

Mikael Ruotsi*

Kan grundlagsändringar vara grundlagsstridiga?¹

Prolog

Den 4 maj 1912 bestämde sig riksdagens talman i andra kammaren för att använda sig av sin grundlagsstadgade möjlighet att vägra ställa proposition. Han ansåg att den väckta frågan stred mot ”grundlags lydelse” (61 § 1809 års RF). Den fråga som hade väckts var om en motion skulle remitteras till utskott för beredning.

Motionen ifråga hade lämnats av bl.a. Uppsalajuristen Carl Lindhagen, som under den aktuella mandatperioden företrädde Socialdemo-

* Arbetet med detta bidrag har bedrivits inom ramen för forskningsprojektet ”Grundlagen som ett värn för demokrati och rättsstatliga principer – regler om ändring av grundlag och möjligheter till rättslig kontroll”. Projektet finansieras av Stiftelsen för rättsvetenskaplig forskning. Tack till Annika Waller som kommit med värdefulla synpunkter.

¹ Så här svarade Chat GPT på frågan: ”Ja, det är möjligt att svenska grundlagsändringar kan vara grundlagsstridiga. En grundlagsändring är till sin natur en förändring av den grundläggande konstitutionella strukturen och principerna i en nation. I Sverige regleras grundlagsändringar i regeringsformen (RF). En grundlagsändring kan vara grundlagsstridig om den strider mot någon av de grundläggande principer eller rättigheter som skyddas av grundlagen. Till exempel kan en grundlagsändring som inskränker de mänskliga rättigheterna eller de grundläggande friheterna vara grundlagsstridig. För att bedöma om en grundlagsändring är grundlagsstridig kan det vara nödvändigt att pröva den mot andra bestämmelser i grundlagen eller mot grundläggande konstitutionella principer. I sådana fall kan det bli aktuellt att låta domstolar bedöma om grundlagsändringen är förenlig med grundlagens intentioner och skyddade rättigheter. Det är viktigt att notera att bedömningen av om en grundlagsändring är grundlagsstridig ligger inom juridikens domän och kan vara föremål för debatt och tolkning. I Sverige har Högsta domstolen och Regeringsrätten (numera Förvaltningsrätten) haft rollen att pröva frågor om grundlagens tolkning och tillämpning.” Som framgår nedan, håller jag inte riktigt med om denna beskrivning.

kraterna.² I motionen begärdes att riksdagen skulle ställa sig bakom att Sverige borde införa ett republikanskt statsskick och att grundlagarna borde ändras för att kunna förverkliga detta.

Talmannen menade att motionen stred mot grundlagen eftersom motionens innehåll var oförenligt med den svenska författningens grundläggande objektiva principer. Till stöd för den slutsatsen hänvisade talmannen till 1 § 1809 års RF där det framgick att Sverige ska styras av en kung och vara ett arvrike. Detta förhållande avsågs enligt talmannen vara oföränderligt eftersom det i 94 § 1809 års RF framgick att riksdagen skulle välja ett nytt kungahus om det nuvarande "utslocknade". Talmannen menade därför att frågan om avskaffandet av den ärftliga regeringsmakten – liksom för övrigt frågan om riksdagsmaktens eget avskaffande – var undandraget riksdagens behandling i vanlig ordning.

Riksdagens andra kammare lät sig inte övertygas av talmannens argumentation, utan hänsköt frågan till prövning i konstitutionsutskottet. Ett splittrat utskott behandlade frågan i konstitutionsutskottets memorial nr 29.

En knapp majoritet av utskottets ledamöter anförde att det av reglerna om ändring och upphävande av grundlag (81 § 1809 års RF) framgick att samtliga grundlagar kunde ändras eller till och med upphävas. Något undantag i detta avseende för särskilda delar av regeringsformen, eller de andra grundlagarna, fanns det inte. Det saknades därför stöd i grundlagen att utestänga förslaget från sedvanlig behandling med hänvisning till att det avsåg en grundlagsändring som stred mot författningens grundläggande objektiva principer. Utskottets slutsats var alltså att proposition om att remittera motionen till utskottsbehandling inte kunde vägras.

Av reservationerna mot utskottets beslut framgår att oenigheten inom utskottet var betydande. En ledamot anförde att motionen innebar en revolutionär akt riktad mot det svenska statsskicket, som talmannen uppenbarligen inte hade rätt att medverka till. En annan ledamot hänvisade till grundlagsstiftarnas (KU:s memorial av den 2 juni 1809) uttalanden om att reglerna om grundlagsändring syftade till att öppna möjlighet att förbättra grundlagen – inte att omstörta densamma.

² Lindhagen hade tidigare företrätt Folkpartiet och Liberala samlingspartiet. Senare skulle han byta parti till Sveriges Socialdemokratiska Vänsterparti, för att än senare byta tillbaka till Socialdemokraterna.

Inledning

Introduktion till ämnet

Ur ett samtida perspektiv framstår möjligen talmannens och reservanternas argumentation som svår att ansluta sig till. Det kan tilläggas att riksdagen numera behandlar motsvarande motionsyrkanden i princip varje riksmöte, utan att talmannen kommit på tanken att sådana motioner skulle strida mot grundlagen (jfr 11 kap. 7 § andra stycket RO som alltså förpliktar talmannen att inte ställa proposition på ett förslag som strider mot grundlag eller RO).³

Samtidigt påminner talmannens och reservanternas argumentation inte så lite om resonemang som idag förs i de högsta domstolarna i en rad länder världen över.

Den moderna utvecklingen av en doktrin om grundlagsstridiga grundlagsändringar tog fart i Indien på 1970-talet. Indiens högsta domstol slog i Kesavananda-målet fast att den indiska konstitutionen har en (implicit) grundläggande struktur som inte kan bli föremål för grundlagsändringar.⁴ I denna grundläggande struktur ingår principer som konstitutionens överhöghet, det republikanska och demokratiska styrelseskicket, sekularism, maktindelning och federalism. Doktrinen som har uppmärksamats av en rad författningsdomstolar i andra länder, inte minst i Asien, har fått namnet ”the basic structure doctrine”.⁵

I Colombia har författningsdomstolen utvecklat en praxis som innebär att domstolen kan underkänna inte bara formellt felaktigt beslutade grundlagsändringar – en kompetens som framgår uttryckligen av konstitutionen. Därutöver har domstolen förklarat att grundlagsändringar som är så omfattande eller ingripande att de utgör en konstitutionell substitution (”replacement”) är grundlagsstridiga, eftersom konstitutionens bestämmelser om grundlagsändring endast medger att konstitutionen ändras, inte att dess grundläggande drag ersätts med något nytt. Med stöd av denna doktrin underkände domstolen exempelvis president

³ Se t.ex. bet. 2017/18:KU36 s. 13 f., 2018/19:KU30 s. 10 f., 2020/21:KU24 s. 92 och 2021/22:KU30 s. 28.

⁴ Kesavananda v. State of Kerala (1973) 4 SCC 225. Se vidare Siliva Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism* (OUP 2021), s. 131 ff.

⁵ Suteu (2021), s. 138 ff.

Alvaro Uribes försök att ändra i konstitutionen så att han skulle kunna sitta en tredje presidentperiod.⁶

Slovakiens författningsdomstol slog 2019 fast att en grundlagsändring som innebar att det infördes en särskild prövningsprocess för nya och befintliga ordinarie domare stred mot den slovakiska konstitutionens implicita materiella kärna. Denna kärna består enligt domstolen av rättsstatliga principer som inte får åsidosättas genom ändringar i konstitutionen – innefattande domstolarnas oberoende, rättssäkerhet och förbud mot retroaktiv lagstiftning.⁷

Att det skulle finnas underförstådda, eller oskrivna, grundläggande principer i konstitutionen som det inte är tillåtet att rucka på genom ändringar i grundlagen har beskrivits som en internationell trend.⁸

Kanske var alltså talmannen och reservanterna i KU före sin tid? En fråga som tål att diskuteras är om deras tid nu har kommit, även i Sverige. Går det att tala om grundlagsstridiga grundlagsändringar i en svensk konstitutionell kontext? Vad skulle begreppet i så fall innebära? Det är frågor som behandlas i detta bidrag.

Det huvudsakliga syftet med den här artikeln är således att analysera det svenska normprövningsinstitutet, mot bakgrund av en internationell trend där domstolar i allt större utsträckning ser det som sin uppgift att utöva rättslig kontroll av grundlagsändringar. Den trenden går hand i hand med – och är med all sannolikhet en följd av – att den demokratiska rättsstaten utmanas i länder över hela världen.⁹ Teorier om en ”militant demokrati” har sedan länge varit ett kontroversiellt sätt att skydda demokratin mot maktövertaganden som sker med odemokratiska medel.¹⁰

⁶ Colombias författningsdomstol, C-141-2010. Se vidare Carlos Bernal, Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, 11 *International Journal of Constitutional Law* (2013), s. 339–357.

⁷ Slovakiens författningsdomstol, ÚS 21/2014 (en sammanfattning på engelska finns tillgänglig på www.codices.coe.int). Se vidare Tomáš Lalík, The Slovak Constitutional Court on Unconstitutional Constitutional Amendment (PL. ÚS 21/2014), 16 *European Constitutional Law Review* (2020), s. 328–343.

⁸ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea, 61 *American Journal of Comparative Law* (2013) s. 657.

⁹ Se t.ex. Mark A. Graber m.fl. (red.), *Constitutional Democracy in Crisis?* (OUP 2018) och David Runciman, *How Democracy Ends* (New York: Oxford University Press 2018).

¹⁰ Se t.ex. Bastiaan Rijpkema, *Militant Democracy* (London: Routledge 2018) samt Ant-houla Malkopoulou och Alexander Kirshner (red.), *Militant Democracy and Its Critics* (Edinburgh: Edinburgh University Press 2019).

Detta demokratiska självförsvar har ansetts kunna rättfärdiga t.ex. förbud mot politiska organisationer och inskränkningar i mötes- och demonstrationsfriheten. Den militanta demokratin har nu kompletterats med teorier om en ”militant konstitutionalism”, som syftar till att hindra demokratiskt valda makthavare från att nedmontera den demokratiska rättsstaten.¹¹ En del av ett sådant försvar anses bestå i möjligheten att förhindra grundlagsändringar som urholkar demokratiska och rättsstatliga principer.

Även om man inte ska överdriva möjligheterna att genom juridiska skyddsvallar motverka en anti-demokratisk eller autokratisk utveckling, finns det ändå anledning att reflektera över hur konstitutionella arrangemang kan fungera som bromsklossar till skydd för statsskickets grunder.

