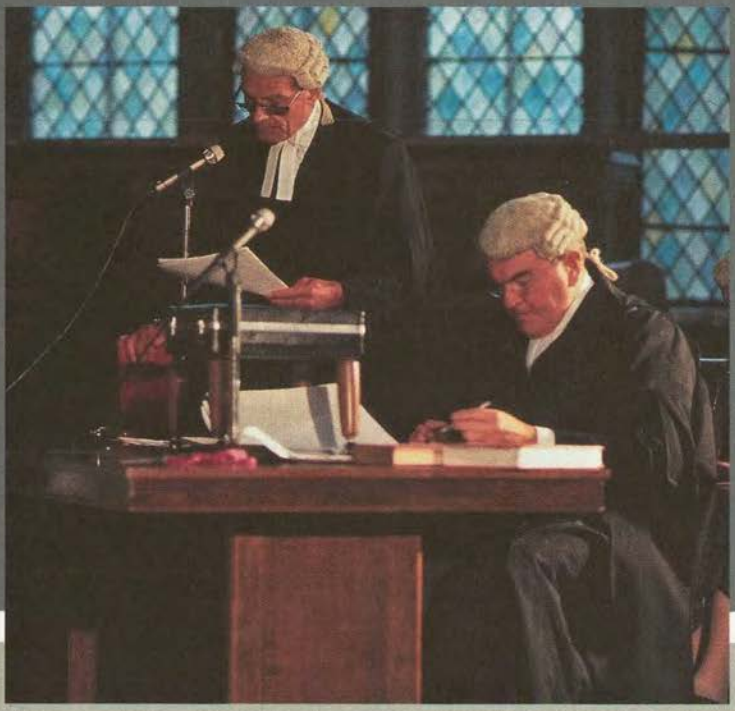
DEMOKRATI Utredningen



Löser juridiken demokratins problem?

STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

SOU 1999:58

Ref KB
Occ 50

Löser juridiken demokratins problem?

Joakim Nergelius
Aleksander Peczenik
Ola Wiklund

Demokratiutredningens skrift nr 23

STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

SOU 1999:58

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst.

Beställningsadress: Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-690 91 91
Ordertel: 08-690 91 90
E-post: fritzes.order@liber.se
Internet: www.fritzes.se

Omslag, foto: Bryan Alexander/Tiofoto
Grafisk formgivning: Susan Nilsson, Jupiter
Elanders Gotab, Stockholm 1999

ISBN 91-7610-987-9
ISSN 0375-250X

Förord

Vad ska rätten spela för roll i demokratin? Kan en domstol lösa tvister med en större legitimitet än ett sammanträde med politiskt förtroendevalda? På vilka grunder väver domarna samman rätt, förnuft och moral? Är de verkligen värderingsfria?

En växande del av den internationella och svenska demokratidebatten diskuterar dessa frågor. Medlemskapet i EU har förtydligat dem. Mer än vad som hittills varit brukligt anser Demokratiutredningen det viktigt att diskussionen om den svenska folkstyrelsen beaktar och tar ställning till rättsstatsdiskussionens intellektuella utmaningar genom att låta rättsvetare komma till tals. Det sker dels på våra seminarier (se t.ex. SOU 1998:145), dels i en kommande forskarvolym om maktdelningen.

I den här debattskriften konfronteras tre rättsvetenskapsmän för att diskutera vad som omväxlande kallas politikens juridifiering och judikalisering. De ger olika beskrivningar av dagens svenska demokrati. Även värderingen av dess för- och nackdelar skiljer dem åt. De når också fram till olika rekommendationer om hur den svenska folkstyrelsen bör utvecklas i dessa avseenden.

Ledamöterna i Demokratiutredningen hoppas att dessa inlägg skall leda till diskussioner som åtminstone klargör oenigheterna i några fundamentala delar av demokratidebatten. I det här läget tar de däremot inte ställning till uppsatsernas innehåll.

Erik Amnå
Huvudsekreterare

Innehåll

Lagstiftningen, domstolarna, rättsmedvetandet och rättsvetenskapen 7
Aleksander Peczenik

Maktdelning och politikens judikalisering
Joakim Nergelius 55

Om politikens juridifiering och juridikens ideologisering
Ola Wiklund 85

Lagstiftningen, domstolarna, rättsmedvetandet och rättsvetenskapen

Aleksander Peczenik

1 Domstolarnas ställning som rättsbildare

1.1 Domstolarnas oavhängighet under lagen

Domstolarnas huvuduppgift är att tillämpa rättsreglerna på konkreta fall. Domstolarna lyder under lagen och får inte påverkas av politiken. Bestämmelsen i 11 kap. 2 § regeringsformen uttrycker principen om domstolarnas oavhängighet: "Ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall." I propositionen poängteras också att domstolarnas rättskipande verksamhet är ett mycket viktigt element i samhället (prop. 1973:90 s. 380).

