigheterna förutsätter att instrument och medelsanslag konkretiseras för att de skall få ett rättsligt meningsfullt liv. Men huruvida äganderätten blivit kränkt går att pröva utan ytterligare antaganden eller beslut.

Endast få rättigheter är absoluta, i den meningen att de inte till någon del kan inskränkas genom lagstiftning: förbud mot dödsstraff eller mot tortyr som straffprocessuellt intrument.

Allmänintresset minskad betydelse

En judiciell prövning av en rättighetskränkning måste kunna väga in det uppgivna allmänna intresse som i en viss lagstiftning påstås kunna ta över det enskilda intresse som grundlagen vill skydda. Här har Europakonventionens direkta tillämpning inneburit en nyhet i svensk rättslig tradition. Tidigare har påståenden om att en lag stått i konflikt med grundlag kunnat tillbakavisas med dels att konflikten inte varit "uppenbar", dels frånvaron av en reell materiell prövning av proportionalitet mellan uppgivet allmänintresse och enskilt intresse. En sådan prövning har setts som alltför "politisk": Har riksdagen eller regeringen ansett att något är ett allmänintresse kan detta inte i frågasättas, har varit grundtesen.

Enligt Europakonvention krävs det

just proportionalitet mellan allmänintresse och enskilt intresse för att ett intrång skall vara tillåtet. Regeringsrätten har också tagit fasta på detta och i bl a ett avgörande nyligen underkänt regeringens bedömning när det gällt markägares rätt i förhållande till strandskyddet. Den enskildes intresse tog – efter en proportionalitetsbedömning – enligt domstolen över det av regeringen återopade allmänintresset i form av strandskydd.

Thamska socialiseringen

Som kontrast och exempel på kvardröjande ovilja att ge sig in i en "politisk" bedömning kan, å andra sidan, nämnas lagrådets inställning till det Thamska förslaget om en socialisering av de stiftelser som den borgerliga regeringen bildade av löntagarfonderna. I den granskning som lagrådet gjorde, mot bakgrund av bl a regeringsformens och Europakonventionens bestämmelser om egendomsskydd, prövades inte det uppgivna allmänintresset mot intrånget i de privata stiftelsernas förfogande över sin egendom. I lagförslaget, som sedermera fick majoritetens stöd, återopades enbart en önskan om "demokratisk kontroll" som uppgivet allmänintresse. Detta är inte tillräckligt. Allmänintresset måste, för att proportionalitetsprincipen skall bli meningsfull, ha en konkretion som gör det möjligt att väga det mot intrånget i egendomsskyddet. Accepteras enbart en hänvisning till "demokratisk kontroll" som ett överordnat intresse har man inte bara perverterat demo-

kratibegreppet utan också banat väg för framtida socialiseringar. En lag som med denna motivering ger det allmänna kontroll och inflytande över alla privata stiftelser, inklusive exempelvis Wallenbergim-periets fundament eller Nobelstiftelsen, skulle då också kunna godtas. (Möjligen kan lagrådets försummelse bli ett argument i en framtida judiciell prövning av den Thamska stiftelseinnovationen.) Den socialistiska synen på ägande och egendomsöverföring, som antingen en evig latent statlig rättighet ("det som är kvar efter skatt är en gåva från staten till den enskilde" eller "en gång statligt alltid statligt") eller något som är underkastat enbart majoritetsbeslut, går inte att förena med en liberal statsstatuppfattning. Det är domstolarnas sak att se till att gränserna inte överträds. Den enskilde skall inte enbart behöva vara hänvisad till politisk välvilja; staten ("samhället") är som bekant inte alltid så god och även de friheter och rättigheter som vänstern gillar kan behöva ett effektivt rättsligt skydd.

Den rättskulturella förändring som Sverige nu genomgår är uppmärksam och också utanför juristkretsar. I statsvetenskapliga sammanhang talar man, också internationellt, om politikens "judikalisering". I sina två hitillsvarande rapporter 1995 och 1996 har SNS demokratiråd också lyft fram statsstatselementet och pekat på den svaga juristrollen i vårt land som en brist. "Den demokratiska statsstaten" får i rådets vokabulär bli den önskvärda modellen. I sin förklaring

till det svaga statsstatselementet hos oss anger rådet bl a den socialdemokratiska misstron mot jurister: "Det är inte vårt folk...". Det må vara, även om den opportunistiske karriäristsens användbarhet, som bekant, inte skall underskattas. En delförklaring, som rådet inte tar upp, är också statsvetenskapens mångåriga fixering vid en bestämd demokratimodell, där det gränslösa folkstyret aldrig ifrågasatts, utan demokratins utveckling legat i stegringen från "politisk" (allmän och lika rösträtt) över "social" (jämlighet) till "ekonomisk" (kontroll av ägande och egendom) demokrati. Det senare steget brast med löntagarfondernas och folkdemokratiernas fall. Medan juristerna hukade i snålblåsten, stod dock statsvetarna och skötte vindmaskinen. Nu kan de mötas i en ny tid.

