

Olof Wilske

# Regeringsformen och författningskulturen

## Inledning

Man tänker sig gärna rätten som en konstruktion – ”land ska med lag byggas”. Förr var den byggd så, sedan revs den och byggdes så. Men rätten är inte byggd utan framvuxen, i den mänskliga samlevnadens avlagrade mylla. Det gäller inte minst i ett rike som det svenska, där rättsordningen utvecklats jämförelsevis ostörd av inre och yttre omvälvningar. Den är inte konstruerad efter ritning, på papper att studera. För att lära känna den behöver man botanisera i dess rotsystem, följa stam och grenverk.

Ovanstående citat är hämtat ur Hans-Gunnar Axbergers bok *Statsministermordet*, som handlar om mordet på Olof Palme. Bilden av rättsordningen som framvuxen ”i den mänskliga samlevnadens avlagrade mylla” är poetisk för att komma från en jurist. Jag tycker rentav den är vacker; den bryter behagligt mot föreställningar om jurister som ett slags ingenjörer och med teoretiska luftslott om konstitutionell design, och kanske kan ses som en *plaidoyer* för rättsvetenskapliga studier som inte enbart hänger upp sig på för ögonblicket gällande rätt. Men Axbergers ärende är egentligen ett annat. För att förstå vilka roller polis, åklagare och domstolar spelade efter statsministermordet, är det enligt honom en bättre idé att undersöka vilka samhällsbehov de vuxit fram ur, än att trycka näsan mot paragraferna i 1986 års upplaga av lagboken. Det ger, enligt Axberger, en klarare bild av hur helheten hänger samman.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Hans-Gunnar Axberger, *Statsministermordet* (Stockholm: Norstedts, 2022), s. 33.

Kan något liknande gälla för regeringsformen och den rättsliga miljö som den både präglar och präglas av?

## Regeringsformen i medelåldern

De historiska inslagen i årets volym av *De lege* är framträdande och återkommer i många av bidragen. I en jubileumsbok är det kanske inte så märkligt, men intresset för vår konstitutionella historia och kultur markerar att 1974 års regeringsform har nått mogen ålder. Den är inte längre den ”nya” regeringsformen, och den har inte samma karaktär av framåtblickande produkt av det moderna Sverige som den hade vid sin tillkomst, då den svenska välfärdsstaten på många sätt stod i zenit. Inte heller det är särskilt märkligt när en grundlag fyller 50, men av den rättsvetenskapliga debatten kan man ibland få intrycket att regeringsformen fortfarande är ung och kontroversiell.

Min tes i det här kapitlet är att lagstiftarens, de praktiserande juristernas och rättsvetenskapens förhållningssätt till regeringsformen på avgörande sätt skiljer sig från hur det såg ut 1974. Kanske gäller det även i bredare lager. Positivrättsligt finns några avgörande brytpunkter – 1995 och 2010 åtminstone. Men bortsett från ändringar i regeringsformens ordalag har andra tendenser varit minst lika viktiga för framväxten av ett nytt konstitutionellt landskap i Sverige. Konstitutionella argument är relevanta i de juridiska och offentliga diskurserna. Konstitutionell rätt är ett undervisnings- och forskningsämne vid alla universitet med juristutbildningar, låt vara under varierande beteckningar.<sup>2</sup> Förekomsten av mänskliga och medborgerliga fri- och rättigheter är en självklarhet för allt fler, även om deras omfattning kan diskuteras. Sverige börjar få en konstitutionell kultur – en författningskultur.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Iain Cameron, ”What’s in a name? Statsrätt, författningsrätt, offentlig rätt, konstitutionell rätt”, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2019 s. 317–336.

<sup>3</sup> Bilden av en framväxande författningskultur bekräftas i en annan volym som utgivits med anledning av 50-årsjubileet, i vilken flera författare konstaterar att utvecklingen efter 1974 på olika sätt har medfört steg i mer konstitutionalistisk riktning. Se Tommy Möller ”Från folksuveränitet till maktodelning. Författningens politikens grundprinciper”; Thomas Bull, ”Från ideal till realitet. Regeringsformens rättighetsskydd”; Karin Åhman, ”Ett mer europeiskt Sverige. Domstolarnas ställning i regeringsformen”; Olof Petersson, ”Så hur blev det? En utvärdering av 1974 års regeringsform”; samtliga i Tommy Möller (red.), *En författning i tiden. Regeringsformen under 50 år* (Stockholm: Medströms bokförlag, 2024).

## Vad är svensk författningskultur?

Till en början kan det vara lämpligt att rama in kapitlets tema – regeringsformen och författningskulturen. I Sverige har vi den lite speciella – men långtifrån unika – situationen att författningen eller konstitutionen består av flera grundlagar. Vi har en multitextuell konstitution, om man så vill.<sup>4</sup> Regeringsformen är på många sätt den viktigaste av de fyra grundlagarna eftersom det är den som sätter ramarna för statsskicket och i viss utsträckning även för rättsordningen som helhet. Men vår konstitutionella kultur är på sätt och vis mer präglad av tryckfrihetsförordningen än av regeringsformen, och av traditioner som har äldre rötter än 1974 års RF. Bland våra särskilda konstitutionella klenoder brukar exempelvis omnämnas pressfriheten, offentlighetsprincipen och ombudsmannainstitutet. Dessa är väl kända i breda lager och inte bara bland konstitutionellt intresserade jurister. Utöver detta har legalitetsprincipen urgamla rötter och genom vår konstitutionella historia har den nästan alltid ansetts gälla de styrande makterna.<sup>5</sup> Ingen av dessa centrala konstitutionella företeelser är produkter av vår nuvarande regeringsform. Vid regeringsformens tillkomst var ambitionen dessutom i hög grad att bringa den skrivna författningen i samklang med den faktiska – författningstexten skulle främst återspegla det verkliga statsskicket, inte föreskriva något nytt, har det sagts.<sup>6</sup> Hur väl denna brist på normativ ambition i sig återspeglar verkligheten kanske kan diskuteras, men den spelar ändå roll för hur vi uppfattar regeringsformens plats i författningskulturen. Regeringsformen är således en produkt av svensk författningskultur, samtidigt som den i sig själv kanske numera utgör den viktigaste komponenten i denna kultur.

Hur ska vi då fånga in begreppet författningskultur? I en bok om författningskulturer från 2009 anges ett antal faktorer som kan sägas uttrycka denna företeelse: historiska erfarenheter som bestämmer författningens utformning och huvudinnehåll, författningens symbolställ-

<sup>4</sup> Richard Albert, "Multi-Textual Constitutions", *Virginia Law Review*, vol. 109, nr 8, s. 1629 (2023).

<sup>5</sup> Nils Stjernquist, "Land skall med lag byggas. Sveriges författningshistoria", i: *Sveriges konstitutionella urkunder* (Stockholm: SNS förlag, 1999). Se även Bruno Debaensts bidrag i denna volym.