Å andra sidan har de svenska domstolarna inte någon särställning i detta avseende. Mot 11 kap. 2 § svarar 7 § som säger, att ingen myndighet "får bestämma, hur förvaltningsmyndighet skall i särskilt fall besluta i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag." Sterzel (1998, 48) noterar i detta sammanhang "att Sverige nog är det enda land som i sin främsta grundlag har fört samman rättskipning och förvaltning till en rubrik".

Samtidigt bestämmer 11 kap. 6 § första stycket regeringsformen om att statliga förvaltningsmyndigheter "lyder under regeringen" medan 1 kap. 6 § bestämmer att "regeringen styr riket". Statsmyndigheterna lyder under regeringen, inte under den minister som har det närmaste ansvaret inom regeringen. Sverige har inte s.k. ministerstyre.

I praktiken är domstolarnas självständighet större än myndigheternas, men ändå är distinktionen mellan domstolar och myndigheter något urholkad.

1.2 Domstolarnas lagprövningsrätt

En särskild betydelse i detta sammanhang har domstolarnas makt att pröva lagars grundlagsenlighet. "Domstol eller annat offentligt organ" får icke tillämpa en föreskrift som står i strid med grundlagen eller med en överordnad författning. "Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart", jfr 11 kap. 14 § regeringsformen. Till följd av detta "uppenbarhetsrekvisit" utövas lagprövningsrätten i en mycket begränsad omfattning. Uppenbarhetsrekvisitet kan förklaras genom att domstolarnas lagprövningsmakt mötte en rad invändningar. "En synpunkt som spelat stor roll både vid lagprövningsregelns tillkomst och för fri- och rättighetskommittén är att riksdagen är den främsta lagstiftaren och därför är bäst ägnad att pröva om en viss lagföreskrift är grundlagsenlig eller ej" (Bengtsson 1998, 59).

Denna ståndpunkt kan emellertid inte vidhållas med full konsekvens. Bengtsson ha sålunda påpekat följande: "En konsekvens skulle vara att konstitutionsutskottets tolkning i praktiken bör vara avgörande när det gäller grundlagens innebörd; sedan utskottet sagt sin mening i en konstitutionell fråga brukar utgången i regel vara klar också i riksdagen". Men hänvisning till riksdagens auktoritet innebär "att politiska överväganden, och framför allt majoritetsförhållandena i riksdagen och konstitutionsutskottet, får en avgörande betydelse för bedömningen av tolkningsfrågan. Ledamöterna i konstitutionsutskottet är bara undantagsvis jurister, och det präglar deras bedömningar. En genomgång av utskottets utlåtanden och skiljaktiga meningar under senare år visar att de politiska synpunkterna dominerar markant när det gäller att tolka grundlagen. Avgörande är ledamöternas partitillhörighet, och den juridik som förekommer står inte sällan på en låg nivå. Intrycket blir, något tillspetsat, att regeringspartiets representanter (socialdemokraterna, under en

stor del av den aktuella tiden) förefallit ointresserade för juridiska problem i allmänhet och grundlagen i synnerhet, medan oppositionen entusiastiskt hänvisat till grundlagen men för det mesta misstolkat den" (a.a. 59 f.).

De flesta kontinentaleuropeiska länder har särskilda författningsdomstolar vars huvudfunktion är att granska om lagar stämmer överens med grundlagen. Så är inte fallet inom Norden.

Att det inte finns någon författningsdomstol är en sak, att andra domstolar har lagprövningsrätt är en annan. I Norge har domstolars lagprövningsrätt erkänts i stor utsträckning, bl.a. i rättsfallen Rt 1918 I s. 401 och Rt 1976 s. 1. Även i Danmark är domstolars lagprövningsrätt principiellt erkänd men utövas restriktivt.

En särskilt stark ställning som en lagprövande domstol har den amerikanska *Supreme Court* och den tyska författningsdomstolen *Bundesverfassungsgericht* (jfr Nergelius 1996, 366 f. och 206 f.).

En reform syftande på att öka de svenska domstolars lagprövningsmakt är föremål för olika kontroverser. I ljuset av domstolarnas motstånd mot en sådan förändring kunde den stanna på papper. Vidare gör lagprövningens motståndare gällande att domstolar har en i förhållande till folkrepresentationen underordnad funktion och därför inte borde få underkasta riksdagens beslut någon prövning. Enligt Sterzel (1998, 52) kännetecknas dessutom "tvister om lagars grundlagsenlighet ofta av att ett konkret, politiskt kontroversiellt fall skall prövas mot en allmänt hållen grundlagstext, som har avfattats utan någon tanke på en situation som den aktuella. Man bör åtminstone ha respekt för uppfattningen, att det i sådana fall ligger närmast till hands att låta riksdagen slita tvisten. Och om man lägger uppgiften på domstol, är det lätt att se en risk för domstolar som hukar för den politiska makten". Till sist har starka domstolar i utlandet med rätta kritiserats för att blanda juridik med politik. Det klagas på att *Supreme Court* "härleder" alltför mycket ur en diffus grundlag och att Tyskland är på glid mot en "domarstat".