Distinktioner

En grundlag kan ändras på olika sätt.¹² Ändringar kan komma till stånd genom domstolspraxis och möjligen även genom konstitutionell praxis eller sedvänja (beroende på vad som läggs i dessa begrepp).¹³ På det sättet kan innebörden av grundlagen förändras, utan att det framgår av själva lagtexten. I den här artikeln ligger emellertid fokus på formellt beslutade grundlagsändringar, dvs. revideringar av själva grundlagstexten.

Den beslutsprocess som föreskrivs för att ändra de svenska grundlagarna framgår av bestämmelserna i 8 kap. 14–16 §§ och 18 § regeringsformen. Om en grundlag ändras på ett sätt som inte överensstämmer med dessa föreskrifter kan man tala om en *formell* grundlagsstridighet, dvs. grundlagsändringen har inte tillkommit i enlighet med den process som stadgas i grundlagen. Det går även att tala om *materiell* grundlagsstridighet, med vilket avses att en grundlagsändring som har beslutats på ett i och för sig korrekt sätt har ett innehåll som inte är förenligt med

¹¹ Se t.ex. András Sajó, ”Militant Constitutionalism”, i: Malkopoulou och Kirshner (red.), *Militant Democracy and Its Critics* samt Jerg Gutmann och Stefan Voigt, ”Militant constitutionalism: a promising concept to make constitutional backsliding less likely?”, *Public Choice* (2021).

¹² I den här artikeln används begreppen grundlag och konstitution synonymt. Ett annat sätt att se på saken är att grundlagen är nedtecknade regler, medan konstitutionen (eller författningen) är ett bredare begrepp som innefattar även oskrivna regler såsom rättspraxis och konstitutionell praxis eller sedvänja. Se t.ex. Fredrik Sterzel, *Författning i utveckling* (Uppsala: Iustus, 2009), s. 80.

¹³ Jfr Sterzel (2009), s. 80 f.

grundlagen. Det ligger nära till hands att dra slutsatsen att talmannen i andra kammaren ansåg att motionsyrkandet om att avskaffa monarkin utgjorde en sådan materiell grundlagsstridighet. I det förra fallet ligger alltså fokus på *hur* grundlagsändringen kommit till stånd och i det senare fallet *vad* grundlagsändringen innebär.

Vidare går det att skilja mellan sådana rättsliga begränsningar av möjligheten att ändra i grundlagen som är *uttryckliga* och sådana som är *underförstådda*. Ett välkänt exempel på en uttrycklig begränsning av möjligheterna att ändra i grundlagen är artikel 79.3 i den tyska grundlagen (Grundgesetz). Denna så kallade evighetsklausul förbjuder varje ändring som upphäver rikets indelning i delstater, delstaternas medverkan i lagstiftningen eller de principer som slås fast i artikel 1 (mänsklig värdighet) och artikel 20 (rättsstatlighet, federalism och demokrati).¹⁴ Den ovan nämnda "basic structure doctrine" som utvecklats av den indiska högsta domstolen är ett exempel på underförstådda, eller oskrivna, begränsningar av möjligheten att ändra i grundlagen.

Något om normprövning

Med normprövning avses oftast den prövning som sker när det kan ifrågasättas om en underordnad norm strider mot en överordnad norm.¹⁵ Själva grunden för institutet kan därmed sägas vara föreställningen om en normhierarki, där grundlagarna befinner sig högst upp i hierarkin.¹⁶ Enligt maximen *lex superior* ska den högre normen ha företräde framför den lägre. I svensk rätt kommer detta till uttryck i 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § RF. Ett annat sätt att beskriva detta förhållande tar sin utgångspunkt i legalitetsprincipen. Av 1 kap. 1 § tredje stycket RF framgår att den offentliga makten utövas under lagarna. Samtliga samhällsorgan, även riksdagen, är alltså underkastade rättsordningens regler.¹⁷ Vidare gäller att innehållet i en norm på en viss nivå förutsätter en ändring av

¹⁴ Se vidare t.ex. Donald Kommers, *German Constitutionalism: A Prolegomenon*, 20 *German Law Journal* (2019), s. 534–556.

¹⁵ I den här artikeln används ordet normprövning. I RF används ordet lagprövning. Även termen föreskriftsprövning förekommer. Någon skillnad i betydelse rör det sig inte om. Se t.ex. Erik Holmberg m.fl., *Grundlagarna* (1 januari 2019, version 3A, JUNO), kommentaren till 11:4 RF under rubriken Lagprövning.

¹⁶ Se bl.a. SOU 2008:125 s. 357 och Thomas Bull & Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar*, fjärde upplagan (Uppsala: Iustus, 2023), s. 271.

¹⁷ KU 1973:26 s. 59.

den aktuella normen, eller en annan norm på samma eller högre nivå, se 8 kap. 18 § RF (den s.k. formella lagkraftens princip). En lag som stiftats av riksdagen kan således inte ändras eller upphävas genom en av regeringen beslutad förordning. Av det sagda följer även att om riksdagen vill ändra i grundlag, så krävs det att den i regeringsformen föreskrivna beslutsprocessen iakttas.

Normprövning kan utföras på olika sätt.¹⁸ Man kan skilja mellan *politisk* och *juridisk* prövning. Konstitutionsutskottets prövning, som beskrevs i prologen, är ett exempel på det förra, medan den prövning som utförs av domstolar med stöd av 11 kap. 14 § RF är ett exempel på det senare. Prövningen kan ske i *förhand*, dvs. innan en lag har trätt i kraft, såsom när Lagrådet (visserligen utan bindande verkan) granskar lagförslag. Domstolarnas prövning enligt 11 kap. 14 § RF utgör å andra sidan en prövning i *efterhand*, dvs. när en lag har börjat gälla. Vidare är svenska domstolar hänvisade till *konkret* normprövning, med vilket avses att frågan om en lägre norms förenlighet med en högre norm måste ha uppkommit vid prövningen av ett specifikt fall.¹⁹ I länder med författningsdomstol är det vanligt att dessa domstolar kan göra även en *abstrakt* prövning, vilket innebär att målet handlar enbart om i fall en viss regel är förenlig med konstitutionen. Den normkontroll som svenska domstolar utför med stöd av 11 kap. 14 § RF är alltså en konkret juridisk efterhandsprövning.

Disposition

Artikeln är strukturerad på följande sätt. I nästa avsnitt behandlas frågan om en svensk grundlagsändring kan vara uttryckligt materiellt grundlagsstridig, dvs. sätter grundlagarna några gränser för vad en grundlagsändring får innehålla? I det därpå följande avsnittet analyseras om svenska grundlagsändringar kan underkännas med hänvisning till att de överskrider underförstådda gränser som inte uttryckligen framgår av grundlagstexten. Därefter behandlas frågan om det går att på formell grund underkänna svenska grundlagsändringar.

Dessa tre avsnitt tar som sin utgångspunkt regeringsformens bestämmelse om normprövning i domstol, 11 kap. 14 § RF. Myndigheters skyl-

¹⁸ Se vidare t.ex. Bull & Sterzel (2023), s. 272 och Holmberg m.fl. (2019), kommentaren till 11:14 RF under rubriken Lagprövning.

¹⁹ Se prop. 1978/79:195 s. 42 och t.ex. HFD 2016 ref. 59.

dighet att använda sig av normprövning, enligt 12 kap. 10 RF, behandlas inte särskilt.²⁰

Härefter görs en kort utläggning med anledning av 2020 års grundlagskommittés förslag om att göra det svårare att ändra i grundlagarna, samt den debatt som denna fråga har gett upphov till.²¹ Avslutningsvis sammanfattas och utvärderas de möjligheter som finns enligt svensk rätt att utöva rättslig kontroll av grundlagsändringar.

Det kan betonas att det perspektiv som anläggs i den här artikeln främst är rättsdogmatiskt – med vissa komparativa utblickar. Jag kan därför med visst fog anklagas för att ducka för de riktigt svåra (rättspolitiska) frågorna; frågor som tar sikte på hur relationen mellan grundlagsstiftare och dömande makt bör regleras i grundlagen för att åstadkomma ett ändamålsenligt skydd för demokratin och rättsstaten, samtidigt som en rimlig balans mellan grundlagarnas rigiditet och flexibilitet upprätthålls.

Uttrycklig materiell grundlagsstridighet

Normprövning av grundlag mot grundlag?

Av 11 kap. 14 § första stycket första meningen RF framgår följande.

Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas.

Det råder inte någon tvekan om att den citerade delen av bestämmelsen om normprövning i regeringsformen tar sikte på just materiell grundlagsstridighet. I samband med 2010 års grundlagsreform anfördes exempelvis uttryckligen att syftet med att stryka det så kallade uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF var att fri- och rättigheterna i 2 kap. RF fullt ut skulle få genomslag i rättstillämpningen.²² Det framhålls alltså som angeläget att domstolar har en möjlighet att låta bli att tillämpa sådana lagar som innebär grundlagsstridiga begränsningar av regeringsformens fri- och rättighetsskydd.

²⁰ Även om 11:14 och 12:10 har identisk lydelse går det att argumentera för att tillämpningen inte nödvändigtvis bör vara identisk. Den frågan behandlas emellertid inte i denna artikel.

²¹ SOU 2023:12.

²² SOU 2008:125 del I s. 380 och prop. 2009/10:80 s. 147.

Ett exempel på att domstol har använt sig av 11 kap. 14 § RF för att komma till rätta med materiell grundlagsstridighet är avgörandet NJA 2015 s. 298 (Ubåtsjaktmålet). Ett beslag av ett minneskort till en kamera hade, med stöd av skyddslagens (2010:305) straffsanktionerade avbildningsförbud av skyddsobjekt, gjorts hos en tidningsfotograf. Frågan i målet var om beslaget stred mot tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens anskaffarfrihet. HD uttalade att ansvarsbestämmelsen i 30 § skyddslagen står i strid med anskaffarfriheten om avbildningarna av skyddsobjekt har skett i syfte att bilderna ska publiceras, och att en bedömning enligt 11 kap. 14 § RF leder till att ansvarsbestämmelsen i skyddslagen då inte får tillämpas. Därmed saknades även grund för beslag.²³

Så långt inga konstigheter. Om en lag har ett innehåll som inte är förenligt med grundlag får den grundlagsstridiga lagen inte tillämpas. Men vad gäller om en grundlagsändring ges ett innehåll som är oförenligt med grundlag? Är en sådan situation ens möjlig?

Innan de två nyss ställda frågorna behandlas ska något sägas om huruvida 11 kap. 14 § första stycket första meningen RF över huvud taget kan anses vara tillämplig på en sådan potentiell grundlagsstridighet.