<sup>6</sup> Fredrik Sterzel, "1974 års regeringsform. Ett fyrtiöarsperspektiv", i: Karin Åhman (red.), *Regeringsformen 40 år. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014* (Uppsala: Iustus, 2014). Se även Mikael Svanberg, *Partierna och demokratin under författningsdebatten 1965–1980* (Göteborg: Daidalos, 2020).

ning i det löpande offentliga livet, filosofiska grundidéer som präglar den offentliga maktutövningen och förhållandet mellan politik och rätt, avvägningen mellan folkstyrets skiftande majoritetsbeslut och grundläggande värden och rättigheter enligt författningen samt de politiska respektive rättsliga organens roller i att upprätthålla författningen och dess grundläggande värden.<sup>7</sup>

Vi har nu kommit till en punkt där de svenska historiska erfarenheterna och deras betydelse för författningskulturen i högre grad än tidigare har börjat bli föremål för intresse, vilket som sagt är tydligt i denna volym. Beträffande de övriga faktorerna som räknas upp finns det kanske fler oklarheter. Regeringsformens teoretiska grundvalar brukar i princip anses vara de som räknas upp i dess portalparagraf: folksuveränitet, parlamentarism, fri åsiktsbildning, kommunal självstyrelse, legalitetsprincipen. Det närmare innehållet i folksuveränitetsprincipen förefaller ofta svårt att fånga, men det har nyligen varit föremål för behandling i en liten bok av statsvetaren Ludvig Beckman, som menar att folksuveränitet i huvudsak är samma sak som parlamentarisk suveränitet och att ett politiskt system är rättfärdigt om det tar hänsyn till alla invånares intressen.<sup>8</sup> Statsskickets övriga grundbultar får nog anses vara fast förankrade i tradition eller kanske rättare sagt gammal vana. Sällan ifrågasätter någon värdet av parlamentarism eller fri åsiktsbildning, även om innehållet i och formerna för dessa understundom kommer upp till diskussion. Exempelvis infördes obligatorisk statsministeromröstning 2010 som ett led i ett förtydligande av den parlamentariska principen,<sup>9</sup> och när ramarna för den fria åsiktsbildningen har på senare år diskuterats när det gäller sammanslutningar som understödjer terrorism<sup>10</sup> och rasism.<sup>11</sup> Det senare har dock inte lett till lagstiftning.<sup>12</sup> Gränserna för den kommunala självstyrelsen diskuteras ibland men det brukar landa i konstaterandet att det inte finns några tydliga gränser och att staten i slutändan bestämmer, men att det i praktiken

<sup>7</sup> Anders Mellbourn (red.), *Författningskulturer. Konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien* (Lund: Sekel bokförlag, 2009), s. 7 f.

<sup>8</sup> Ludvig Beckman, *All makt åt folket: om en bortglömd idé* (Stockholm: Fri tanke förlag, 2021).

<sup>9</sup> 6 kap. 3 § regeringsformen.

<sup>10</sup> 2 kap. 24 § 2 st., ändrad genom SFS 2022:1565. SOU 2021:15, prop. 2021/22:42, bet. 2021/22:KU13.

<sup>11</sup> SOU 2021:27.

<sup>12</sup> Thomas Bull och Anna Jonsson Cornell är kritiska till idén om ett sådant förbud, se deras artikel i SvJT, 2020 s. 515.

är en fråga om politiska förhandlingar. Legalitetsprincipen, slutligen, har gamla rötter i Sverige och ifrågasätts väl aldrig, även om den också får anledning att dyka upp i rättsfall och JO-avgöranden ibland. Men oavsett allt detta är det enligt min uppfattning tydligt att regeringsformen inte lodar de stora teoretiska djupen. Det är inte en grundlag som lockar till omfattande utläggningar kring tankearbetet bakom. Här fullföljer den en praktisk-pragmatisk tradition som finns i svenskt författningssliv sedan gammalt. Konstitutionell teori hämtas därför vanligen från annat håll och rätt ofta får man använda skohorn för att klämma in den i ett svenskt sammanhang.

När det gäller författningens symbolställning i det löpande offentliga livet finns det nog inte heller så mycket att säga.<sup>13</sup> 1974 års regeringsform är helt enkelt betydelselös som symbol för Sverige som nation och sannolikt hänger det ihop med två saker. Dels finns inget samband mellan regeringsformen och något konstituerande ögonblick, eftersom den var tänkt att kodifiera det redan gällande statsskicket. Dels har synen på regeringsformen som en angelägenhet främst för de högsta statsorganen länge varit en del av svensk författningskultur. Redan den första regeringsformen från 1634 var i hög utsträckning en "förvaltningsstadga" och även om 1809 års regeringsform förde in några mer principiella element så är det knappast rimligt att säga att den var folkligt förankrad i någon högre utsträckning.<sup>14</sup> Och man kan med säkerhet säga att regeringsformen inte spelar någon roll i skolans undervisning i samhällskunskap eller vid naturaliseringen av utländska medborgare. Däremot har regeringsformen indirekt börjat få större betydelse inom statsförvaltningen i och med att den statliga värdegrunden används i utbildningar av statsanställda och som utgångspunkter för annat värdegrundsarbete. Den statliga värdegrunden består av ett antal principer som härleds från regeringsformen: demokrati, legalitet, objektivitet, fri åsiktsbildning, respekt för den enskilda människans frihet och värdighet samt effektivitet och service (den sistnämnda utgår nog snarast från andra föreskrifter).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Se även Johan Hirschfeldt, "Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik", i: Karin Åhman (red.), *Regeringsformen 40 år. De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014* (Uppsala: Iustus, 2014), s. 33.

<sup>14</sup> Sterzel, "1974 års regeringsform. Ett fyrtioårsperspektiv", s. 13 f. Se även avsnittet "Äldre författningskultur".

<sup>15</sup> Statskontoret, *Den statliga värdegrunden – gemensamma principer för en god förvaltning* (Stockholm: Statskontoret, 2019). Se även Värdegrundsdelegationens slutrapport *Att säkerställa en god statsförvaltning* (Stockholm: Regeringskansliet, 2016).

Förhållandet mellan politik och rätt var länge tydligt i Sverige: de rättsvårdande instanserna var visserligen självständiga, men skulle inte utgöra någon motvikt till riksdagen på det konstitutionella området. I detta avseende kan vi skönja en visserligen svag, men dock tendens till förändring under senare decennier, som jag återkommer till senare. I vissa avseenden – som när det gäller omfattningen av domstolarnas lagprövningsrätt – har den utvecklingen varit föremål för tidvis intensiv debatt i lagstiftningssammanhang och inom rätts- och statsvetenskap. Andra tendenser har emellertid smugit sig in lite mer obemärkt, exempelvis nyttjandet av så kallad strategisk processföring med regeringsformen som redskap, en företeelse vars principiella implikationer kan vara långtgående och högst betydelsefulla för författningskulturen.<sup>16</sup>

Bortsett från portalparagrafen kan man fundera på hur författningskulturen i övrigt kommer till uttryck i regeringsformen. 1900-talets stora nationella projekt i Sverige – välfärdsstaten eller folkhemmet – var inte i sig självt konstitutionellt. Däremot får innehållet i 1 kap. 2 § regeringsformen åtminstone delvis sägas formulera några av välfärdsstatens värden, egentligen ganska radikalt formulerade. Särskilt tänker jag på formuleringen i fjärde stycket om att det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom *samhällets alla områden*. Men även om paragrafens målsättningsstadganden numera anses kunna få ett visst rättsligt genomslag<sup>17</sup> så är dess genomslag ens som programförklaring långt ifrån uppenbart.<sup>18</sup> Johan Hirschfeldt menar dock att bestämmelsen ger uttryck för fundamentala värderingar med bred anslutning inom samhället att ligga till grund för de politiska beslutens innehåll.<sup>19</sup>

Bland de konstitutionella kärnvärdena i Sverige lyfter Hirschfeldt även fram 1 kap. 9 § regeringsformen, som ju slår fast grundläggande krav på hur den offentliga makten ska utövas med avseende på saklighet och

<sup>16</sup> För en kritisk diskussion, se Karolina Stenlund, *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten* (Uppsala: Iustus, 2021).