Det talas ibland om normbildningens "justicialisering" (jfr Görlitz och Voigt 1985, 145 f). *Bundesverfassungsgericht* agerar som en "överlagstiftare" som med stöd av grundlagens vaga principer nyskapar ett omfattande regelsystem. Denna praxis kan leda till "politisk immobilism". Angelägen lagstiftning kan

nämligen bromsas på grund av politikernas rädsla för domstolens negativa reaktion (a.a. 147). Tyska förvaltningsdomstolar kan likaledes med stöd av vag lagstiftning utöva påtaglig politisk makt, t.ex. bestämma om tillstånd för uppförande av ett kärnkraftverk (a.a. 149). Kort sagt, får domstolarna "lagstifta" om kärnkraften, abortfrågor, europeiska unionens organisation eller fredsbevarande militära insatser?

Å andra sidan skulle lagprövningsrättens förstärkning öka rättssäkerheten. Lagprövningsrättens anhängare anför dessutom maktdelnings-, och rationalitetshänsyn. "Rättssystemet måste 'gå ihop'. Det behövs en övernorm för valet mellan motstridiga lösningar även för de undantagsfall där den högsta lagstiftande makten har fattat ett beslut, som står i strid med de normer som reglerar dess verksamhet och kompetens... Den som intager ståndpunkten, att 'lagen' inte har någon annan legitimation än 'folkviljan'... och att den senares företrädare bör kunna suveränt behandla sina egna tidigare antagna grundlagsnormer, ikläder sig... därmed också skyldigheten att visa dels varför man överhuvudtaget funnit det nödvändigt att omge folkrepresentationens verksamhet med tvingande regler, dels hur den intagna ståndpunkten låter sig förenas med den i regeringsformen (1 kap. 1 § tredje stycket) uttryckta principen, att den offentliga makten utövas under lagarna" (Strömholm 1988, 206). Domstolarna borde sålunda kunna se till att rättssystemet går ihop och att lagarna stämmer överens med grundlagen.

Lagprövningsrätten kan förstärkas på två sätt. Ett mindre radikalt sätt är att uppenbarhetsrekvisit avskaffas. Denna reform har åsyftats av Carl Bildts borgerliga regering och förespråkats av bl.a. Joakim Nergelius (1996, 718 f. och 740 f.). En långt mer radikal åtgärd skulle vara att etablera en författningsdomstol. En sådan domstol bör emellertid skilja på juridik och politik. Grundfrågan är givetvis om en sådan skiljelinje kan dras med full klarhet. I fortsättningen kommer jag att argumentera för att denna skiljelinje måste dras av rättsvetenskapen, inte av politikerna. Juridik måste förankras i rättsvetenskapen – och därmed i rationaliteten. Politik omfattar de ofta partiskiljande frågorna där rationaliteten inte ger entydiga svar. En eventuell författningsdomstol borde inrikta sig på de förstnämnda och avstå från att lägga sig i de senare.

1.3 Lagpositivism

Hur som helst har de svenska domstolarna en relativt svag ställning gentemot lagstiftaren. Rättspraxis kännetecknas dessutom av försiktighet, pragmatism och lojalitet mot statsmakten. Domare ser inte sällan domstolens uppgift i att verkställa de av lagen formulerade politiska intentionerna, inte att tolka lagen i ljuset av moralen. Denna attityd kan kallas för lagpositivism.