Av 11 kap. 14 § RF framgår alltså att en "föreskrift" inte får tillämpas "om den står i strid med grundlag eller annan överordnad norm". En första fråga som infinner sig är vad som avses med begreppet föreskrift. Viss ledning står att finna i 8 kap. 1 § första stycket RF där det stadgas att föreskrifter meddelas av riksdagen genom lag och av regeringen genom förordning. Efter bemyndigande kan föreskrifter även meddelas av myndigheter och kommuner. Någon definition av begreppet föreskrift finns inte i regeringsformen. I princip verkar två alternativ stå till buds. Antingen är föreskrift den allmänna benämning som i regeringsformen används för rättsregler, vilket skulle innebära att även grundlag innefattas i begreppet. Eller så avses med föreskrift endast det som uttryckligen räknas upp i 8 kap. 1 § RF, det vill säga lagar, förordningar och föreskrifter meddelade av myndigheter och kommuner. Bestämmelsen tillkom vid 2010 års grundlagsreform och hade ingen motsvarighet dessförinnan. I förarbetena anges inte uttryckligen om begreppet föreskrift

²³ Avgörandet har sett som problematiskt och föranlett en ny delegationsbestämmelse i 1 kap. 12 § 7 TF. Bestämmelsen är avsedd att avvärja konflikten mellan TF/YGL och skyddslagen. Det är osäkert om bestämmelsen fyller sitt syfte, se Svea hovrätts beslut 2023-03-22, mål nr Ö 2240-23. Beslutet har överklagats till Högsta domstolen.

även innefattar grundlag.²⁴ Grundlagskommittén anförde emellertid att "[m]ed normgivningsmakten avses rätten att besluta om rättsregler [...]. I regeringsformen benämns sådana regler föreskrifter."²⁵ Vidare framhöll kommittén att riksdagens primärområde, det s.k. primära lagområdet, omfattar bl.a. grundlagarna.²⁶ Uttalandena talar för att även grundlagarna utgör föreskrifter i regeringsformens mening.²⁷

En andra fråga som infinner sig är emellertid om inte själva begreppet normprövning, som det används i 11 kap. 14 § första stycket första meningen RF, utesluter att bestämmelsen kan användas när det rör sig om föreskrifter på samma normhierarkiska nivå. Redan ordalydelsen synes tala i den riktningen ("i strid med grundlag eller *annan överordnad norm*"). I förarbetena till 2010 års grundlagsreform beskrivs också att normprövning bygger på synsättet att föreskrifter ingår i ett hierarkiskt system, där prövningen går ut på att pröva en föreskrift på lägre normhierarkisk nivå mot en föreskrift på högre nivå.²⁸ Om två bestämmelser på lagnivå är motstridiga, kan alltså inte normprövningsbestämmelsen i regeringsformen användas för avgöra vilken lagbestämmelse som ska tillämpas och vilken som ska ge vika. Samma utgångspunkt borde gälla ifall det rör sig om motstridiga bestämmelser på grundlagsnivå.

Även om mycket talar för att grundlagar innefattas i regeringsformens föreskriftsbegrepp verkar det därför som att bestämmelsen om normprövning i 11 kap. 14 § första stycket första meningen RF inte kan tillämpas för det fall en grundlagsändring skulle kunna anses stå i konflikt med andra grundlagsbestämmelser.

Som utvecklas i det följande leder det anförda emellertid inte oundvikligen till slutsatsen att grundlagsändringar inte kan vara materiellt sett grundlagsstridiga, och inte heller till slutsatsen en domstol skulle vara förhindrad att underlåta att tillämpa en sådan grundlagsändring.

²⁴ Se prop. 2008/09:80 s. 217 och 270.

²⁵ SOU 2008:125 s. 545.

²⁶ A. bet. a. s.

²⁷ Jfr Holmberg m.fl. (2019), kommentaren till 8 kap. RF under rubriken Föreskrifter.

²⁸ Prop. 2008/09:80 s. 141.

Evighetsklausuler

Ett förhållandevis stort antal konstitutioner i EU innehåller bestämmelser som anger att vissa grundlagsbestämmelser, principer eller grundläggande institutionella arrangemang inte får ändras, så kallade evighetsklausuler.²⁹ Även globalt är evighetsklausuler tämligen vanligt förekommande.³⁰ Det republikanska statsskicket är ett exempel på en sådan princip som ofta skyddas genom evighetsklausuler – vilket visar att det svenska exemplet från prologen, som snarast avsåg skydd för monarkin från republikanism, speglar dagens syn på frågan men utifrån en annan värdegrund.³¹ Det kan tilläggas att det finns ett antal stater med evighetsklausuler som skyddar monarkins ställning, men att det kanske inte främst handlar om demokratiska föregångsländer.³² Det är även förhållandevis vanligt att evighetsklausuler skyddar fri- och rättigheter samt demokratiska och rättsstatliga principer.³³

Evighetsklausulerna kan sägas ge uttryck för en inre konstitutionell hierarki, där evighetsklausulerna är hierarkiskt överordnade ”vanliga” grundlagsbestämmelser.³⁴ I konstitutioner som innehåller evighetsklausuler går det därför att argumentera för att maximen *lex superior* inte endast innebär att grundlag går före lag, utan även att vissa grundlagsbestämmelser går före andra grundlagsbestämmelser. I princip leder ett sådant resonemang till att om en grundlagsbestämmelse som skyddas av en evighetsklausul ändras, kan man tala om en grundlagsstridig grundlagsändring.

Därmed inte sagt att alla evighetsklausuler verkar kunna upprätthållas genom rättslig kontroll. Ett känt exempel är den franska grundlagens artikel 89 som stadgar att det republikanska styrelseskicket inte ska vara föremål för någon ändring.³⁵ Trots detta har den franska Conseil Con-

²⁹ Se SOU 2023:12 s. 180 och Anna Khakee, Konstitutionella regler gällande grundlagsändringar: en översiktlig kartläggning med fokus på EU:s samtliga medlemsländer samt Island, Norge och Schweiz (rapport till 2020 års grundlagskommitté), s. 8.

³⁰ Se Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (OUP 2017), s. 20 f.

³¹ Enligt Roznai finns mer än hundra konstitutioner med evighetsklausuler till skydd för det republikanska styrelseskicket. Se Roznai (2017), s. 23.

³² Det rör sig bl.a. om länder som Bahrain, Kambodja, Thailand och Marocko. Se Suteu (2021), s. 23 f.

³³ SOU 2023:12 s. 180.

³⁴ Venedigkommissionen, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (CDL-AD(2013)012), p. 105.

³⁵ Informationen hämtad från constituteproject.org (2023-04-20).

stitutionnel konsekvent vägrat att utöva rättslig kontroll av grundlagsändringar.³⁶ Ett argument som anförts till stöd för denna hållning är att grundlagsstiftaren är suverän och att grundlagsändringar därför inte kan underkännas av andra organ, som själva tillskapats av konstitutionen.³⁷

Ett annat exempel på en evighetsklausul som inte verkar vara föremål för rättslig kontroll är den norska grundlagens § 121 som bl.a. innehåller följande skrivning om grundlagsändringar.

”Dog må en slik forandring aldri motsi denne Grunnlovs prinsipper, men bare angå slike modifikasjoner i enkelte bestemmelser som ikke forandrer denne konstitusjons ånd [...]”

Grundlagsändringar får alltså inte strida mot principerna i grundlagen, utan endast gälla ändringar av enskilda bestämmelser som inte ändrar grundlagens anda. Man skulle kunna tänka sig att med en så oprecis regel öppnas dörren för domstolarna att fylla den med innehåll. Men i Norge verkar effekten i stället ha varit att domstolarna tagit ett steg tillbaka och överlämnat åt lagstiftaren ta ansvar för grundlagen. Norges högsta domstol har sålunda aldrig prövat förhållandet mellan en grundlagsändring och § 121 i grundlagen.³⁸ Vidare verkar den förhärskande uppfattningen i norsk rätt vara att domstolarna inte heller bör pröva frågor om materiell grundlagsstridighet, utan endast formell sådan.³⁹

Det finns dock exempel där domstolar har underkänt grundlagsändringar till följd av att dessa strider mot grundlagens evighetsklausuler.⁴⁰ Ett exempel är Turkiets högsta domstol, som i ett beslut 2008 upphävde ändringar i grundlagens bestämmelser om principen om jämlikhet och rätten till utbildning, vilka syftade till att göra det möjligt att upphäva slöjförbudet på landets universitet. Enligt domstolen stred grundlagsänd-

³⁶ Denis Baranger, *The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)*, *Israeli Law Review* 44 (2011), s. 391 ff.

³⁷ Se Venedigkommissionen, *Report on Constitutional Amendment* (CDL-AD(2010)001), p. 229 (med hänvisningar).

³⁸ Eivind Smith, *Old and Protected – On the Supra-Constitutional Clause in the Constitution of Norway*, 44 *Israel Law Review* (2011), s. 369.

³⁹ Smith (2011), s. 386.

⁴⁰ Exempel från Europa inkluderar Österrike, Bulgarien och Tjeckien, se Venedigkommissionen, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (CDL-AD(2013)012), p. 104 och 105 (med hänvisningar).

ringarna mot grundlagens artikel 4, som bland annat anger att Turkiets ställning som en sekulär stat (enligt artikel 2) inte får ändras.⁴¹

Men kan en grundlagsändring vara till innehållet grundlagsstridig även om grundlagen, som i Sverige, saknar evighetsklausuler?

Motstridiga grundlagsbestämmelser

Det turkiska exemplet ovan visar att det inte alltid är givet om en grundlagsändring strider mot en evighetsklausul eller inte. Grundlagen kan visserligen ange att en viss bestämmelse (eller princip) inte får ändras. Om den angivna bestämmelsen trots detta ändras, rör det sig i princip om en grundlagsstridig grundlagsändring. Men om det, som i det turkiska exemplet, införs en ny bestämmelse i grundlagen, som kan anses begränsa eller förändra innebörden av den bestämmelse (eller princip) som skyddas av evighetsklausulen, blir det en tolkningsfråga om grundlagsändringen strider mot evighetsklausulen eller inte. Det måste alltså avgöras om grundlagsändringen utgör en tillåten komplettering till eller precisering av det som skyddas av evighetsklausulen, eller om det finns en verklig motstridighet.