<sup>17</sup> Se exempelvis NJA 2020 s. 3 (Girjasdomen), NJA 2019 s. 504 och JO 2012/13 s. 156.

<sup>18</sup> Carl Lebeck, "Mellan målsättningsstadgande och tolkningsprincip", *SvJT* 2023, s. 165; Per Ahlin, "Ett målsättningsstadgande kan trygga demokratin (och därmed freden)", *FT* 2022, s. 337; Patrik Bremdal, "Är RF 1:2 bara tomma ord?", i: Karin Åhman (red.), *Regeringsformen 40 år. De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2014* (Uppsala: Iustus, 2014), s. 57.

<sup>19</sup> Hirschfeldt, "Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik", s. 34.

opartiskhet, och ändamålsparagraferna i 1 kap. 1 § och 2 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen.<sup>20</sup>

## Regeringsformen som ett uttryck för den normativa djupstrukturen

Man kan även, som Kaarlo Tuori, närma sig rätten som ett fenomen i flera lager: ytskikt, rättskultur och djupstruktur.<sup>21</sup> Även konstitutionen består av åtminstone två skikt: diskursivt (eller positivrättsligt) formulerade normer, och konstitutionell kultur som enligt Tuori består av konstitutionella praktiker som lagstiftningsarbete, rättspraxis, rättsvetenskap samt – och detta utmärker konstitutionell kultur jämfört med andra delar av rättskulturen – politisk kultur och attityd till grundlagen. Författningskulturen har alltså både en rättslig och en politisk dimension.<sup>22</sup> I linje med sin teori om rättslig sedimentering menar Tuori vidare att utvecklingen av en konstitutionell kultur tar tid och bland annat beror på när och i vilken utsträckning konstitutionella normer accepteras som bindande av dels de högsta statsmakterna, dels av myndigheter och domstolar, dels även andra samhällsaktörer. Grundlagen måste alltså vara känd och erkänd och den måste ha någon form av normativ kraft, såväl i rättsligt som i politiskt avseende. En speciellt påtaglig anknytning mellan rättens yta och den normativa djupstrukturen föreligger enligt Tuori inom den konstitutionella rätten:

I likhet med andra uttryckligt, diskursivt formulerade regleringar ligger också den positiva, skrivna författningen på rättens ytnivå. Men kännetecknande för statsförfattningsrätten som ett positivrättsligt rättsområde är dess intima anknytning till rättens normativa djupstruktur; på ytnivån erhåller de djupstrukturella rättsprinciperna – såsom människorättigheterna och de fundamentala rättsstatliga principerna – sin uttryckliga diskursiva formulering i första rummet genom konstitutionella bestämmelser.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Hirschfeldt, "Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik", s. 34.

<sup>21</sup> Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism* (Aldershot: Ashgate, 2002).

<sup>22</sup> Kaarlo Tuori, "Introduction to the Theme: Constitutional Identity", *Retfaerd*, vol. 147, nr 4, 2014, s. 6.

<sup>23</sup> Kaarlo Tuori, "Vad ska vi ha en 'grundlag' till?" i: Eivind Smith (red.), *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm* (Stockholm: SNS förlag, 2002), s. 227.

Grundlagen tänks alltså formulera innehållet i den normativa djupstrukturen, enligt Tuori. På sätt och viss passar denna idé ganska väl in på 1974 års regeringsform. Ambitionen vid dess tillkomst var att grundlagens text skulle återspegla det verkliga, gällande statsskicket, inte att regeringsformen skulle föreskriva nya konstitutionella normer. Utifrån detta synsätt existerade således redan en (konstitutionell) normativ djupstruktur vid regeringsformens födelse, och denna fick då sitt diskursiva eller positivrättsliga uttryck. Detta är något annat än en grundlag med enbart deklarativa eller symboliska funktioner, som regeringsformen ibland har beskyllts för att vara. Men det betyder samtidigt att konstitutionen i första hand finns, eller fanns, någon annanstans än i regeringsformens bokstäver. Det är dock tveksamt, menar jag, att nu, 50 år efter regeringsformens tillkomst, hålla fast vid att grundlagstexten enbart är ett skriftligt uttryck för det statsskick som så att säga redan gäller i praktiken. Om inte annat så är grundlagsreformerna sedan 1990-talet uttryck för en vilja att faktiskt knuffa regeringsformen i en mer normerande riktning – riksdagen ändrar i regeringsformen på grund av en vilja att något nytt ska gälla, som inte gällde tidigare. Som några exempel kan jag nämna inkorporeeringen av Europakonventionen och införandet av dess speciella status i regeringsformen 1994. År 2010 avskaffades uppenbarhetsrekvisitet vid lagprövning och Lagrådets och domstolarnas ställning förstärktes i olika avseenden. Dessutom blev det en uttalad ambition i förarbetena att rättighetsskyddet skulle få fullt genomslag i rättstillämpningen.<sup>24</sup> Samtidigt har, som Karin Åhman påpekat, tendensen att ”hålla grundlagen fräsch” genom olika småändringar hållit i sig, medan vissa saker tydligen är för stora för att regleras i grundlag. Exempel på det senare är att det stora europarättsliga inflytandet är relativt osynligt i regeringsformen, liksom frågan om folkrättens ställning i svensk rätt (dualism eller monism).<sup>25</sup> Viktiga ”kärnor” i konstitutionen, eller författningen, är fortfarande svår-fångade.

<sup>24</sup> Prop. 2009/10:80 s. 247.

<sup>25</sup> Karin Åhman, *Regeringsformen och Europarätten* (Stockholm: Norstedts Juridik, 2023), s. 23.



## Äldre författningskultur

Om författningskulturen nu är svärfångad – beror det på att vi aldrig har haft någon sådan i Sverige, så att hjulet helt enkelt måste uppfinnas? Förklaringarna till varför principerna i 1809 års regeringsform till synes enkelt övergavs kring 1917–1920 är ofta kortfattade, men brottet med 1800-talets författningskultur var lika betydande som de bakomliggande förklaringarna var mångbottnade. Under större delen av 1800-talet var respekten för regeringsformen betydande i parlamentariska och akademiska kretsar, och det gick att tala om en verklig konstitutionell anda – en författningskultur. Denna konstitutionella anda hängde ihop med tidens rådande rättsidealism, som gjorde klar åtskillnad mellan en autonom juridisk sfär och en intressebaserad politisk sfär. Den juridiska sfären hade en speciell okränkbar status som gav den en privilegierad ställning gentemot den politiska sfären. Regeringsformen hörde till denna helgade juridiska sfär. Dess auktoritet understöddes i det praktiska livet av en intellektuell elit som var institutionellt befäst i akademien och den offentliga förvaltningen. Rättsidealismen fick starkt genomslag eftersom rekryteringen till förvaltningen var kopplad till universiteten.<sup>26</sup> När den filosofiska idealismen tappade mark till nya strömningar i slutet av 1800-talet och början av 1900-talet påverkade det även den konstitutionella traditionen, och det påtagligt. De framväxande politiska partierna använde exempelvis konstitutionella tolkningsmodeller som var inspirerade av olika skolor inom den politiska teorin. Särskilt de liberala och socialdemokratiska partierna hade nära band med den nya pressen och med fackföreningarna, nykterhetsrörelsen och frikyrkorna. De senare hade avgörande betydelse för spridningen av en demokratisk kultur i bredare lager men förde också med sig en helt ny syn på konstitutionen. Den betraktades i dessa sammanhang snarast som ett politiskt dokument som reflekterade den rådande politiska praxisen i statsskicket. Men så sent som i samband med borggårdskrisen 1914 var debatten i riksdagen präglad av konstitutionella argument, där de olika synsätten beträffande regeringsformen gav sig tillkänna. Och bland annat på grund av att konstitutionen associerades med kungamakten och högerpartiet undergrävdes tilltron till regeringsformen som ett intressefritt och icke-politiskt