En så definierad "lagpositivism" är inte detsamma som "rättspositivism". Det sistnämnda ordet är väl förankrat i rättsfilosofi (se Peczenik 1995, 110 f.). Rättspositivismen utgår från "*separation of law and morals*" (jfr Hart 1958). Förvisso skulle de flesta svenska domare instämma med åsikten att rätten är en sak och moralen en annan. Rättspositivism framställs emellertid ofta som en sofistikerad lära utan direkta praktiska konsekvenser. Lärans kanske största förespråkare genom tiderna, Hans Kelsen (1960 *passim*) har förfinat teorin genom att placera den på makronivån. (Visst har han haft vissa föregångare, men låt oss lämna dessa därhän.) Frågan gällde inte längre om domstolarnas argumentation vid konkret rättskipning, utan om rättssystemets nödvändiga egenskaper i stort. Kelsens mål var en s.k. "ren rättslära" som undersöker rättsnormer och ingenting annat. Den säger endast vad som enligt gällande rätt bör göras, inte vad som faktiskt förekommer. Den kelsenska lärans "renhet" innebär även att den rensats från etiska inslag. Rättsordningens giltighet är enligt Kelsen helt oberoende av moralen. Kelsen uppfattar rätten som en "byggnad" med olika nivåer eller "avsatser". En given norm är rättsligt gällande – och skall sålunda följas ur en juridisk synvinkel – om den skapats i överensstämmelse med regler av högre dignitet. Men de högsta rättsnormerna, som finns i författningen (grundlagarna), kan inte ärva sin giltighet från ännu högre rättsnormer eftersom inga sådana finns. Enligt Kelsen utgår varje jurist från en s.k. grundnorm som bestämmer att författningen skall följas och tillämpas. Endast om grundnormen förutsätts, kan författningen kännas igen som bindande rättsnormer. Grundnormen är själv inte rättsligt gällande, eftersom den inte tillkommit i rättsenlig ordning. Den är emellertid förutsatt i juridisk argumentation. Vi anser nog alla att författningen skall efterlevas; grundnormen säger precis detsamma: att den skall efterlevas. Kelsens teori bortser helt från innehållet av domstolarnas argumentation. Både en amoralisk domare som t.ex. lojalt verkställer Hitlers lagar och en moraliserande domare – som djärvt tolkar lagen i ljuset av rättvisan och moralen – kan mycket väl finna sin plats i Kelsens tankevärld. Ty domens juridiska ställning grundar sig enligt Kelsen inte på hur den motiveras utan endast på det faktum att domaren har kompetens att döma. Denna kompetens har skänkts honom av grundlagen och grundlagens giltighet har ingenting med moralen att göra. Läran har sålunda endast en teoretisk betydelse. Den har inget att säga om praktiskt relevanta frågor.

Lagpositivism stämmer väl överens med vårt statsskick. Enligt grundlagspropositionen får domstolarna endast verkställa föreskrifter som beslutats av riksdag och regering (prop. 1973:90 s. 233). Härmed slog grundlagsstiftarna uttryckligen fast att domstolarna endast är ett verkställighetsorgan (prop. 1973:90 s. 156). Det ligger nära till hands att en svensk domstol borde inrikta sig på att lojalt verkställa lagen i ljuset av de bakomliggande politiska värderingarna, inte att våga sig på egna moralbedömningar.

Enligt Petrén (1980, 8) ligger det ett spänningsmoment i att domstolen å ena sidan skall verkställa riksdag och regerings beslut och att de samtidigt skall inta en självständig ställning.

Lagpositivism kan även rättfärdigas ideologiskt, genom demokratisk legitimitet. Sedan parlamentarismens genombrott började den svenska statskunskapen likställa demokrati med riksdagens herravälde. Slutsatsen blev att domstolens uppdrag är att verkställa politiska beslut, inte underkasta dessa någon moralisk prövning.

1.4 Förarbetsdominans

Lagpositivism går hand i hand med förarbetenas (lagmotivens) stora roll i rättspraxis. Förarbetenas roll varierar från ett land till ett annat. Inom Norden tillmäts de en särskilt stor betydelse varvid Sverige har en särställning. På 1970-talet har t.o.m. följande uttalats av en ledande rättsvetenskapsman: "Lagtexten har mer och mer kommit att få funktionen av en ämnesrubrik att hålla i minnet när man skall leta efter vad som åsyftats i detalj. Föredragande departementschefens yttrande till regeringsprotokollet anger huvudsyftena, vilka alternativa lösningar som förkastats och vad som kan vara den närmare innebörden av förslaget. Departementschefen kan också uttala sig om vilka regler som anses gälla på närliggande områden, allt i syfte att dirigera rättstillämpningen" (Schmidt 1976, 262). Jan Hellner (1994, 81) har tjugo år senare sammanfattat läget på följande sätt. Lagstiftningstekniken gör "det ofta nödvändigt att gå till förarbetena ... för att över huvud begripa vad lagtexten innebär i de enkla fallen. Men även vid de svåra

frågorna, där meningarna kan vara delade, begagnas i Sverige motiven som det kanske viktigaste hjälpmedlet för tolkningen."