Liknande situationer kan tänkas uppkomma även i relation till grundlagar som saknar evighetsklausuler. Det går nämligen att föreställa sig scenarier där olika grundlagsbestämmelser är motstridiga. I sådana fall brukar det – när det gäller konflikter på lagnivå – framhållas att det måste avgöras om motstridigheten endast är skenbar eller om det finns en verklig konflikt mellan bestämmelserna.⁴² I princip bör sådana konflikter även kunna uppstå på grundlagsnivå.⁴³ Oavsett om man vill klassificera situationen som att den ena eller den andra bestämmelsen är grundlagsstridig, blir ändå resultatet att en av bestämmelserna måste ge vika i någon utsträckning.

Ett sätt att lösa denna typ av motstridighet mellan grundlagsbestämmelser kan vara att använda sig av principerna om *lex posterior* respektive

⁴¹ Se vidare Yaniv Roznai och Serkan Yolcu, *An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision*, 10 *International Journal of Constitutional Law* (2012), s. 175.

⁴² Jfr t.ex. resonemangen om potentiella konflikter mellan den inkorporerade Europakonventionen och en svensk lag (prop. 1993/94:117 s. 37 f.) respektive den inkorporerade barnkonventionen och en svensk lag (prop. 2017/18:186 s. 85 f.)

⁴³ Se Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, (CUP 2012), s. 87.

lex specialis, vilket är vad svenska förarbetsuttalanden anvisar i händelse av lagkonflikter.⁴⁴

Som ett möjligt exempel kan nämnas att religionsfriheten enligt 2 kap. 1 § första stycket 6 RF är absolut. Även om det absolut skyddade området är snävt avgränsat innefattar det friheten att hysa viss religiös övertygelse och att enskilt utöva religion.⁴⁵ Vidare får ingen av det allmänna tvingas att ge till känna sin religiösa åskådning eller tillhöra ett trossamfund, 2 kap. 2 § RF. Trots att detta skydd för religionsfriheten inte får inskränkas anges i 4 § successionsordningen att statschefen alltid ska vara ”av den rena evangeliska läran” och att ”prinsar och prinsessor av det kungl. huset [ska] uppfödats i samma lära”.⁴⁶

Här verkar det finnas en motstridighet mellan bestämmelserna i regeringsformen och successionsordningen. Ett sätt att se på saken är att bestämmelserna i successionsordningen utgör lex specialis i relation till reglerna i regeringsformen och att det till synes absoluta skyddet för religionsfriheten alltså får ge vika i detta fall. Ett annat synsätt skulle kunna vara att motstridigheten bör lösas genom att regeringsformens bestämmelser om religionsfrihet ges företräde, vilket skulle innebära att 4 § successionsordningen inte ska tillämpas.⁴⁷ Väljs det senare alternativet kan det vara adekvat att benämna bestämmelsen i successionsordningen som – i vart fall delvis – grundlagsstridig.

Den typ av grundlagsstridighet som det skulle kunna röra sig om i det nämnda exemplet går emellertid att undvika eller att åtgärda. Om grundlagsstiftaren tydligt anger att en viss bestämmelse i grundlagen ska ses som ett undantag från en annan grundlagsbestämmelse, går det knappast att tala om en verklig konflikt som föranleder att den ena bestämmelsen måste sättas åt sidan.

⁴⁴ Se t.ex. prop. 1993/94:117 s. 37 f. och prop. 2017/18:186 s. 85 f.

⁴⁵ Prop. 1974/75:209 s. 114 f.

⁴⁶ Jfr RF:s övergångsbestämmelser p. 14 som anger att 1974 års RF inte ändrar det som tidigare gällde enligt 2 § 1809 års RF, där det framgick att ”kungen” skulle vara av den rena evangeliska läran. Vad som gäller för andra statschefer än kungar – dvs. drottningar – framgick dock inte av 1809 års RF. Inte heller hade 1809 års RF något att säga om prinsar och prinsessors uppfostran. Se även prop. 1977/78:71 s. 12 f. och prop. 1997/98:49 s. 18 f. Se även t.ex. bet. 2003/04:KU9 s. 22–25.

⁴⁷ Ett sådant resonemang skulle kunna utgå ifrån att övergångsbestämmelsen i p. 14 RF uttömmande anger i vilka fall successionsordningen får företräde framför religionsfriheten, vilket enligt ordalydelsen endast medger ett krav på att kungen ska vara av den rena evangeliska läran. Drottningars trosbekännelse samt prinsars och prinsessors uppfostran skulle möjligen kunna anses falla utanför övergångsbestämmelsens räckvidd.

Ett kryphål eller en formell underlighet?

Det framhölls ovan att bestämmelsen i 11 kap. 14 § första stycket första meningen RF inte verkar kunna användas för att pröva om en grundlagsändring står i strid med grundlagen, eftersom själva grunden för normprövningsinstitutet är att en föreskrift av lägre valör prövas mot en hierarkiskt överordnad föreskrift.

Men. Något kontraintuitivt förhåller det sig på det viset att svensk grundlag ändras genom *lag*. Riksdagens beslut om att ändra i t.ex. regeringsformen sker genom lag om ändring i regeringsformen.⁴⁸ Det hade kanske framstått som rimligare om beslutet betecknats grundlag om ändring i regeringsformen. Det har dock ansetts att stadgandet i 1 kap. 3 § RF, där Sveriges grundlagar räknas upp, hindrar att ändringslagar ges grundlagsform.⁴⁹ Eftersom Sverige enligt regeringsformen endast har fyra grundlagar måste ändringar i grundlagen ske genom lag – om än lagar antagna enligt den särskilda beslutsform som anges i 8 kap. 14–16 §§ RF.

Detta förhållande kan givetvis ses mest som en formell underlighet, som inte rimligen bör påverka den initiala slutsatsen om normprövningsbestämmelsens tillämpningsområde. Jag vill ändå i någon mån problematisera frågan, genom att redogöra för ett yttrande från Venedigkommissionen⁵⁰ som utfärdats på begäran av Ukrainas författningsdomstol.⁵¹

Bakgrunden kan sammanfattas på följande sätt. Ukrainas författningsdomstol hade ställts inför frågan om domstolen kunde underkänna en grundlagsändring på grund av påstådda formella brister. Av Ukrainas konstitution framgår att författningsdomstolen ska utöva förhandskontroll av grundlagsändringar (artikel 159). Kontrollen syftar till att säkerställa att förslagen respekterar principer som skyddas av en evighetsklau-

⁴⁸ Se t.ex. prop. 2021/22:40, bet. 2021/22:KU13, bet. 2022/23:KU9, rskr. 2022/23:25.

⁴⁹ Se SOU 1963:17 s. 350.

⁵⁰ För en introduktion till Venedigkommissionen och dess arbete, se Iain Cameron, *The Role of the Venice Commission in Strengthening the Rule of Law*, i Antonina Bakardjieva, Engelbrekt Andreas Moberg och Joakim Nergelius (red.), *Rule of Law in the EU: 30 Years After the Fall of the Berlin Wall* (Hart Publishing, 2021), s. 149–182.

⁵¹ Venedigkommissionen, *Ukraine Amicus Curiae Brief: On the Limits of Subsequent (A Posteriori) Review of Constitutional Amendments by the Constitutional Court* (CDL-AD(2022)012). Det bör framhållas att förhållandena som återges nedan är specifika för Ukrainas rättssystem och att några generella slutsatser som är applicerbara för svenskt vidkommande knappast går att dra. De omständigheter som återges grundar sig vidare på det som framgår av Venedigkommissionens yttrande, vilket innebär att min förståelse av den rättsliga kontexten är begränsad till det som valts att lyftas fram där.

sul (artikel 157) och vissa formella krav (artikel 158).⁵² Vidare framgår att författningsdomstolen har rätt att avgöra om lagar står i överensstämmelse med konstitutionen (artikel 147.1) och att domstolen får ogiltigförklara lagar som strider mot konstitutionen eller som har tillkommit på ett formellt felaktigt sätt (artikel 152).

En ändring av Ukrainas konstitution beslutas genom lag om ändring av grundlagen – vilket alltså verkar påminna om den svenska ordningen. En fråga som författningsdomstolen ställdes inför, och där tidigare praxis verkar ha varit vacklande, var därför om en lag om ändring av grundlag utgör en sådan lag som författningsdomstolen kan pröva giltigheten av. Två huvudsakliga tolkningsalternativ verkar ha stått till buds.

Enligt den första tolkningen blir lagar om ändringar i grundlagen integrerade i konstitutionen när de träder i kraft, och ska från denna tidpunkt inte längre betraktas som lagar utan som grundlag. Enligt denna tolkning skulle författningsdomstolen sakna behörighet att ogiltigförklara lagar om grundlagsändring när dessa har trätt i kraft.

Enligt den andra tolkningen utesluter inte ordalydelsen i Ukrainas konstitution att författningsdomstolen utövar efterhandskontroll även av lagar om grundlagsändring som har trätt i kraft.

Venedigkommissionen, som framhöll att tolkningen av Ukrainas konstitution ankommer på författningsdomstolen och inte på kommissionen, anförde ändå att tre argument skulle kunna rättfärdiga en efterhandskontroll av lagar om grundlagsändring – i vart fall när sådana lagar inte har underställts författningsdomstolen för den i konstitutionen föreskrivna förhandsprövningen.

En sådan tolkning skulle stå i överensstämmelse med Venedigkommissionens uttalanden i dess rapport om grundlagsändringar, där kommissionen uttalar starkt stöd för system som möjliggör effektiv och demokratisk kontroll av att de formella procedurerna för grundlagsändringar följs och respekteras.

Tolkningen skulle överensstämma med det senaste avgörandet i frågan som författningsdomstolen själv meddelat. (Det fanns dock tidigare praxis där motsatt ståndpunkt intagits.)

⁵² Det kan nämnas att evighetsklausulen i artikel 157 bl.a. anger att konstitutionen inte får ändras om ”the amendments foresee the abolition or restriction of human and citizen’s rights and freedoms, or if they are oriented toward the liquidation of the independence or violation of the territorial indivisibility of Ukraine”.

Frånvaron av sanktioner i de fall då författningsdomstolens obligatoriska förhandskontroll av lagar om grundlagsändring hade åsidosatts, skulle medföra att motsatt tolkning gjorde förhandskontrollen verkingslös – vilket inte kan antas ha varit grundlagsstiftarens avsikt.

Ukrainas författningsdomstol avgjorde det mål som låg till grund för Venedigkommissionens yttrande i ett beslut den 1 november 2022.⁵³ Domstolen kom i beslutet fram till att den kan utöva efterhandskontroll av lagar om grundlagsändring, bl.a. med hänvisning till att frånvaron av sådan efterhandskontroll skulle kunna innebära att landets konstitution ändrades på ett sätt som strider mot artikel 157 i konstitutionen (evighetsklausulen). I det aktuella fallet menade emellertid domstolen att grundlagsändringarna inte stred mot konstitutionen.