<sup>26</sup> Magnus Enzell, "Grundlagens ställning i den politiska kulturen", i: Olof Petersson (red.), *De politiska spelreglernas betydelse* (Stockholm: SNS förlag, 2004), s. 99.

dokument, vilket var en avgörande omständighet då författningskulturen i 1809 års tappning kom till sin upplösning.<sup>27</sup>

Eventuella påståenden om att Sverige aldrig haft en verklig konstitutionell tradition eller anda bör alltså tas med en nypa salt. Det är emellertid inte helt uppenbart vad en äldre sådan tradition skulle kunna bidra med till en modern författningskultur med 1974 års regeringsform som utgångspunkt. 1800-talets tradition var som framgått kopplad till en dåtida politisk och filosofisk kontext, som inte låter sig överföras till dagens förhållanden. Det finns dock likheter mellan 1800-talets politiska och juridiska sfärer och den nutida distinktionen mellan politisk och juridisk konstitutionalism.

## Mångsidighet och pragmatism

De konstitutionella frågornas *mångsidighet* är ett skäl till att begreppet författningskultur kan uppfattas som svårfångat. Konstitutionella frågor griper över flera akademiska ämnesområden: förutom de rättsvetenskapliga ämnena även filosofi och statskunskap, och även inom nationalekonomi och andra ämnen kan konstitutionella frågor väcka intresse; i så måtto är konstitutionella frågor verkligen mångvetenskapliga. Eftersom demokrati-, styrnings- och rättighetsfrågor alla är relevanta i en konstitutionell kontext är det inget konstigt med det. En svårighet tycks ibland vara att man talar förbi varandra. Statsvetare kanske medvetet eller undermedvetet spelar ner de "formella" sidorna av det politiska systemet, där grundlagen som rättslig norm hamnar i bakgrunden. Jurister å sin sida verkar ibland känna sig obekväma med rättsordningens politiska dimensioner. På grund av vad jag uppfattar som ett ökat intresse för konstitutionella frågor har den ömsesidiga beröringsskräcken kanske blivit mindre med tiden, men den konstitutionella rättens dubbla karaktär är fortfarande svårhanterad. Denna karaktär motiverar också det här avsnittet – den konstitutionella kulturen är avgörande för den konstitutionella rättens relevans. Eller?

Den amerikanske konstitutionalisten David A. Strauss har framfört tanken att mogna liberala demokratier kan ändra sin konstitution utan att tillämpa formella ändringsprocedurer. Dessa informella vägar

<sup>27</sup> För en utförlig analys, se Magnus Enzell, *Requiem for a Constitution. Constitutionalism and Political Culture in early 20<sup>th</sup> Century Sweden* (Stockholm: Stockholm Studies in Politics 84. Ak. Avh., statsvetenskapliga institutionen, Stockholms universitet, 2002).

fungerar i samhällen med institutioner som präglas av hög tillit. Sådana samhällen liknar ett långsiktigt kontraktsförhållande; de kännetecknas av att man inte bara håller fast vid avtalstexten som sådan, utan att det ömsesidiga förtroendet gör det möjligt att tänka utanför texten. Ett mer instabilt samhälle, å andra sidan, behöver den skrivna konstitutionen för att hålla ihop, och minsta avvikelse från lagens bokstav kan uppfattas som ett myteri. Påstår alltså Strauss.<sup>28</sup> För egen del tycker jag det finns en likhet mellan Strauss "mogna liberala demokrati" och det svenska förhållningssättet till grundlagens roll i sociala konflikter: de stora konstitutionella stridsfrågorna under tidigt 1900-tal, parlamentarismen och den allmänna rösträtten, löstes utanför regeringsformens ram. Kanske går det att tala om ett samhällskontrakt, innefattande en konsensus kring de politiska spelreglerna, samförstånd och fred på arbetsmarknaden – som ju är en central funktion i vilket samhälle som helst – och en förhandlingskultur som var väl förankrad i svensk politisk tradition sedan länge. Om samhället uppfattas som välfungerande är den formella konstitutionen kanske överflödig. Sverige var vid demokratins genombrott ett politiskt moget land i flera avseenden, kanske på grund av en lång kvasidemokratisk tradition innefattande politisk representation för allmogen och betydande lokalt självstyre samt möjligheter till ett relativt fritt politiskt meningsutbyte. De levande konstitutionella normerna var på så sätt mer betydelsefulla än de formella reglerna i regeringsformen.

Men för svensk del är situationen mer mångfacetterad än så. Såväl 1974 års regeringsform som dess föregångare har varit föremål för flitiga ändringar, än för att "hålla grundlagen fräsch", än för att införa bestämmelser med ny innebörd, som vid reformen 2010. Möjligen är det så att det har varit lätt att ändra i grundlagens detaljer, men att de riktigt stora förändringarna har ägt rum utanför det formella förfarandet för grundlagsändring. Fredrik Sterzel har kallat detta för "minimiprincipen" och formulerat det som att ingenting är för litet för att motivera en grundlagsändring i Sverige, men en del saker är för stora för att behandlas i grundlag, och om man inte kan klara sig helt ifrån dem, bör man i vart fall göra så litet som möjligt. Som exempel framhåller han parlamentarismen.

<sup>28</sup> David A. Strauss, "The Irrelevance of Constitutional Amendments", 114 *Harvard Law Review* 1457 (2001).

mens genombrott, en rad reformer på finansmaktens område och förhållandet till Europeiska unionen.<sup>29</sup>

## Är en starkare författningskultur önskvärd?

En annan fråga i sammanhanget är i vilken utsträckning en stark konstitutionell kultur är önskvärd, och i så fall varför. För oss som sysslar med konstitutionell rätt verkar det ofta vara underförstått att så är fallet. I någon mening är det väl alltid så att det man ägnar både yrkesverksamhet och intresse gärna får uppfattas som relevant och ta stor plats även för andra än de närmast sörjande. I Sverige har vi under de senaste tre decennierna eller så blivit betydligt fler som ägnar oss just åt konstitutionell rätt. Ämnet levde undanskymt i många år som en del av den offentliga rätten i stort. Men ämnets tillväxt kan vara såväl en orsak till som ett symptom på en framväxande konstitutionell kultur. För svensk del har det nog åtminstone till viss del varit en reaktion på regeringsformens svaga ställning under stora delar av 1900-talet och renässansen för konstitutionella frågor även internationellt. Det i sin tur hänger samman med genombrottet för mänskliga och medborgerliga rättigheter och intresset av att begränsa den offentliga maktens tillväxt, kommunismens fall i Öst- och Centraleuropa och den europeiska integrationen.