Förarbetenas ställning har visserligen kulminerat och en intressant debatt har påbörjats. Som exempel kan anges RÅ 1997 ref 18 (Norra länken). Regeringsrätten ansåg att byggnationen av tunnel under en nationalstadspark stred mot ordalydelsen i 3 kap. 7 § 2 st. naturresurslagen, trots att föredragande statsråd i förarbetena till lagen sagt att just detta ingrepp inte stred mot den aktuella lagen. Av RÅ 1994 ref 31 framgår att förarbetsuttalanden endast tillmäts vikt som tolkningsargument om de går att förena med en objektiv tolkning av lagtexten. Flera exempel av detta slag dyker allt oftare upp i svensk rättspraxis. Ett skapande dömande förekommer sålunda (jfr Conradi 1993, 73 f. med hänvisningar till ett antal rättsfall), även om HD uttalar sig påtagligt försiktigt (se bl.a. Hellner 1994, 96 och 119; se också Hellners kommentar, 1992, 101, till NJA 1991 s. 720). Trendbrottet har orsakats av många faktorer. Förarbetenas kvalité har över lag försämrats (jfr Bernitz 1984, 17). Statsrätten är samtidigt under förändringstryck: förvisso har ingen författningsdomstol inrättats och uppenbarhetsrekvisitet i regeringsformen 11:14 finns kvar, men rättighetskatalogen i 2 kap. regeringsformen, Europakonventionens införlivande i svensk rätt och EU-anslutningen kan på sikt påverka rättspraxis mot djärvare juridik.

Kommer Sveriges medlemskap i EU att medföra vår rättskälleläras närmande till den kontinentala? Kommer det att innebära att förarbetenas betydelse minskar? Profetiorna är osäkra. Som vanligt hittar man argument åt båda håll (jfr Peczenik 1995, 257 f.).

För kommande förändring talar bl.a. följande faktorer. EG-domstolens tolkningsstil skiljer sig från den svenska. Domstolen har endast i sällsynta fall tagit hänsyn till förarbeten. Den härskande läran är i stället att EU:s författningar skall tolkas teleologiskt, ofta i ljuset av direktiv utfärdade av EU:s råd. Direktiven innehåller regelbundet preambler som anger deras syften (jfr Europarätt 1992, 60 f; Hellner 1994, 85). Vidare kommer svenska domstolar och myndigheter i stor utsträckning att tolka och tillämpa regler som inte har svenskt ursprung och inte heller åtföljs av omfattande förarbeten. Man får då i stället för att följa förarbetena i en ökad utsträckning beakta doktrinen och "se till den språkliga utformningen och logiken i bestämmelsernas utformning, en bestämmelses placering och relation till andra bestämmelser" (Bernitz 1992, 37) osv. Generellt uttryckt "kräver ett internationellt samarbete en vakenhet för allmänna frågeställningar som åtminstone ger

utrymme för att beakta annat än nationella källor" (Bratt och Tiberg 1989, 425), varvid tolkning och utveckling av rättssystemet bör "ske av självständiga domstolar med stöd av allmänna rättsprinciper istället för genom ängsligt efterforskande av en möjlig mening hos lagstiftaren" (a.a.). Men kan en sådan utveckling "hämmas av en lagtolkning styrd av svenska lagmotiv"? (a.a.) Slutligen: "Det kan inte förutsägas f.n. huruvida en tillämpning av EU:s tolkningsprinciper inom ett område som behärskas av EU-rätten kan leda till en förändring av lagtolkningsmetoderna i Sverige även inom andra områden" (Hellner 1994, 85). Rättens internationalisering och olika rättsordningars inbördes harmonisering utesluter emellertid inte att vissa nationella egenheter bevaras. Lika lite som engelska jurister är tvungna att avstå från sin fina prejudikatlära, eller tyskarna från sina skarpa teoretiska resonemang, lika lite måste vårt rättssystem automatiskt kasta bort förarbetena.

Motivuttalanden kan utan tvekan inordnas i en sammanhängande tolkningsmotivering som i en ökad omfattning beaktar EU-rätten, rättsvetenskapliga rön, generella rättsprinciper, rättsordningens inre systematik och utländska ståndpunkter. Men förarbetenas monopolanspråk på riktig lagtolkning kommer säkerligen att försvagas med tiden.

Profetiorna måste kompletteras med en allsidig utvärdering. Följande huvudskäl talar för att lagstiftaren får skriva relativt kortfattade lagar och komplettera dem med utförliga förarbeten.

1. *Allsidighetsargumentet*. Genom att lagen är kortfattad och överlämnar detaljer till lösning i förarbetena, kan man ge ett mer omfattande underlag för juridisk argumentation än vad som skulle vara möjligt att ge om endast lagtexten publicerades.

I detta sammanhang måste följande beaktas. Lagtolkningens kvalitet ökar således då man beaktar alla de hjälpmedel som står till buds, bl.a. förarbeten. Förarbetena skapar ett slags dialog. Olika deltagare i lagstiftningsarbetet kan ha uttalat olika sinsemellan konkurrerande värderingar. Den person som argumenterar juridiskt får därmed ett allsidigt underlag för en avvägning mellan skäl och motskäl. Därigenom kan han komma fram till en väl motiverad slutsats (jfr Schmidt 1955, 110). Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för lagstiftaren att skapa ett motsägelsefritt, exakt och fullständigt regelsystem. Det är lättare att författa omfattande förarbeten, som skrivs i en dialogform och därför inte behöver uppfylla dessa krav. Den snabba lagstiftningstakten gör det svårt för rättsvetenskapsmän att hinna med att författa kommentarer och läroböcker. Därför saknar man nödvändiga hjälpmedel för lagtolkning i svåra fall. Förarbeten fyller denna lucka. Snabba förändringar i samhället minskar samtidigt juristernas förtroende för sedvanan. Även förtroendet för rättsvetenskapen har minskat, bl.a. till följd av Uppsalaskolans

kritik. Samtidigt är prejudikatbildande domstolars argumentation försiktig och ofta kasuistisk. Därmed förvärras bristen på hjälpmedel vid lagtolkning. Även denna lucka fylls av förarbeten.