Det ukrainska exemplet är intressant, inte minst eftersom det antyder att det svenska systemet – där grundlagsändring sker genom lag – skulle kunna ha praktiskt viktiga konsekvenser. Samtidigt finns det väsentliga skillnader mellan Ukrainas författning och de svenska grundlagarna. Det framstår som sannolikt att såväl förekomsten av obligatorisk förhandskontroll av grundlagsändringar samt författningens evighetsklausul har varit av betydelse för den ukrainska författningsdomstolens avgörande. Element som saknas i de svenska grundlagarna. Som framgår nedan, går det också att argumentera för att svenska domstolar kan åsidosätta grundlagsändringar på formell grund med tillämpning av 11 kap. 14 § första stycket andra meningen RF. Om den tolkningen accepteras behöver inte svenska domstolar grunda sin behörighet att pröva formella brister i grundlagsändringar på dessas ställning som ”ändring av lag” – vilket verkar ha varit den enda möjliga vägen för Ukrainas författningsdomstol.

Underförstådd materiell grundlagsstridighet

Konstituerande och konstituerad makt

Även om grundlagen inte uttryckligen anger några begränsningar för vad en grundlagsändring får innehålla finns det fall där domstolar har underkänt grundlagsändringar med hänvisning till att dessa strider mot grundlagens kärnvärden eller grundläggande principer. I inledningen till

⁵³ Ukrainas författningsdomstol, 1 november 2022, No. 2-r/2022. En sammanfattning på engelska av beslutet finns tillgänglig på författningsdomstolens webbplats: <https://ccu.gov.ua/en/docs/4567>.

den här artikeln nämns avgöranden från Indiens högsta domstol och Slovakiens författningsdomstol som exempel härpå.

Resonemang av detta slag väcker ett antal frågor. En praktiskt viktig fråga är hur en grundlags kärnvärden eller grundläggande principer ska identifieras. En annan fråga är hur det ska avgöras om en grundlagsändring är av sådan dignitet att den kan anses utplåna eller allvarligt undergräva dessa kärnvärden eller principer. En mer grundläggande frågeställning handlar om hur det teoretiskt kan rättfärdigas att det (eller de) organ som har rätt att ändra i grundlagen skulle vara beskuren rätten att genomföra vissa ändringar.

Roznai har presenterat den kanske mest övertygande teoretiska ramen för att sådana begränsningar bör erkännas, den så kallade delegationsteorin.⁵⁴ I korthet bygger delegationsteorin på att det görs en distinktion mellan folkets konstituerande makt att anta en grundlag och den konstituerade makt som genom grundlagen tillkommer olika institutioner (parlament, regering etc.) att anta lagar och andra föreskrifter. Rätten att göra ändringar i grundlagen är enligt detta synsätt en delegerad (sekundär) konstituerande makt. Tanken är alltså att folket har delegerat makten att ändra i grundlagen till exempelvis parlamentet, men däremot inte makten att anta en ny grundlag. Av det sagda följer att sådana grundlagsändringar som är så ingripande att man i praktiken kan tala om att en ny konstitution har skapats, är förbehållna folkets primära konstituerande makt.

Teorin är inte invändningsfri. Själva utgångspunkten för delegations-teorin verkar vara att det finns ett folk som står "utanför rätten" och som har obegränsad makt att anta en konstitution.⁵⁵ En konstitution som rimligen ska gälla inom ett visst territorium. Frågan är emellertid hur man ska avgöra vilka som tillhör "folket" och vilket territorium som avses? Och hur ska folket utöva sin konstituerande makt? Sådana frågor kräver för sitt svar ett rättsligt ramverk som pekar ut vilka som ska utöva den konstituerande makten, över vilket territorium och i vilka former.⁵⁶ Tesen att folket ska utöva den grundlagsskapande (konstituerande) mak-

⁵⁴ Yaniv Roznai (2017).

⁵⁵ Jfr Yaniv Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, 52 *Connecticut Law Review* (2021), s. 1381–1408.

⁵⁶ Jfr Ludvig Beckman, *All makt åt folket: om en bortglömd idé* (Stockholm: Fri tanke 2021), s. 129 ff.

ten ger därmed inget allmängiltigt svar på den grundläggande frågan om vad som ger konstitutionen dess giltighet.

Ett alternativt sätt att se på delegationsteorin är därför att den i vissa konstitutionella system tillhandahåller argument för att erkänna underförstådd materiell grundlagsstridighet, men att dessa argument inte är användbara i alla konstitutionella system. Teorin skulle i så fall vara kontextuellt betingad. Enligt detta synsätt ger delegationsteorin närmast uttryck för den välkända maximen *lex superior*. Distinktionen mellan primär och sekundär konstituerande makt blir då ett sätt att fastställa en hierarkisk rangordning mellan olika grundlagsbestämmelser. Denna hierarki skulle då rättfärdiga att grundlagsbestämmelser som har antagits av den primära konstituerande makten har företräde framför sådana grundlagsändringar som har antagits av den sekundära konstituerande makten.⁵⁷

Den svenska konstituerande och konstituerade makten

Utgångspunkten för att en rättsordning ska erkänna underförstådda materiella begränsningar av vilka grundlagsändringar som får införas kan, med utgångspunkt i delegationsteorin, sägas vara beroende av att det görs skillnad mellan den primära konstituerande makten att anta en grundlag och den sekundära konstituerande makten att ändra i grundlagen. I många länder ger konstitutionens systematik underlag för en sådan distinktion. Detta kan komma till uttryck genom att det i grundlagen anges olika processer för att anta en ny grundlag respektive att ändra i den befintliga grundlagen. Det kan till exempel krävas att det tillkallas ett särskilt grundlagskonvent för att utforma en ny grundlag och att den nya grundlagen antas enligt en särskild beslutsordning. För grundlagsändringar räcker det kanske med att parlamentet fattar beslut med kvalificerad majoritet eller/och att ändringen ska godkännas i en folkomröstning.

Ett land där distinktionen framstår som tydlig är Bulgarien.⁵⁸ Enligt Bulgariens konstitution ska en särskilt framröstad Grand National Assembly anta en ny konstitution.⁵⁹ Beslutet ska fattas med två tredjedels majo-

⁵⁷ Jfr Roznai (2017), s. 137 f.

⁵⁸ Informationen om Bulgariens konstitution är hämtad från SOU 2023:12 s. 158 f. och Khakee (Rapport till 2020 års grundlagskommitté).

⁵⁹ Även ändring av vissa särskilt angivna bestämmelser i konstitutionen ska beslutas enligt denna procedur.

ritet i tre omröstningar som hålls under tre olika dagar. Det är parlamentet som, med två tredjedels majoritet, beslutar om att allmänna val till en Grand National Assembly ska hållas. Beslut om ”vanliga” grundlagsändringar kan fattas på två olika sätt. Enligt det första alternativet krävs tre beslut i parlamentet med tre fjärdedels majoritet, under tre olika dagar. Det andra alternativet kan tillämpas om ett förslag stöds av mer än två tredjedelar av parlamentet utan att nå den kvalificerade majoriteten om tre fjärdedelar. Förslaget kan då på nytt presenteras i parlamentet efter minst två men högst fem månader och antas slutligt med två tredjedels majoritet.

De svenska reglerna om stiftande och ändring av grundlag framstår vid en jämförelse som förhållandevis okomplicerade. I princip krävs två riksdagsbeslut som fattas med enkel majoritet. Mellan besluten ska det hållas ett riksdagsval. Vidare finns en (aldrig använd) möjlighet för en tredjedel av riksdagens ledamöter att få till stånd en folkomröstning om ett vilande grundlagsförslag. Samma regler gäller alltså för ändring av grundlag som för stiftande av en helt ny grundlag. Av detta kan man sluta sig till att den svenska regeringsformen inte verkar göra någon skillnad mellan den primära konstituerande makten att anta en grundlag och den sekundära konstituerande makten att ändra i grundlagen. I princip initieras och bereds också grundlag på samma sätt som vanlig lag, det är endast beslutsprocessen som skiljer sig åt.⁶⁰

Eftersom riksdagen kan upphäva den befintliga regeringsformen och ersätta den med en ny enligt exakt samma procedur som den kan ändra i grundlagen, framstår det som svårt att hitta några bärande skäl för ståndpunkten att riksdagens möjlighet att ändra i grundlagen skulle vara begränsad av några underförstådda principer hänförliga till grundlagens kärnvärden. Kort sagt kan riksdagen, i egenskap av folkets främsta företrädare (1 kap. 3 § RF), ändra grundlagen på det sätt som den finner för gott. Ett annat sätt att uttrycka det nu sagda är att principen om *lex superior* i svensk rätt inte kan användas för att lösa en eventuell konflikt mellan olika grundlagsbestämmelser, eftersom såväl stadgande som ändring av grundlag beslutas av samma organ och enligt samma beslutsprocess. Det saknas därför underlag för att, med utgångspunkt i grundlagstexten, göra en hierarkisk skillnad mellan olika bestämmelser på grundlagsnivå.

⁶⁰ Vanligtvis bereds grundlagsändringar av parlamentariskt sammansatta kommittéer. Detta kan ses som konstitutionell praxis. Undantag från denna praxis förekommer dock. Se t.ex. SOU 2021:3 och SOU 2017:70. Se även Ekas bidrag i denna volym.

En sådan uppdelning kan naturligtvis ändå göras, med hänvisning till principer som anses bära upp grundlagen – vilket verkar ha varit fallet när högsta domstolen i Indien respektive författningsdomstolen i Slovakien underkänt grundlagsändringar. Sådana principer kan vara underförstådda men de skulle för svenskt vidkommande även kunna härledas ur regeringsformens första kapitel, som ju har rubriken ”Statsskickets grunder”.⁶¹ En sådan rättsutveckling ter sig dock ur ett svenskt perspektiv som närmast otänkbar.⁶²

Formellt grundlagsstridiga grundlagsändringar

Grundlagar som inte tillkommit på rätt sätt

Av 11 kap. 14 § första stycket andra meningen RF framgår följande.

[En föreskrift får inte tillämpas] om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Redan bestämmelsens ordalydelse ger en viss indikation på vilka typer av situationer som den är avsedd att träffa. De förarbeten där den s.k. lagprövningsrätten behandlas ger emellertid begränsat med ledning när det gäller hur en sådan rätt bör tillämpas.⁶³ Det har i alla fall av regeringen framhållits som ”självkänt att myndigheterna måste ha rätt att åsidosätta en föreskrift på den grund att denna över huvud taget inte härrör från något offentligt organ eller att dess tillkomst är förbunden med ett mycket grovt formfel.”⁶⁴ Det enda exempel som lämnas på ett sådant

⁶¹ Jfr RF 10:6 som sätter gränser för den beslutanderätt som riksdagen kan överlåta till EU. Bestämmelsen förbjuder överlåtelse som rör principerna för statsskicket samt innehåller ett fri- och rättighetsskydd. Till sitt innehåll påminner bestämmelsen om sådana evighetsklausuler som finns i många konstitutioner. Jfr även SOU 2023:12 s. 195.