En tendens i nutiden förefaller vara just att behovet av en stabilare och mer normativ grundlag gör sig gällande på grund av vad som upplevs som politisk instabilitet, inte i Sverige, men i omvärlden. En relativt färsk utredning har exempelvis föreslagit att grundlagarna ska bli svårare att ändra och att domstolarna ska skyddas ytterligare från politiskt inflytande.<sup>30</sup> Förutom en del diskussion kring så kallad domstolsaktivism är det svårt att hitta röster som är negativa till den pågående utvecklingen.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Fredrik Sterzel, "Ett halvsekel efter 'det författningslösa halvseket': har Sverige nu en författning?", i: Eivind Smith (red.): *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm* (Stockholm: SNS förlag, 2002), s. 89 f.

<sup>30</sup> SOU 2023:12 *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende*.

<sup>31</sup> Bland tankesmedjor kan ibland annat dyka upp, se exempelvis Oskar Taxén, *Juridifiering. Om förskjutningen av makt från politik till juridik* (Stockholm: Arena idé, 2017), i vilken bland annat anförts att "Resultatet av denna juridifiering... är att politiker allt oftare retirerar bakom myndigheter och domstolar i stället för att förklara och förankra den förda politiken. Det riskerar att försämra legitimiteten för politiken och ytterst också för de demokratiska institutionerna. I vår tid, när hotet från populismen är ständigt när-

## Regeringsformen och rättighetsfrågorna

Den konstitutionella kulturens framväxt hänger ihop med en allmän *juridifiering* av det offentliga livet, där fler sektorer än tidigare är genomreglerade och föremål för olika typer av rättsliga prövningsmekanismer, ofta (men inte alltid) kopplade till olika typer av medborgerliga eller mänskliga rättigheter. Utvecklingen är inte okontroversiell och den internationella diskursen kring mänskliga rättigheter har under senare år fått påtagliga kritiska inslag, där starkt rättighetsskydd och konstitutionalisering av det politiska handlingsutrymmet väcker frågor kring politikens möjligheter och i förlängningen det demokratiska styrelseskicket.<sup>32</sup> Ofta är det emellertid inte själva rättigheterna som sådana som anses problematiska, utan snarare vem eller vilka som ska ansvara för rättighetsskyddet. Här finns en nära koppling till lagprövningsfrågan, eftersom grundlagsskyddade fri- och rättigheter i förening med möjligheter till materiell normprövning för domstolar (och myndigheter) innebär att domstolarna får rätt och skyldighet att tolka grundlagen i enskilda fall, något som kan leda till andra utfall än de som lagstiftaren tänkt sig. Själva principfrågan är ibland föremål för en typ av animerad diskussion som kanske inte står i proportion till dess betydelse.<sup>33</sup> Under åren 2014–2016 förekom ett antal artiklar på temat i Svensk juristtidning.<sup>34</sup> Därefter har en del andra

varande, måste denna risk tas på allvar. Politikerna behöver återta ledartröjan och våga göra politiken politisk igen.”

<sup>32</sup> Se exempelvis Martti Koskeniemi, ”The effect of rights on political culture”, i densamma bok *The Politics of International Law* (Oxford: Hart, 2011), s. 133 ff. Internationellt befinner sig rättighetsdiskursens kritiker på olika delar av den politiska skalan. Radha d’Souza, *What’s Wrong With Rights? Social Movements, Law and Liberal Imaginations* (London: Pluto Press, 2018) och Jessica Whyte, *The Morals of the Market. Human Rights and the Rise of Neoliberalism* (London: Verso Books, 2019) är två kritiska nymarxister, medan Nigel Biggar, *What’s Wrong With Rights?* (Oxford: Oxford University Press, 2022) kritiserar rättighetstänkandet från konservativt håll.

<sup>33</sup> Statsvetaren Barry Holmström drog stora växlar på riskerna med lagprövning i sin bok *Domstolar och demokrati – den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland* (Uppsala: Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, 1998).

<sup>34</sup> Fredrik Wersäll, ”En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning”, *SvJT* 2014, s. 1; Elisabet Fura, ”En offensiv högsta domstol – en kommentar”, *SvJT* 2014, s. 101; Ola Wiklund, ”Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?”, *SvJT* 2015, s. 335; Bertil Bengtsson, ”Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten”, *SvJT* 2014, s. 431; Carl Josefsson, ”Domstolarna och demokratin – Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida”, *SvJT* 2015, s. 40; Anders Eka, ”Svensk

relaterade frågor varit föremål för rättsvetenskaplig diskussion i olika juridiska tidskrifter, exempelvis kring det konstitutionella rättighetsskyddets omfattning, den nya konstitutionella skadeståndsrätten, proportionalitetsprincipen, framväxten av strategisk processföring i svensk rättslig miljö och förutsättningarna för judiciell självständighet.<sup>35</sup>

Mitt intryck av diskussionen är att den visserligen har berört frågor om fri- och rättigheter och domstolsskyddet av dessa i Sverige, men att den i mindre utsträckning direkt har berört frågor om normkontroll. Även om normkontroll är en av förutsättningarna för ett effektivt fri- och rättighetsskydd, så har den rättsvetenskapliga debatten mer handlat om domstolarnas roll gentemot lagstiftaren i allmänhet och i vilken utsträckning ”judiciell aktivism” eller möjligen ”judiciell kreativitet” är önskvärd eller acceptabel. Synen på grundlagen är en av faktorerna i ett sådant ställningstagande. Vissa, som Carl Josefsson, synes mena att även om avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet bekräftar normhierarkins betydelse, så innebär inte det i sig att de konstitutionella normerna slår igenom som materiell rättskälla – för det skulle krävas en genomgripande förändring i synen på författningen och dess uppgift.<sup>36</sup> Fredrik Wersäll, även han kritisk till vad han kallar ”aktivism” från HD:s sida, anför att domstolar ska följa rättsutvecklingen, inte leda den; normgivning genom praxis (som Wersäll formulerar det) har uppenbara begränsningar eftersom det

Juristtidning och statsrätten”, *SvJT* 100 år, s. 353; Martin Sunnqvist, ”Domarna som konstitutionella aktörer”, *SvJT* 100 år, s. 436; Joakim Nergelius, ”Domare på vift?”, *SvJT* 2015, s. 85; Magnus Schmauch, ”Demokratiskt förankrad normkontroll efter grundlagsreformen? – Koherens, gällande rätt och skapande dömande”, *SvJT* 2015, s. 521; Mattias Derlén & Johan Lindholm, ”Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen”, *SvJT* 2016, s. 143; Jan Kleineman, ”Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism”, *JT* 2014–15, s. 495; Pernilla Lindh, ”EU-domstolens s.k. aktivism – ett inlägg i debatten om de svenska domstolarnas aktivism”, *JT* 2014–15, s. 530.

<sup>35</sup> Joakim Nergelius, ”Prejudikat(o)bundenhet inom den konstitutionella rätten – var ne bis in idem ett unikum?”, *SvJT* 2017, s. 783; Hans-Gunnar Axberger, ”Rättigheter (del I av II). Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga”, *SvJT* 2018, s. 759 samt ”Rättigheter (del II av II). Sverige och MR”, *SvJT* 2018, s. 849; Jonas Ebbesson, ”Klimatprocesser mot staten – runt om i världen och i Sverige”, *JT* 2020–21, s. 106; Oscar Söderlund, ”Regeringsformens proportionalitetskrav som grund för lagprövning och grundlagskonform tolkning i domstol efter 2010 års reform”, *SvJT* 2018, s. 375 (del I), *SvJT* 2018, s. 475 (del II) och *SvJT* 2018, s. 579 (del III); Henrik Jonsson & Thomas Bull, ”Har Sverige för många domstolar som ska bidra till prejudikatbildningen?”, *SvJT* 2022, s. 536.