2. *Rättssäkerhetsargumentet.* Hänsynen till rättvisa och rättssäkerhet kräver att lagar tolkas uniformt. Uniformiteten främjas genom att alla som tolkar lagen beaktar samma förarbeten, förutsatt att dessa har ett rikare innehåll än själva lagen jfr t.ex. Strömholm 1966, 214 och 1988, 328). Även då motiven kan tolkas på olika sätt torde flertydigheten i regel bli mindre när man har både lagtext och motiv att utgå ifrån, än om man endast iakttar lagtexten (Eckhoff 1993, 63). Vidare tar det ofta lång tid innan någon fast praxis bildats inom ett område. Om domstolarna tolkar lagen i ljuset av förarbetena kan enhetlighet i rättskipningen uppnås redan innan rättspraxis hunnit bildats (Lögdberg 1986, 231).

3. *Demokratiargumentet.* Förarbetena bör beaktas noga, eftersom de är en produkt av den demokratiska lagstiftningsprocessen (jfr t.ex. Eckhoff 1993, 63). Demokratiidealet kräver att lagtolkningen motsvarar verkliga intentioner hos de förtroendevalda.

Man måste emellertid även beakta skälen mot åsikten att förarbeten bör tillmätas stor vikt.

1. *Mot allsidighetsargumentet.* Genom att förarbeten tillmäts stor vikt blir rättstillämpningen ytlig och fragmentarisk. Till följd av att domstolarna endast litar till förarbetena minskar lagtolkningens kvalitet, inte ökar, då man under falskt intryck att lagstiftaren redan tänkt på allt ignorerar rättsordningens övergripande principer, värden och sammanhang.

2. *Mot rättssäkerhetsargumentet.* Förarbetenas alltför stora roll vid lagtolkningen kan äventyra rättssäkerheten. Närmare bestämt gäller följande. Lagtexten är ett sammanhängande system, medan förarbetena utgör ett slags dialog. Vid i övrigt oförändrade förhållanden bildar följaktligen lagtexten en fastare grund för förutsebara beslut än förarbetena. Förarbetena är ibland mindre klara än

lagtexten. Deras stora roll kan därför orsaka tolkningsproblem som minskar beslutens förutsebarhet.

(Jfr redan minoritetsuttalande av Herlitz och J W Pettersson, Kommunallagskommitténs betänkande I, SOU 1947:53, 163.) Lagtexten är mer koncentrerad, mer lättöverskådlig och mer lättillgänglig än förarbetena. De sistnämndas stora roll kan även av denna anledning minska beslutens förutsebarhet. Lagstiftaren behöver inte bekymra sig alltför mycket om lagens kvalitet, eftersom han alltid kan förklara sig i förarbetena (jfr t.ex. Eckhoff 1993, 64). Men då förarbeten inte är lika tillgängliga som lagar, kan medborgarna få problem med att få del av dessa förklaringar. På så sätt minskar de rättsliga avgörandenas beräknelighet och därmed rättssäkerheten (jfr det ovan citerade minoritetsuttalandet av Herlitz och J W Pettersson). Rättssäkerheten äventyras ytterligare genom att det inte är klart i vilka fall prejudikat äger företräde framför motsatta åsikter som uttalats i en lags förarbeten. Förarbeten kan inte ändras i efterhand. Vill man ändra rättspraxis, som noga följer förarbetena, måste man ändra själva lagen, även om det i och för sig inte finns någon anledning till det (jfr Ekelöf 1958, 94-95).

3. *Mot demokratiargumentet.* Endast motivuttalanden om de allmänna värden och principer som ligger till grund för lagstiftningen kan anses vara godkända av riksdagen. Däremot är det inte realistiskt att anta att riksdagen accepterat sådana motivuttalanden som rör specifika lagtolkningsfrågor. I förarbeten, som inte underkastas någon ingående parlamentarisk debatt, kan följaktligen de politiker och tjänstemän som stöder regeringen uttrycka tankar som måhända inte gillas av riksdagens majoritet. På så sätt ökar regeringens makt på riksdagens bekostnad. Dessutom kan demokratin inte fungera utan en relativt hög uppfyllelse av rättsstatens krav. Rättsstatsidealet kräver att rättsliga beslut är förutsebara. Det bästa sättet att sammanjämka dessa två krav är inte att söka lagens ändamål i riksdagsledamöternas tillfälliga intentioner utan att fastställa ändamålet genom en rimlig tolkning av lagtexten och att beakta förarbetena endast om lagtexten är otillräcklig.