⁶² Se även Tuomas Ojanen, *Constitutional Unamendability in the Nordic Countries*, 21 *European Journal of Law Reform* (2019), s. 385–402.

⁶³ Förarbetena till de lagstiftningsärenden som berör ändringar och införandet av 11:14 RF ger egentligen ingen ledning alls. Se prop. 2009/10:80 s. 145 ff. och 289 f. och prop. 1978/79:195 s. 39 ff. och s. 66. Resonemangen är något utförligare i 1973 års fri- och rättighetsutredning, SOU 1975:75, och den efterföljande prop. 1975/76:209, där utredningens förslag att lagprövningsrätten skulle grundlagsfästas inte vann gehör hos regeringen.

⁶⁴ Prop. 1975/76:209 s. 92.

grovt formfel är att en ”lag” som har utfärdats utan föregående riksdagsbeslut inte ska tillämpas.⁶⁵

Dessa uttalanden ger uttryck för den enda rimliga hållningen. Däremot är det inte givet att 11 kap. 14 § RF är tillämplig i dessa situationer.⁶⁶ Man kan fråga sig om det i de angivna fallen ens rör sig om en föreskrift i grundlagens mening.⁶⁷

Närmare till hands ligger det att tillämpa bestämmelsen i de fall då en föreskrift har beslutats av ett i och för sig behörigt organ, men med åsidosättande av gällande procedurregler.⁶⁸ Som framhölls vid regeringsformens tillkomst, är denna typ av normprövning ”en förutsättning för att regler om ett särskilt grundlagsstiftningsförfarande [...] skall ha någon mening”.⁶⁹ Om en domstol skulle vara skyldig att rätta sig efter en grundlagsändring som riksdagen antagit genom ett enda beslut, vore det knappast rättvisande att betrakta bestämmelserna i 8 kap. 14–16 §§ RF som bindande rättsregler.

Så långt verkar det enkelt. Jag har ovan argumenterat för att begreppet föreskrift i 11 kap. 14 § regeringsformen bör anses inbegripa grundlag. Om den tolkningen accepteras skulle alltså en domstol med stöd av bestämmelsen vara skyldig att underlåta att tillämpa en grundlagsbestämmelse om den tillkommit på ett sätt som påtagligt avviker från stadgad ordning. Å andra sidan är den insikten inte särskilt praktiskt betydelsefull om ribban är så hög att det i princip krävs att riksdagen struntar i att anta grundlag genom två beslut med mellanliggande val, för att 11 kap. 14 §

⁶⁵ Prop. 1975/76:209 s. 92.

⁶⁶ Vilket i och för sig inte heller påstås i propositionen, där regeringen ju endast gjorde allmänna överväganden kring en lagprövningsrätt.

⁶⁷ Exempelvis ska en av mig beslutad och utfärdad föreskrift givetvis inte tillämpas av svensk domstol. Men domstolen behöver knappast tillämpa 11:14 RF för att nå den slutsatsen.

⁶⁸ Prop. 1975/76:209 s. 92. Man kan även tänka sig att bristande kompetens utgör en avvikelse från stadgad ordning, t.ex. att regeringen med avvikelse från bestämmelserna i 8 kap. RF antar en förordning inom det område där föreskrift ska meddelas av riksdagen genom lag. En sådan förordning kan emellertid även till innehållet anses stå i strid med det aktuella grundlagsstadgandet i 8 kap. RF, varvid tillämpning kan underlåtas med stöd av 11:14 st. 1 p. 1 RF. Det sagda visar att någon skarp gräns mellan de två i RF 11:14 beskrivna situationerna inte går att upprätthålla. Se bl.a. NJA 2005 s. 33, Thomas Bull, Lagprövningens många ansikten, i *Fundamentala Fragment* (Uppsala: Iustus, 2013), s. 145 och Erik Holmberg m.fl. (2019), kommentaren till 11:14 RF under rubriken Lagprövning.

⁶⁹ Prop. 1973:90 s. 201.

första stycket andra meningen ska bli tillämplig. Det framstår som osannolikt att så skulle ske – även om den politiska utvecklingen i Sverige gick i den riktning som skett i bl.a. Ungern och Polen.

Men vad innebär egentligen ”stadgad ordning”? Och när har en avvikelse från stadgad ordning skett ”i något väsentligt hänseende”? Dessa frågor berörs i de följande avsnitten.

Avvikelse från ”stadgad ordning”

Vad som närmare avses med uttrycket stadgad ordning framgår varken av lagtext eller förarbeten. I en grundlagskommentar anges helt kort att ”förfarandefel kan vara av många olika slag”.⁷⁰ Av HD:s avgörande i NJA 2018 s. 743 (”Den korta remisstiden”) framgår att det krav på beredning av regeringsärenden, som följer av 7 kap. 2 § RF, utgör en central del av stadgad ordning för ett lagstiftningsärende.⁷¹ I mer generella ordalag uttalade HD följande:⁷²

”Lagprövningen är generellt utformad och tar enligt ordalydelsen sikte på allt som kan hänföras till ’stadgad ordning’ för lagstiftningsarbetet.

Klart är att den omfattar kompetensfördelningen mellan olika beslutande organ och de interna beslutsformerna. Som exempel kan anges att regeringen har reglerat en fråga som krävt beslut av riksdagen (jfr NJA 1996 s. 370) och att riksdagen har fattat beslut med enkel majoritet trots att ett kvalificerat förfarande skulle ha iakttagits. (Jfr Anders Eka m.fl., Regeringsformen – med kommentarer, 2 uppl. 2018, s. 579 och Erik Holmberg m.fl., Grundlagarna, 3 uppl. 2012, s. 546.)

Lagprövningen omfattar emellertid också andra fel vid förfarandet än sådana som består i att beslut inte har fattats i behörig ordning.”

Om vi bortser från kompetensfrågorna (riksdagen har alltid kompetens att utfärda grundlag), kan avvikelser från stadgad ordning enligt HD dels innefatta fel i de interna beslutsformerna, dels ”andra fel vid förfarandet” – varav avvikelser från beredningskravet i 7 kap. 2 § RF utgör ett exempel. Gränserna mellan dessa kategorier är inte helt vattentät, men det spelar kanske mindre roll. Det väsentliga torde vara att HD instämmer i

⁷⁰ Erik Holmberg m.fl. (2019), kommentaren till 11:14 RF under rubriken Lagprövning.

⁷¹ NJA 2018 s. 743 p. 35.

⁷² NJA 2018 s. 743 p. 33 och 34.

doktrinen syn på att begreppet stadgad ordning öppnar för att beakta en rad olika typer av fel.

Utan att ha för avsikt att räkna upp alla bestämmelser i regeringsformen som kan tänkas ligga till grund för en avvikelse från stadgad ordning, kan ändå – utöver själva beslutsproceduren och regeringens beredningskrav – nämnas kravet på utskottsberedning av riksdagsärenden som väckts genom proposition eller motion (4 kap. 5 § RF), rätten för varje riksdagsledamot och statsråd att yttra sig när ett ärende ska avgöras i kammaren (4 kap. 6 § första stycket RF) och kravet på att beslutade lagar ska utfärdas av regeringen och kungöras så snart som möjligt (8 kap. 19 § RF).⁷³

Avvikelse ”i något väsentligt hänseende”

I en grundlagskommentar anges att den omständigheten att ett riksdagsutskott sammanträtt under arbetsplenum i kammaren (i strid med 7.15.3 RO) inte rimligen kan betraktas som fel i ett väsentligt hänseende, men att det motsatta gäller om ett riksdagsbeslut fattats med enkel majoritet när ett kvalificerat förfarande skulle ha tillämpats.⁷⁴ Detta är lätt att hålla med om. Någon vidare ledning för tillämpningen, i annat än dessa helt uppenbara fall, ger dock inte uttalandet.

Högsta domstolen har – i det ovan nämnda avgörandet NJA 2018 s. 743 – berört frågan om vad som ska ses som en väsentlig avvikelse i relation till beredningskravet i 7 kap. 2 § RF.⁷⁵ Frågan i målet var om en remisstid om en månad – vilken dessutom inföll under sommaren – och en bristande motivering från regeringens sida om skälen för att avvika från den vanliga remisstiden om tre månader, utgjorde en sådan avvikelse i väsentligt hänseende som avses i 11 kap. 14 § första stycket andra meningen RF. Lagstiftningsärendet i fråga avsåg skärpningar av straffen för vapenbrott och brott mot lagen om brandfarliga och explosiva varor.

Högsta domstolen betonade inledningsvis förarbetsuttalanden där det anförts att användningen av lagprövning bör vara restriktiv när det gäller frågor som rör statsorganens arbetssätt och funktionsuppdelning.⁷⁶

⁷³ Angående kravet på kungörelse, se Thomas Bull, Tryckt i tid? Om kungörelse, ikraftträdande och rättssäkerhet, SvJT 1999 s. 954–967.

⁷⁴ Erik Holmberg m.fl., Grundlagarna, JUNO version 3a, kommentaren till 11:14 RF under rubriken Lagprövning.

⁷⁵ Jfr även MIG 2018:18 där liknande frågeställningar behandlas.

⁷⁶ NJA 2018 s. 743 p. 34 och prop. 2009/10:80 s. 147.

Härav drog HD slutsatsen att det, vid andra förfarandefel än behörighetsöverskridanden, krävs att ett formellt fel har fått vissa konsekvenser för att en föreskrift ska underkännas. Konsekvenserna, när det gäller beredning av lagstiftning, måste enligt HD ta sikte på i vad mån frågor av betydelse för rättssäkerheten har utretts och belysts. Vidare anför HD att "om återverkningarna för enskilda i något centralt hänseende framstår som *helt outredda eller överblickbara*, trots att upplysningar rimligtvis hade kunnat hämtas in genom ett mer sedvanligt remissförfarande, skulle detta kunna leda till bedömningen att stadgad ordning har satts åt sidan i ett väsentligt hänseende".⁷⁷ Det säger sig självt att detta är en hög ribba. I det aktuella fallet ansåg HD att bristerna i beredningen inte var av denna karaktär.