<sup>36</sup> Josefsson, ”Domstolarna och demokratin”, s. 48, med hänvisning till Eivind Smith, ”Politikernas konstitution – eller folkets?”, *SvJT* 2004, s. 681.

är svårt att bedöma effekterna utanför det enskilda fall där bedömningen görs.<sup>37</sup> Ola Wiklund menar, i polemik med Wersäll, att HD:s uppgift är att värna rättssystemet och i och med det överbrygga glappet mellan rätten och samhället och skydda och värna den svenska demokratin. Dit hör rättsstatsfrågor som den enskildes rätt till rättsmedel och konstitutionella rättigheters förverkligande. Wiklund menar att en ny konstitutionell kultur redan har slagit igenom i Sverige, som har gått från att vara ett folkhem med folksuveränitetskultur till en del av en global kapitalism med konstitutionell rättighetskultur.<sup>38</sup> Magnus Schmauch poängterar att syftet med borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet var att normalisera domstolarnas konstitutionella roll, vilket framgår av förarbetena till grundlagsändringen; däremot är det en bit kvar till en koherent konstitutionell rättspraxis i Sverige, vilket är ett hinder för konstitutionella normer att få genomslag i praxis i resten av domstolsväsendet.<sup>39</sup>

I en empirisk undersökning av HD-praxis visar Mattias Derlén och Johan Lindholm att det får anses klarlagt att HD som institution genomgått en grundläggande förändring av sin metod, med längre avgöranden och påtagligt ökat bruk av såväl rättspraxis som förarbeten, fler skiljaktiga meningar och fler tillägg. Det ökade bruket av förarbeten talar enligt dem mot påståendet om ökad aktivism. Snarare har domstolen på ett tydligare sätt utvecklats till en prejudikatinstans.<sup>40</sup>

I ett rättsfall från 2012 anförde justitierådet Stefan Lindskog i ett särskilt yttrande bland annat följande om relationen mellan lagstiftare och domstolar:

En grundläggande fråga är vad som gäller beträffande vad som kan kallas för normbildningsinitiativet. Den historiska utgångspunkten är att riksdagen stiftar lagar och att de högsta domstolarna klargör hur de ska tillämpas genom att i överklagade mål avgöra konkret aktualiserade tillämpningsfrågor. Prejudikatbildningen är med den utgångspunkten strikt händelsestyrd och indirekt. [...]

Det framstår emellertid enligt min mening som klart att de högsta domstolarna med tiden har tagit på sig ett större ansvar för rättsbildningen. Detta gäller till att börja med rent pedagogiskt. Avgörandena är numera ofta, om än inte alltid, skrivna så, att mödan först och främst är inriktad

<sup>37</sup> Wersäll, "En offensiv Högsta domstol", s. 8.

<sup>38</sup> Wiklund, "Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet", s. 341–343.

<sup>39</sup> Schmauch, "Demokratiskt förankrad normkontroll efter grundlagsreformen?", s. 532 med hänvisning till prop. 2009/10:80 s. 147 och 534.

<sup>40</sup> Derlén och Lindholm, "Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?", s. 157 f.

på att slå fast en rättsregel, som sedan tillämpas i det konkreta fallet. Inte bara det rättskällematerial som kan vara av betydelse för bestämmandet av rättsregeln redovisas, utan det sker en öppen inventering och värdering av de rättspolitiska argument som kan förtjäna beaktande.

Den mer medvetna rättsbildningen från de högsta domstolarna har också visat sig på det sättet, att det har skett en viss förskjutning från rättsbildning genom lagstiftning till rättsbildning genom prejudikat. Det har bl.a. att göra med att lagstiftaren av olika skäl på vissa områden har förhållit sig passiv (se från det straffrättsliga området t.ex. prop. 2000/01:85 s. 13 beträffande hanteringen av förslaget om lagregleringen av uppsåtsbegreppet). Det har talats om "maktflykt" (se Pauliine Koskelo i Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2012, s. 312). Förutsatt att rättsläget inte är "låst" genom lag är det inte bara naturligt, utan det är många gånger nödvändigt att de högsta domstolarna tar ansvar för rättsbildningen, när de anpassningar eller förändringar i rättsläget som omständigheterna påkallar inte möts med lagstiftning (jfr HD:s uttalande i NJA 2011 s. 563 p. 18). Eftersom lagstiftaren kan ingripa om de högsta domstolarna går för långt i sin prejudikatverksamhet (jfr mitt inlägg i Det 39:e Nordiska Juristmötet, 2011, Del II, s. 812), kan en sådan rättsbildning redan av det skälet inte anses stå i strid mot de grundläggande maktfördelningsprinciper som bör gälla i en demokrati.<sup>41</sup>

Som Jan Kleineman konstaterat är det ovanligt att domare i HD utfärdar principdeklarationer om prejudikats funktioner,<sup>42</sup> men i vissa avseenden har utvecklingen i HD gått i den riktning som Lindskog skisserat.

Utvecklingen saknar inte kritiker. En del svenska jurister bekymras av den oordning som synes bli resultatet av att fler rättskällor än de traditionella svenska ska beaktas i rättspraxis, särskilt när det sker som en konsekvens av europeiseringen. Axberger betecknar det som att rättsordningen från att ha varit en linjeorganisation nu har blivit en matris:

Från att ha varit enkel och tydlig har rättskälleläran därmed blivit mer komplicerad och diffus... Makten förskjuts från demokratiskt valda lagstiftare till anonyma och mer eller mindre oavsättliga domare och tjänstemän... När den nationella, vertikalt ordnade rätten blir till multinationell matris försvagar det med andra ord rättsstatliga kärnvärden som förutsebarhet och skydd mot godtycke.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> NJA 2012 s. 535.

<sup>42</sup> Kleineman, "Från prejudikatinstans till lagstiftare?", s. 506.

<sup>43</sup> Axberger, "Rättigheter II", s. 873.



Axberger befarar risker för rättsordningens auktoritet och legitimitet och drar slutsatsen att Sverige som stat i så stor utsträckning som möjligt bör leva efter den dualistiska principen så att internationella åtaganden införlivas av lagstiftaren i det inhemska rättssystemet. Han efterlyser också en mer aktiv och ansvarstagande lagstiftare.<sup>44</sup>

Slutligen har Mellqvist i en artikel från 2023 gett uttryck för irritation över vad han anser vara överdrivet tal om europeisering. Ingenting har enligt honom egentligen förändrats i den rättstillämpande verksamheten och inte heller har den förmenta europeiseringen medfört någon särskilt påtaglig förändring i svensk rättskultur.<sup>45</sup>

## Rättighetsskyddet i domstolarna

Rättighetsskyddet i regeringsformen har utan tvekan förstärkts kontinuerligt under dess existens, åtminstone i grundlagens text. Efter kontroverserna vid dess tillkomst har skyddet förstärkts i omgångar, exempelvis 1994 och 2010, och skyddet har på senare till stor del utvecklats med Europakonventionen i åtanke.<sup>46</sup> En annan fråga är vilket genomslag rättighetsskyddet har fått och vilken roll det spelar i förhållande till just Europakonventionen och andra folkrättsliga instrument. Förenta nationernas barnkonvention har exempelvis inkorporerats som svensk lag utan att detta har avspeglats i regeringsformen på det sätt som Europakonventionen har fått. Ändå är mitt intryck att barnkonventionen ägnas mycket uppmärksamhet och tillmätts en hel del värde när mänskliga rättigheter diskuteras i media och i undervisningssammanhang. Barnkonventionen har också börjat få en del betydelse i rättspraxis, exempelvis då Högsta domstolen upphävt utmätningar med hänvisning till konventionen.<sup>47</sup> Men det har även rättighetsskyddet i regeringsformen börjat få. Några exempel från HD är Mangamålet,<sup>48</sup> medborgarskapsmålen<sup>49</sup>, ubåtsjaktmålet<sup>50</sup>, Parkfastigheten (om proportionalitetsbedömning enligt 2 kap.