Genom att tillmäta förarbeten stor vikt påverkar man till sist den demokratiska maktdelningen. Förarbeten begränsar domarnas tolkningsfrihet och kan i vissa fall få företräde framför prejudikat. Följaktligen ökar lagstiftarens makt på domstolarnas bekostnad (jfr t.ex. Eckhoff 1951, 28). Det behövs sålunda "en bättre balans mellan lagstiftare och domstol. Förarbeten får icke vinna på bekostnad av praxis och andra rättskällor" (Lögdberg 1986, 244).

In abstracto leder utvärderingen inte till någon klar slutsats. Kärnfrågan är inte om domstolarna borde sätta stor vikt vid förarbetena utan om förarbetena kan sammanjämkas med andra juridiska argument. Sammanjämkningen kan antingen ske *ad hoc* i det föreliggande fallets kontext eller mer systematiskt och genomtänkt. Det sistnämnda alternativet är att föredra – men då måste domstolarna kunna bygga på en avancerad rättsvetenskap.

1.5 "Skapande dömande"...

Lagpositivismen dominerar inte odelat i det svenska rättslivet. Dess seriösa konkurrent är rättsfallspositivism. Visserligen är svenska domstolar lojala mot lagstiftningen och ytterst ovilliga att fatta beslut som strider mot vare sig lagtexten eller förarbetena. Men ändå är prejudikatens ställning i svensk rätt utan tvekan stark inom lagstiftningens ofta rätt flexibla ram.

Ett skapande dömande förekommer sålunda (jfr Conradi 1993, 73 f. med hänvisningar till ett antal rättsfall), fast även om HD uttalar nyskapade principer är deras räckvidd tämligen snäv (se bl.a. Hellner 1994, 96 och 119; se också Hellners kommentar, 1992, 101, till NJA 1991 s. 720).

Det för många jurister naturligaste sättet att normativt rättfärdiga domstolarnas rättsskapande inom lagens ram är att åberopa samhällets dynamik och lagstiftningens otillräcklighet. Nya samhällsföreteelser, vilka lagstiftaren inte kunnat förutse, kräver nya lösningar. Därmed uppstår ett stort utrymme för att domstolarna genom värderingar nyskapar rättsnormer.

Ett enkelt exempel: I NJA 1980 s. 224 bedömdes olovligt uttag på bankomat som stöld, således inte som t.ex. bedrägeri. Jfr Conradi 1993, 84. Detsamma gäller t.ex. nya avtalstyper, såsom successivt ingående av avtal (jfr NJA 1978 s 147; Conradi 1993, 85) eller s.k. factoring (jfr NJA 1986 s 217, a.a. 85 f.).

En djupare anledning till att skapande dömande måste förekomma trots domstolarnas lojalitet mot lagstiftningen är att domstolarnas makt befrämjar rättvisan i konkret fall. Visserligen baserar sig juridiken på lag och etablerade normer men även rättvisan är viktig. Och rättvisan kan endast skipas i individuella fall. Ur denna syn-

vinkel är rättsfallspositivismen en rättvisare lära än lagpositivismen. Detta slags rättfärdigande förekommer sällan explicit i svensk juridisk litteratur. Anledningen är självfallet dess oförenlighet med föreställningarna om lagstiftarens exklusiva demokratiska legitimitet. Men ett historiskt perspektiv ger ett annat besked: Den i vår historia förankrade juridiska metoden, m.a.o. den juridiska argumentationen, tycks förutsätta att lagstiftningen inte till fullo uppfyller rättviseidealet. Juridikens historiska utveckling har gett lagtolkaren otaliga medel som kan användas för att mildra lagens orättvisor. Lagtolkning i svåra fall stöder sig i alla västerländska rättssystem på olika slags skäl och metoder, såsom bokstavstrogen tolkning, laganalogi, systematisk tolkning, historisk tolkning och ändamålstolkning. Valet mellan de olika tolkningssätten beror på en avvägning av olika juridiska argument (Peczenik 1995, 376). Dessutom är vissa juridiska standardargument, såsom laganalogi, näst intill innehållslösa om de inte fylls ut med avvägningar.