Det bör tilläggas att HD även betonade att en ytterligare begränsning följer av 11 kap. 14 § andra stycket RF, där det stadgas att riksdagen är att betrakta som grundlagens främsta uttolkare. Den skrivningen innebär, enligt HD, att en domstol bör fästa särskild vikt vid om riksdagen har funnit att beredningen kan godtas, trots att denna avvikit de krav som vanligen ställs. HD menar att det krävs starka skäl, av närmast rättsstatlig karaktär, för att avvika från en av riksdagen redovisad bedömning i detta avseende.⁷⁸

Möjligen går det att läsa domskälen på det viset att HD anvisar en prövning i två led. Först måste det göras en bedömning av om det skett en avvikelse från stadgad ordning i något väsentligt hänseende. I vart fall när det handlar om frågor som rör statsorganens arbetssätt och funktionsuppdelning, krävs härvid att felet har lett till återverkningar för enskilda som framstår som helt outredda eller överblickbara – vilket alltså inte ansågs vara fallet i NJA 2018 s. 743. Även om en sådan väsentlig avvikelse hade konstaterats, tyder HD:s domskäl på att ett underkännande av föreskriften därutöver hade krävt att det funnits starka skäl, av närmast rättsstatlig karaktär, för att en domstol ska frångå riksdagens bedömning att de fel som förelegat ändå får accepteras.

Om prövningen i det första ledet handlar om vilka konsekvenser ett formellt fel måste få för att ett underkännande av föreskriften ska komma ifråga, kan prövningen i det andra ledet sägas handla om vad som krävs för att fel som i och för sig kan ligga till grund för lagprövning ändå ska anses rättfärdigade.

⁷⁷ NJA 2018 s. 743 p. 37. Min kursivering.

⁷⁸ NJA 2018 s. 743 p. 39.

Ett alternativt synsätt: En proportionalitetsprövning?

Mot bakgrund av det som anförts ovan kan möjligen HD:s tillämpning av 11 kap. 14 § RF, när det gäller grundlagsändringar som avviker från stadgad ordning, kritiseras dels för att domstolen satt en väldigt hög ribba för bestämmelsens tillämpning, dels för att riksdagens bedömning av om en avvikelse bör godtas tillmätts alltför stor vikt. För att ge perspektiv på frågan finns det anledning att återvända till Venedigkommissionens ovan berörda yttrande till Ukrainas författningsdomstol.⁷⁹ Utöver att kommentera författningsdomstolens eventuella kompetens att åsidosätta en grundlagsändring behandlade kommissionen även frågan om under vilka förutsättningar som ett åsidosättande är lämpligt när det rör sig om formella brister vid en grundlagsändring.⁸⁰

Inledningsvis kan det betonas att Venedigkommissionen i sin rapport om grundlagsändringar från 2010 uttrycker starkt stöd för system som möjliggör effektiv och demokratisk kontroll av att de formella procedurerna för grundlagsändringar följs. Om det finns anledning att ifrågasätta om de formella kraven har efterlevts är detta en fråga som, enligt kommissionen, lämpar sig för prövning i domstol.⁸¹ Samtidigt framhåller Venedigkommissionen i sitt yttrande till Ukrainas författningsdomstol att en prövning av om en grundlagsändring strider mot konstitutionen ytterst bör baseras på en proportionalitetsbedömning, där kravet på grundlagsenlighet vägs mot de negativa konsekvenser som ett åsidosättande av grundlagsändringen kan antas få. Faktorer som kommissionen framhåller som betydelsefulla vid bedömningen är den tid som förflutit mellan grundlagsändringens ikraftträdande och beslutet att åsidosätta grundlagsändringen, samt vilka materiella effekter som ett beslut om åsidosättande kan antas få.⁸²

⁷⁹ Venedigkommissionen, Ukraine Amicus Curiae Brief: On the Limits of Subsequent (A Posteriori) Review of Constitutional Amendments by the Constitutional Court (CDL-AD(2022)012).

⁸⁰ Se även Venedigkommissionen, Opinion on the Constitutional Situation in Ukraine (CDL-AD(2010)044) p. 38, dit kommissionen hänvisar i sitt yttrande från 2022. Yttrandet från 2010 gällde en dom där författningsdomstolen på formell grund hade ogiltigförklarat grundlagsändringar bl.a. rörande längden på parlamentets och presidentens mandatperioder.

⁸¹ Venedigkommissionen, Report on Constitutional Amendment (CDL-AD(2010)001), p. 237.

⁸² Venedigkommissionen, Ukraine Amicus Curiae Brief: On the Limits of Subsequent (A Posteriori) Review of Constitutional Amendments by the Constitutional Court (CDL-AD(2022)012), p. 48.

De hållpunkter som Venedigkommissionen anvisar, tar således sikte på att hitta en balans mellan att upprätthålla de formella krav som uppställs för grundlagsändringar respektive de långtgående konsekvenser som ett beslut att bortse från en grundlagsändring kan få. Hållningen framstår som rimlig på det sättet att en svensk domstol exempelvis bör vara mer försiktig att på grund av formella brister underkänna en grundlagsändring som ändrar riksdagens mandatperiod (3 kap. 4 § RF), jämfört med en ändring som behandlar utskottens skyldighet att följa upp och utvärdera riksdagsbeslut (3 kap. 8 § RF).

Venedigkommissionens proportionalitetsbedömning skiljer sig alltså från HD:s prövning i NJA 2018 s. 743. Den bedömning som HD gör handlar om vilka konsekvenser som den ifrågasatta formella bristen i beslutsprocessen kan medföra vid *tillämpningen* av den ifrågasatta lagändringen, och inte vilka konsekvenser det skulle få om man valde att *inte tillämpa* den ifrågasatta lagändringen. Att detta är HD:s utgångspunkt kan sägas vara en naturlig följd av att målet gällde beredningskravet i 7 kap. 2 § RF samt att grundlagen anger att det krävs att stadgad ordning åsidosatts i något väsentligt hänseende för att lagprövning ska komma ifråga – vilket onekligen leder prövningen mot just beslutsprocessen och dess konsekvenser. Samtidigt framstår Venedigkommissionens synpunkter som välgrundade.

Kanske vore det möjligt att även beakta sådana konsekvenser som kommissionen efterlyser inom ramen för en prövning enligt 11 kap. 14 § RF?⁸³ Det borde kunna uppstå situationer där väsentliga formfel ändå får tolereras med hänsyn till de långtgående konsekvenser som ett åsidosättande av en grundlagsändring skulle kunna få, eller för att det framstår som osäkert vilka konsekvenserna blir.⁸⁴ Men man kan även tänka sig att ribban för att karaktärisera ett formfel som väsentligt skulle kunna sänkas i sådana fall då det inte är förenat med några påtagliga negativa konsekvenser att en grundlagsändring åsidosätts av domstol. Här borde

⁸³ Jfr Högsta förvaltningsdomstolens resonemang i rättsprövningsmålet, HFD 2022 ref. 50.

⁸⁴ Jfr RÅ 1976 Aa 23 där det skiljaktiga RegR Petrén drog slutsatsen att den regering som fortsatte sin verksamhet när 1974 års RF trädde i kraft var obehörig eftersom den inte tillsatts på det sätt som föreskrevs i 6 kap. RF. Samtidigt betonade Petrén att en sådan slutsats skulle innebära att alla regeringsbeslut som fattats sedan början 1975 var att betrakta som nulliteter, vilket skulle leda till närmast totalt kaos. Sammantaget fick regeringens behörighet godtas, trots de formella bristerna.

det finnas utrymme för svenska domstolar att ta intryck av Venedigkommissionens resonemang.

Ett inlägg i en pågående debatt

Det framhålls ofta att de svenska grundlagarna är för lätta att ändra.⁸⁵ Det ses som bekymmersamt att den svenska demokratin och rättsstaten kan nedmonteras genom (i princip) två riksdagsbeslut som fattas med enkel majoritet. Det stämmer också att de svenska reglerna om grundlagsändring ur ett europeiskt perspektiv är förhållandevis flexibla.⁸⁶

Det är mot den bakgrunden, och den olyckliga utvecklingen i bl.a. Ungern och Polen, som 2020 års grundlagskommittés förslag bör ses.⁸⁷ Kommittén föreslår bl.a. att det bör införas kvorumregler och ett krav på kvalificerad majoritet vid riksdagens andra beslut om grundlagsändring. Dessa förslag kommer emellertid knappast att anses tillräckliga av dem som har kritiserat dagens ordning. Exempelvis har Civil Rights Defenders och Internationella Juristkommissionen framfört krav på att det demokratiska statsskicket och de mänskliga rättigheterna bör skyddas av en s.k. evighetsklausul.⁸⁸ Förslagen verkar ha vunnit stöd bland vissa riksdagspartier.⁸⁹

Det har dock även framförts kritik mot att 2020 års grundlagskommitté går för långt i sina förslag. Enligt en av experterna i utredningen, Ludvig Beckman, skulle det räcka med att kravet på kvalificerad majoritet införs beträffande sådana bestämmelser i grundlagarna som är av betydelse för demokratin. Beckman förordar därför en s.k. skiktad modell för grundlagsändringar, där vissa delar av grundlagarna är svårare att ändra än andra.⁹⁰

Utan att ta ställning till dessa reformförslag i sak, finns det anledning att helt kort beröra några potentiella effekter som dylika förändringar kan medföra.

⁸⁵ Se t.ex. <https://www.dn.se/debatt/orimligt-latt-att-rosta-bort-den-svenska-demokratin/>.

⁸⁶ Se t.ex. Venedigkommissionen, Report on Constitutional Amendment (CDL-AD(2010)001), särskilt p. 38, 65, 95 och 119.

⁸⁷ SOU 2023:12.

⁸⁸ Se <https://crd.org/sv/nar-demokratin-star-pa-spel/> och <https://www.icj-sweden.org/wp-content/uploads/2023/04/DEMOKRATI-RATTSSAKERHET-PUBLICSERVICE.pdf>.

⁸⁹ Se t.ex. <https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/KnB2Q4/centern-vill-grundlagsskydda-demokratin>.

⁹⁰ Ludvig Beckman, "Grundlagsreformen går omotiverat långt", SvD Debatt 2023-04-04.