<sup>44</sup> Axberger, "Rättigheter II", s. 873–875.

<sup>45</sup> Mikael Mellqvist, "De fanatiska protokollförarna – en kritisk essä rörande 'europeiseringen'", *SvJT* 2023, s. 199.

<sup>46</sup> Åhman, *Regeringsformen och Europakonventionen*, s. 94 f.

<sup>47</sup> NJA 2021 s. 1065 (jfr NJA 2013 s. 1241).

<sup>48</sup> NJA 2012 s. 400.

<sup>49</sup> NJA 2014 s. 323 och NJA 2018 s. 103.

<sup>50</sup> NJA 2015 s. 298.

15 § regeringsformen)<sup>51</sup> och ett par mål om rättegångskostnader där rätten till rättvis rättegång var på tapeten.<sup>52</sup> Vidare bör här omnämnas Girjasdomen, där HD för ett mångfacetterat resonemang kring rättighets-skyddet och dess förhållande till folkrätten och historiska rättskällor.<sup>53</sup>

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) framstår som mindre entusiastisk när det gäller rättighetsskyddet. Delvis kan det bero på att målen i HFD har en annan karaktär, eller att HFD väljer att bortse från rättighetsfrågorna.<sup>54</sup> Några mål av intresse finns ändå, exempelvis gällande rätt till domstolsprövning av enskilt organs beslut om statsbidrag,<sup>55</sup> och omfattningen av rätten till prövning enligt rättsprövningslagen.<sup>56</sup> I flera fall framstår emellertid HFD som mer restriktiv när det gäller rättighets-skyddet. Ett tydligt exempel är frågan om rättegångskostnader, där HD och HFD verkar ha diametralt olika synsätt på i vilken utsträckning regeringsformens rättighetsskydd ska få genomslag.<sup>57</sup>

Innebär de högsta domstolarnas attityd i rättighetsfrågorna att svensk författningskultur har förändrats? Utan tvekan är det så att prejudikatsinstansernas ställningstaganden har en normerande effekt på rättsordningen – åtminstone i teorin. Man kan fråga sig om attitydförändringen högst upp i domstolshierarkin verkligen har gjort avtryck i de lägre instanserna, där de allra flesta mål trots allt avgörs. Kan man verkligen tala om en förändring i författningskulturen om grundlagens normer inte får mer regelbundet genomslag i domstolarnas verksamhet?

Bruno Debaenst redogör för svensk konstitutionell historia i ett annat avsnitt i denna volym. I linje med Tuoris sedimentationsteori får vi tänka oss att den – enligt Debaenst – mycket gamla svenska författningen, och avsaknaden av revolutionära omvälvningar, har möjliggjort en konstitutionell sedimentering i många lager. Ändå är bristen på svensk konstitu-

<sup>51</sup> NJA 2018 s. 753.

<sup>52</sup> NJA 2015 s. 374 (även NJA 2017 s. 503).

<sup>53</sup> NJA 2020 s. 3.

<sup>54</sup> Ett exempel på detta är HFD 2018 ref. 75 (Tiggeriförbud), där HFD valde att helt fokusera på normgivning och bemyndiganden i stället för de rättighetsfrågor som aktualiserades.

<sup>55</sup> HFD 2019 ref. 43.

<sup>56</sup> HFD 2011 ref. 22 och HFD 2011 ref. 44.

<sup>57</sup> HFD 2022 ref. 10 jämfört med NJA 2015 s. 374. Se även Olof Wilske i *SvJT* 2022 s. 617, Margit Knutsson (skiljaktig i målet i HFD) i *FT* 2022 s. 281, Sebastian Wejedal i *SvJT* 2023 s. 174 samt Therese Norenäs & Anna Romell Stenmark, "Förvaltningsproce-sen och rätten till en rättvis rättegång – en kommentar till HFD 2022 ref. 10", *SvSkT* 2022 s. 352.

tionell kultur ett återkommande tema i politisk och (rätts)vetenskaplig diskussion. Fredrik Sterzel myntade sitt välkända begrepp ”det författningsslösa halvsekle” som är ett uttryck för denna brist, då konstitutionella argument varken användes i lagstiftning eller rättstillämpning. Välkända citat av Olof Palme, Gunnar Sträng och Lennart Geijer dras inte sällan fram som exempel på hur grundlagen närapå föraktades. Redan 1951 skrev Halvar Sundberg att ”i det politiska livet dominerar uppfattningen, att majoriteten har makten och att makt är rätt. Grundlagarna framstå i motsvarande mån icke såsom den rättsliga grundvalen för statens handlande utan såsom ett slags politiska programdeklarationer, som tagas fram såsom dekorationer vid högtidliga tillfällen, men som en ansvars- och maktmedveten politiker knappast anser sig behöva taga på allvar.”<sup>58</sup> Och så vidare. Strömholm tecknar en mer nyanserad bild av författningskulturen vid denna tid, nämligen 1) avsaknad av erfarenhet på nära håll av andra världskrigets fasor, vilket frambringande den naturrättsliga reaktionen på kontinenten efter andra världskriget, och som var helt främmande i den svenska rättsliga miljön, 2) det svenska efterkrigssamhällets fixering vid ekonomisk rationalitet och framförhandlad konsensus, där juridiska invändningar betecknades som hinder på framstegets väg, och 3) idén om de demokratiska beslutsprocessernas exklusiva legitimerande ställning.<sup>59</sup> Men den tid då folksuveräniteten kunde anses vara ”konstitutionernas konstitution” – för att tala med Olivecrona – ligger numera ganska långt tillbaka i tiden.<sup>60</sup>

## Mot en starkare författningskultur

Avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § regeringsformen har så här långt knappast blivit den konstitutionella omvälvning som vissa antingen befarade eller hoppades på. Det är emellertid enligt min mening tydligt att regeringsformen numera har större genomslag än tidigare och att det beror på ett antal olika samverkande faktorer.

<sup>58</sup> Halvar G.F. Sundberg, ”Förvaltningsrätten och de juridiska studierna. Några reflektioner i anledning av Nils Herlitz föreläsningar i förvaltningsrätt II och III”, *SvJT* 1951, s. 81–96 (vid 84).

<sup>59</sup> Stig Strömholm, ”Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet”, i Eivind Smith (red.), *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm* (Stockholm: SNS förlag, 2002), s. 36–39.

<sup>60</sup> Karl Olivecrona, *Rättsordningen*, 2 uppl. (Lund: Liber läromedel, 1976), s. 149.