Exempel på vad en ny förskjutning i relationen juridik-politik innebär saknas inte:

- Arbetsdomstolen har underkänt en facklig-politisk pensionsöverenskommelse på civilrättslig grund och prövar f n ett nytt liknande mål.
- Regeringsrätten punkterade den politiskt samfällt uppblåsta Dennisballongen.
- EG-domstolen är i färd med att göra detsamma med den svenska alkohopolitiken.
- Strasbourgdomstolen har i det sk Gustafssonmålet introducerat negativ föreningsfrihet också på svensk kollektiv arbetsmarknad.
- Vellinge m fl kommuner har stämt staten och påstår att den s k

Robin Hood-skatten kränker det kommunala självstyret.

- Avvecklingen av Barsebäck, om den alls blir av, kommer att ske mot en fond av juridik, där egendoms-skyddet för Sydkraft, liksom EG-rät-tens konkurrensneutralitetsbestäm-melser, intar en central plats.

- Apoteksbolagets monopol, lik-som etableringshinder för läkare, kan rättsligt prövas mot bakgrund av EG-rätten.

- Klarar den nuvarande statliga kontrollen av marksänd TV en pröv-ning mot art 10 i Europakonvention-
en?

För jurister och politiker innebär övergången från det svårblandade ol-ja och vatten till en ny blandning en mental omställning.

Juristerna, som redan börjat frigöra sig från det famntag, som den svenska rättspositivismen (eller Hägerström-Lundstedt-Undén- eller Uppsala-skolan, skandinaviska rättsrealismen m fl rättsfilosofiska beteckningar) ut-gör, utan att dock ha hittat någon ny filosofisk ledstjärna, måste acceptera en mera rättskapande, principstyrd och förarbetsfattig rättslig tillvaro, där besluten kan få omfattande politiska konsekvenser. Takten kommer inte att bli hög. Ett test på viljan till för-nyelse blir när Högsta domstolen så småningom skall avgöra om ordaly-delsen i den nya egendomsskyddsbe-stämmelsen (2 kap 18 § RF), som fr o

m den 1 januari 1995 ger den enskil-de en vidgad rätt, skall ta över ett för-arbetsuttalande, som påstår att ingen ändring varit avsedd. I den juridiska litteraturen är diskussionen redan igång på denna punkt. Traditiona-listerna, bl a en del nuvarande och ti-digare justitieråd, hyllar förarbetena, medan en del yngre radikaler står på ordalydelsens och den enskildes grund. Allmänt förefaller Regerings-rätten mera villig till en dynamisk och individvänlig tolkning, medan Högsta domstolen mera ängsligt sne-glar på den modell, där "politiken" hålls på armslängds avstånd och "samhällsintresset" i tveksamma fall tar över. (Att denna hållning är lika "politisk" som en mindre passiv in-ställning till frågan om juridik-poli-tik tycks inte föresväva traditionalis-terna; vanan och reflexerna sitter djupt).

Maktdelning bäst i teorin

Politiker måste, å andra sidan, finna sig i att besluten ges en efterföljande självständig rättslig tolkning och prövning. För borgerliga politiker kan detta måhända vara lättare att svälja, än för en vänster som poli-tiskt majoritetstyre som enda grund-norm. Säkert är det inte. Reaktio-nerna på Regeringsrättens avgörande om Dennispaketet och på generalad-vokatens förslag till dom i det s k Franzénmålet från bl a moderat håll

tyder på att rättsstatsidealet med maktdelning gör sig bäst i teorin. Judiciell kontroll, liksom lagråds-granskning, är bra när man är i oppo-sition men inte när man själv blir un-derkänd, tycks vara parollen för en del. Insikten om en vidgad roll för juridiken också i praktiken kan dock bidra till att synen på rättsväsendet nyanseras, och att domstolar och för-valtningsmyndigheter inte som nu av en del klumpas ihop till olika instru-ment för kriminalpolitik.

Tiden är snart här då spänningarna mellan den praktiskt utövade makt-delningen och regeringsformens for-mella bekännelse till en monolitisk ordning blir för stora. Det är därför lika bra att låta kartan följa verklighe-ten och initiera en mera grundläg-gande författningsrevision. (I den kan också en del andra angelägna frågor få plats, som exempelvis en mins-ning av antalet riksdagsledamöter, en andra kammare och direktval av tal-man, liksom IT-samhällets conse-kvenser för direkt och indirekt de-mokrati.) Från vänster reses nu krav på en demokratiutredning, låt vara med andra förtecken än maktdelning. I kravet på en ny konstitution för en ny tid bör höger och vänster kunna mötas. Det får dock inte gå lika länge som när insikterna 1917 utlöste en ny regeringsform först ett halvt sekel se-nare.