Som har framgått ovan utgör legalitetsprincipen och det därmed förknippade normhierarkiska systemet grunden för normprövningsinstitutionen. Materiella oförenligheter mellan föreskrifter på olika nivåer löses genom att den högre normen ges företräde. Formella avvikelser vid tillkomsten av en föreskrift kan vidare innebära att en föreskrift inte ska tillämpas (eller ytterst att bestämmelsen inte anses utgöra en giltig rättsregel). Den svenska grundlagen ger riksdagen makt att genomföra vilka grundlagsändringar som helst, eller att anta en helt ny grundlag, under identiska förutsättningar. Det går därför inte att tala om en hierarki av bestämmelser på grundlagsnivå. Eventuella konflikter mellan grundlagsbestämmelser får lösas på annat sätt än genom normprövning, t.ex. med hjälp av maximerna *lex specialis* eller *lex posterior*. En grundlagsbestämmelse som inte har tillkommit på det sätt som anges i grundlagen, bör dock vara möjlig att åsidosätta.

Om det skulle införas en skiktad modell för grundlagsändringar genom att det gjordes svårare att ändra vissa grundlagsbestämmelser av särskild betydelse för demokratin, eller om det infördes evighetsklausuler som angav att vissa bestämmelser i grundlagen inte fick ändras, skulle den nu tecknade bilden förändras.⁹¹

För det första, skulle det bli möjligt – och faktiskt helt rimligt – att tala om en hierarki av bestämmelser på grundlagsnivå.⁹² Det som skiljer grundlagarna från vanliga lagar är just beslutsformen. Om olika beslutsformer gäller för olika delar av grundlagarna ligger det nära till hands att betrakta de grundlagsbestämmelser som är svårare att ändra som hierarkiskt överordnade övriga delar av grundlagen.⁹³ Det blir i en sådan situation inte särskilt långsökt att hävda att domstolarna bör ha möjlighet

⁹¹ Det finns fler aspekter av denna fråga, särskilt när det gäller evighetsklausuler. Exempelvis skulle införandet av sådana (för att inte bli meningslösa) kräva dels att bestämmelserna om ändring av grundlag inte får ändras, dels att det införs särskilda regler om hur en helt ny grundlag får beslutas. Frågan uppkommer då också hur man avgör vad som är en ny grundlag och vad som endast är långtgående förändringar av en befintlig grundlag.

⁹² Jfr RO där grundbestämmelser antas enligt en viss beslutsprocess och tilläggsbestämmelser enligt en annan, se 8:17 RF. En fråga som inte verkar ha rönt någon större uppmärksamhet är hur det bör avgöras om en viss regel ska framgå av grund- respektive tilläggsbestämmelse och hur eventuella motstridigheter ska lösas. Jfr SOU 1972:15 s. 119 och 2012/13:URF3 s. 94.

⁹³ Jfr Venedigkommissionen, Ukraine Amicus Curiae Brief: On the Limits of Subsequent (A Posteriori) Review of Constitutional Amendments by the Constitutional Court (CDL-AD(2022)012), p. 26: "Unamendable constitutional provisions indicate that there is an internal hierarchy of constitutional provisions."

att genom normprövning avgöra om en grundlagsbestämmelse av lägre valör står i strid med en bestämmelse av högre valör.

En skiktad modell för grundlagsändringar respektive införandet av evighetsklausuler verkar alltså öppna för att en doktrin om grundlagsstridiga grundlagsändringar vinner intåg i den svenska rätten. Emot detta kan möjligen anföras att så inte måste bli fallet. Man kan t.ex. tänka sig att svenska domstolar uttryckligen skulle förbjudas att åsidosätta grundlagsändringar på materiell grund.

Detta för oss in på en andra konsekvens av en skiktad modell. Nämligen att den skiktade modellen leder till att distinktionen mellan innehåll och form helt tappas betydelse. Även om svenska domstolar inte gavs rätt åsidosätta grundlagsändringar på materiell grund, medför en skiktad modell att det (till skillnad från idag) blir innehållet som styr formen.⁹⁴ Om vissa bestämmelser i grundlagen kräver ett särskilt ändringsförfarande innebär ju det att en grundlagsändring som beslutats enligt den mindre krävande proceduren, trots att den till innehållet är sådan att den rätteligen borde ha antagits enligt en strängare beslutsprocess, har tillkommit på formellt felaktigt sätt.⁹⁵ Att ett sådant resonemang inte är teoretiskt blir tydligt när man beaktar att det är precis så domstolar i bl.a. Turkiet och Colombia har resonerat när dessa har underkänt grundlagsändringar, trots att domstolarna endast tillerkänts kompetens att pröva de formella förutsättningarna för en grundlagsändrings giltighet.⁹⁶

De möjliga effekter som har behandlats ovan behöver så klart inte ses som något negativt. Det finns gott om stater med skiktade modeller för grundlagsändringar respektive evighetsklausuler, varav många inte alls framstår som avskräckande exempel, tvärtom.⁹⁷ Det finns dock anledning att noga överväga hur en sådan modell skulle fungera i ett svenskt sammanhang. Är det exempelvis lämpligt att en skyldighet att underlåta tillämpning av grundlag tillkommer alla domstolar och offentliga organ,

⁹⁴ Jfr Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, andra upplagan (Lund: Juristförlaget i Lund, 1989), s. 60: "Eftersom det inte är möjligt att närmare ange, i vilken utsträckning olika ämnen kräver grundlagsreglering, måste grundlagsbegreppet betecknas som formellt."

⁹⁵ Detta förhållande motsvarar det som idag gäller vid normprövning mellan lag och förordning. Som tidigare har anförts kan kompetensöverskridanden ses som både materiella och formella fel, distinktionen däremellan är omöjlig att upprätthålla.

⁹⁶ Se Bernal (2013) och Roznai & Yolcu (2012).

⁹⁷ Exempelvis har Kanada en skiktad modell för grundlagsändringar och Tyskland har en evighetsklausul.

såsom är fallet idag? Bör istället rätten att underkänna en grundlagsändring exklusivt ligga hos de högsta domstolarna, eller till och med hos en författningsdomstol? Man måste också fråga sig om inte en skiktad modell bör föranleda nya bestämmelser om hur en helt ny grundlag får beslutas. Införs en evighetsklausul är införandet av sådana bestämmelser en närmast oundviklig följd. Sammantaget framstår 2020 års grundlagskommittés förslag, i all sin modesthet, som kloka. Förändringar av större slag hade, som jag försökt visa, krävt överväganden av en helt annan karaktär än vad som ingick i kommitténs uppdrag.

Avslutande kommentarer

”Ett verksamt motstånd från domstolarnas sida mot ett målmedvetet samhällsorgan, gammalt eller på revolutionär väg nyskapat, vilket sitter med makten i sin hand, är utsiktslöst. Den maktägande finner alltid medel att genomdriva sin vilja även mot tredskande domstolar. [...] Även de mest genomgripande samhällsförändringar kunna genomföras i oklanderlig ordning. Utgör grundlag ett hinder mot en författnings giltighet, har den maktägande alltid möjlighet att också ändra denna lag och dymedelst undanröja hindret.”⁹⁸

Om det svenska konstitutionella skyddet för de principer som bär upp dagens grundlagar utgör det huvudsakliga värnet mot en nedmontering av den svenska rättsstaten, då är vi illa ute. Så kan kanske innehållet i den här artikeln sammanfattas.

Som framgått ovan finns det av allt att döma ingen möjlighet för svenska domstolar att underkänna en grundlagsändring med hänvisning till att denna strider mot uttryckliga eller underförstådda principer som är grundläggande för det svenska statsskicket. Några sådana oföränderliga principer finns nämligen inte uttryckta i grundlagarna, och det finns väldigt lite som talar för att det finns några implicita gränser för riksdagens makt att förändra våra grundlagar. Riksdagen bestämmer helt enkelt över innehållet i grundlagarna.

Om det däremot skulle förekomma att riksdagen genomför grundlagsändringar som är behäftade med formella brister, så finns det goda skäl som talar för att en svensk domstol bör se det som sin uppgift att

⁹⁸ Halvar Sundberg, Domstolars befogenhet att åsidosätta grundlagsstridiga lagar, Statsvetenskaplig tidskrift 1930 s. 363 (384).

överväga om det finns anledning att underlåta att tillämpa en sådan grundlagsändring.

Utrymmet för en doktrin om grundlagsstridiga grundlagsändringar verkar således enligt svensk rätt begränsas till en möjlighet för domstolarna att i efterhand granska grundlagsändringar ur ett formellt perspektiv; dvs. om ändringarna har tillkommit på föreskrivet sätt.

Samtidigt är viktigt att notera att förhållandevis små förändringar av den nuvarande ordningen skulle kunna medföra att domstolarnas möjligheter att utöva rättslig kontroll av grundlagsändringar ökar markant. Såväl införandet av ett skiktat system för grundlagsändringar som införandet av evighetsklausuler skulle kunna ses som uttryck för en inre hierarki mellan olika bestämmelser på grundlagsnivå. En hierarki som skulle kunna ligga till grund för att domstolar genom normprövning underkänner grundlagsändringar som grundlagsstridiga även till innehållet.

En sådan utveckling kan ses som positiv. Det kan argumenteras för att riksdagen inte bör kunna avskaffa den demokratiska rättsstaten, och att det ingår i domstolarnas roll att kontrollera – och i möjligaste mån bromsa – riksdagens maktutövning i det avseendet. Även om skiktade regler om grundlagsändring och evighetsklausuler inte kan förväntas stoppa en autokratisk utveckling, går det ändå att hävda att väl avvägda grundlagar bör innehålla regler som i vart fall ger domstolarna en möjlighet att försena en riksdag som avser att nedmontera rättsstaten.

Å andra sidan går det att argumentera för att den nuvarande ordningen ger uttryck för en rimlig balans mellan den lagstiftande och den dömande makten. Dagens reglering gör det möjligt för domstolarna att kontrollera att riksdagen följer de demokratiska spelreglerna vid genomförandet av grundlagsändringar. Att domstolarna därutöver skulle granska om en viss grundlagsändring strider mot allmänt hållna principer – såsom krav på rättssäkerhet eller domstolarnas oberoende – kan anses medföra en riskabel politisering av domstolarna. Man kan också ifrågasätta varifrån domstolarna kan härleda legitimitet att underkänna sådana grundlagsändringar som anses strida mot underförstådda principer.

Under alla förhållanden borde det stå klart att om det svenska konstitutionella systemet ska omdanas i nu nämnda avseenden, så kräver det att en rad närliggande frågor analyseras och övervägs. Bör det exempelvis införas nya bestämmelser som reglerar hur en helt ny grundlag får beslutas? Bör möjligheten att genom normprövning underlåta tillämpning av

Kan grundlagsändringar vara grundlagsstridiga?

grundlag förbehållas de högsta domstolarna? Den som förespråkar att den svenska demokratin och de grundläggande fri- och rättigheterna ska skyddas av en evighetsklausul bör kunna formulera ett svar även på frågor som dessa.