Över en tidsperiod av omkring sjuttio år har författningskulturen utvecklats så att konstitutionella argument kommer till uttryck om inte flitigt, så i vart fall inte sällan, och det gäller såväl i lagstiftningsarbetet som i domstolarna. Tendensen är varken konsekvent eller tydlig. Särskilt Högsta förvaltningsdomstolen har svajat lite fram och tillbaka när det gäller genomslaget för grundlagsreglerna, medan Högsta domstolen har varit mer kreativ och framåtblickande (eller aktivistisk, om man får tro kritikerna).<sup>61</sup> Även i mål där konstitutionella argument inte är utslagsgivande är det ändå frapperande att regeringsformen och Europakonventionen numera beaktas när det är relevant.

Genomslaget för regeringsformen kommer alltså ganska sällan till uttryck genom renodlad normprövning i form av åsidosättande av en lägre norm till förmån för en högre. I många rättsfall från den senaste tioårsperioden är det emellertid tydligt att grundlagarna (och Europakonventionen) i hög grad beaktas i domskälen och i parternas argument. I de fall en part åberopat grundlag eller Europakonventionen är det i princip uteslutande fråga om enskilda som för talan gentemot det allmänna, vilket talar för att särskilt grundlagarna, och i synnerhet regeringsformen, numera har kommit att få den rättighetsskyddande funktion som de är tänkta att ha. Europakonventionen och yttrandefrihetsgrundlagarna hade redan tidigare en sådan rättighetsskyddande funktion, konventionen genom att den utgjorde murbräcka för rättighetsskyddets genomslag i Sverige från och med 1980-talet och yttrandefrihetsgrundlagarna genom sin särskilda systematik och direkta tillämpbarhet i tryck- och yttrandefrihetsfrågor. Det nya är således regeringsformens stärkta ställning i rättighetsskyddet.

I några fall har genomslaget för regeringsformen varit oväntat och radikalt. Ett exempel är det första medborgarskapsmålet, NJA 2014 s. 323, i vilket Högsta domstolen skapade en rätt till skadestånd för ideell skada vid statliga överträdelse av regeringsformen. Här skapade HD en ny norm i syfte att åstadkomma kompatibilitet med regeringsformen och ge regeringsformens rättighetsskydd samma genomslag som det i Europakonventionen. Avgörandet blev mycket omdiskuterat men ledde så småningom fram till lagstiftning om grundlagsskadestånd. Lagstiftaren bekräftade alltså vad HD kommit fram till i sin rättspraxis.

Ett annat centralt avgörande är NJA 2014 s. 79, i vilket HD slog fast att en svensk domstol kan frångå vad som följer av EU-domstolens tolk-

<sup>61</sup> Se vidare vid fotnot 32 ovan.

ning av en EU-bestämmelse endast om tillämpningen i det enskilda fallet annars skulle utgöra en allvarlig och otvetydig kränkning av konventionen. HD svarade här delvis på den knepiga frågan om relationen mellan svensk rätt, EU-rätt och Europakonventionen.

En tydlig tendens under den senaste tjugårsperioden är förekomsten av mer strategisk processföring i rättighetsfrågor, alltså metoden att använda domstolsprocesser av olika slag för att åstadkomma genomslag för en politisk agenda. Detta är ett tydligt brott mot tidigare gängse uppfattningar om att politik inte hör hemma i domstolarna.<sup>62</sup> Rättsfallet NJA 2014 s. 323 var resultatet av en process som hade drivits på karendens vägnar av organisationen Centrum för rättvisa. Och i det s.k. Aurora-målet har en grupp personer stämt svenska staten för otillräckliga åtgärder mot klimatförändringar, vilket av kändena påstås innebära ett antal kränkningar av Europakonventionen och regeringsformen. Liknande processer har varit framgångsrika på fler håll, det mest kända exemplet är det s.k. Urgenda-målet i Nederländerna.<sup>63</sup> Även i samerättsliga frågor har domstolarna spelat en viktig roll när lagstiftaren varit passiv. Girjasmålet var i grunden en tvist om nyttjande- och upplåtelse rätt men kom i HD även att handla om bland annat genomslaget för folkrättsligt fastslagna rättigheter för urfolk och om betydelsen av historiska rättsförhållanden.<sup>64</sup>

Genomslaget för fri- och rättigheter syns även på andra sätt. Inte minst har lagstiftaren i olika sammanhang gjort klart att rättighetsskyddet ska tas på allvar. Ett exempel på det är den svenska statens förhållningssätt under Covid19-pandemin. I propositionen om en tillfällig covid-19-lag anförde regeringen att möjligheterna att besluta om sammantaget mycket omfattande inskränkningar i fri- och rättigheter måste övervägas noga. Det får nog konstateras att detta också gjordes, även om lagstiftningsprocessen var snabb.<sup>65</sup> Ett annat exempel är lagstiftningsärendet om grundlags-skadestånd, i vilket regeringen framhöll att de grundläggande fri- och rättigheterna har en helt central plats i det svenska statsskicket och att det är viktigt att enskilda har en möjlighet att ta tillvara sina rättigheter enligt regeringsformen såväl som Europakonventionen.<sup>66</sup> Konstitutionella

<sup>62</sup> Frågan har nyligen undersökts på ett förtjänstfullt sätt i ett examensarbete vid juridiska institutionen, Uppsala universitet av Klara Westman, *Mänskliga rättigheter – konstitutionellt verktyg eller politiskt medel?* (2023).

<sup>63</sup> Ebbesson, "Klimatprocesser mot staten", s. 108 ff.

<sup>64</sup> NJA 2020 s. 3.

<sup>65</sup> Prop. 2020/21:79.

<sup>66</sup> Prop. 2021/22:229 s. 21.

argument förekom även i den allmänna debatten kring restriktioner under covidpandemin, med deltagande av jurister från akademien och annat håll.<sup>67</sup>

Frågorna om normprövning och om rättighetsskydd – som historiskt varit politiskt kontroversiella i Sverige – förefaller dessutom i dag vara föremål för bred politisk konsensus. I den politiska debatten förekommer knappast någon kritik mot påstådd domstolsaktivism eller mot att domstolarna sätter käppar i hjulet för angelägna politiska reformer. Snarare har lagstiftaren bekräftat de olika slutsatser som domstolarna kommit till, även om undantag finns. Ett sådant är *lex Cementa*, i vilket riksdagen i praktiken ändrade på ett beslut av Mark- och miljööverdomstolen och HD.<sup>68</sup> Men i övrigt förefaller det finnas ett brett politiskt samförstånd kring domstolarnas roll och kring fri- och rättighetsskyddet.

Sammantaget anser jag att det finns grund för slutsatsen att den konstitutionella kulturen är på långsam frammarsch i Sverige. Som brukligt i vårt land sker inga förändringar av rättskulturen genom revolutioner eller andra hastiga omvälvningar, utan snarare genom långsam sedimentering. Avgörande för den framtida utvecklingen blir de högsta domstolarnas fortsatta praxis, förhållningssättet hos yrkesverksamma jurister och, givetvis, den politiska utvecklingen.

<sup>67</sup> Ett exempel bland många är Johan Hirschfeldts medverkan i Ekots lördagsintervju den 21 november 2020, "Behöver grundlagen skrivas om för att hantera en pandemi?".

<sup>68</sup> HFD 2022 ref. 50.