Enligt bl.a. Alf Ross (1953, 181) är laganalogi och motsatsslut inte några metodiska redskap. Domaren når först det resultat han finner rimligt och anger sedan tillämplig metod. Metoden väljs i efterhand efter önskat resultat. Kritiken är befogad såtillvida att domaren inte alltid kan motivera sina avgöranden genom att kort och gott säga: här har jag använt analogi, eller: här har jag använt motsatsslut. Ett sådant påstående har ett mycket begränsat värde om ingen läsare förstår varför analogin valdes i stället för motsatsslut, eller tvärtom. Vissa allmänt erkända normer hjälper vid valet, t.ex. bestämmelser som anger tidsfrister får inte användas analogt. Det finns även ett antal andra situationer där det är självklart att en viss bestämmelse inte får tillämpas analogt om inte starka skäl talar för en sådan tolkning. Den straffrättsliga legalitetsprincipen (jfr 1 kap. 1 § brottsbalken) anses innebära att laganalogi inte får leda till att en straffbestämmelse tillämpas utanför dess språkligt naturliga tillämpningsområde. Normerna om valet mellan laganalogi och motsatsslut lämnar emellertid ett stort område öppet för avvägningar mellan olika hänsyn. Detsamma gäller valet mellan olika analogier. Avvägningar är också utslagsgivande i många fall då man bestämmer lagens ändamål. Skall ändamålet bestämmas av lagens förarbeten? Eller skall lagens ändamål bestämmas i enlighet med Ekelöfs förslag, med stöd av lagens verkningar i typiska fall? Eller kanske skall lagens ändamål bestämmas i ljuset av allt vad lagtolkaren vet om lagens tillkomsthistoria och folkets rättsmedvetande? Vilka av dessa data som bör prioriteras i det konkreta fallet beror på en avvägning mellan fallets samtliga omständigheter. Hur man än gör måste slutsatsen om lagens ändamål bygga på olika slags avvägningar (se Peczenik 1995, 375).

Hade lagstiftningen varit helt rättvis skulle juridikens värderande argumentationsmetoder framstå som meningslösa. Den juridiska argumentationen har sålunda genom en historisk utvecklingsprocess anpassats till att förnuftigt avväga lagens bokstav och rättvisans krav.

1.6 ... och dåliga prejudikat

Frågan sattes på sin spets strax efter andra världskriget. Folke Schmidt (1955, 109) uttalade då följande: "Den svenska domaren följer prejudikaten just därför att de härrör från högsta domstolen. Detta gör han även när han menar att ett annat avgörande i och för sig skulle ha varit lämpligare. Endast om starka grunder tala för att han bör döma i saken på ett annat sätt än prejudikatet anvisar, aktualiseras frågan att pröva tyngden av de skäl som av högsta domstolen åberopas." Mer omstridd är frågan om prejudikatbundenhetens gränser. Jag kan inte utan vidare hålla med Lars Heuman (1992, 226 f.) som anser att underdomstolarna bör "följa såväl dåliga som goda prejudikat när rättssatserna kommit till klart uttryck... Det svenska prejudikatväsendet bygger på att HD skall verka för en enhetlig rättstillämpning... Rationalitetsskälen har visserligen fått ökad betydelse för HD:s sätt att lösa principfrågor, men allt mindre betydelse för en rättsfallstolkning som inriktas på kritik mot domskälen... Denna utveckling har sin grund i vikten av en enhetlig och enkel rättstillämpning, behovet av förutsebarhet och den ökande betydelsen av det arbetsekonomiska argumentet". Heuman bedömer således domstolars auktoritet som i detta sammanhang viktigare än rationalitet. Konsekvensen har dragits av bl.a. justitierådet Lind (1996-97, 362 och en tidigare artikel) som uttalade följande uppmaning riktad mot rättsvetenskapen: "Analysera gärna argumenten i domskälen, sätt dem i ett större sammanhang, gör jämförelser med andra rättssystem men förkasta inte en dom med påstående att det är feldömt. Det tjänar inget vettigt ändamål".

På det viset får man fram en klar hierarki. Domstolarna är hårt styrda av lagstiftaren och rättsvetenskapen är lika hårt styrd av domstolarnas rättspraxis. I svensk rättsvetenskap kompletteras så-

lunda lagpositivism med ett slags rättsfallspositivism – juristernas lojalitet mot rättspraxis. Men är detta tillstånd önskvärt? Prejudikatens auktoritet är en sak, deras rimlighet en annan. Blind prejudikatbundenhet är lika orimlig som blind prejudikatfientlighet. Vi behöver en förnuftig sammanjämkning mellan prejudikat och andra juridiska argument.

2 Rättsstat

2.1 Frågan om rättens legitimitet

Som sagt kan de svenska domstolarnas relativt svaga ställning gentemot lagstiftaren rättfärdigas ideologiskt genom demokratisk legitimitet. Om demokrati likställs med riksdagens herravälde blir slutsatsen att domstolens uppdrag är att verkställa politiska beslut.

Denna demokratiuppfattning är tilltalande men tyvärr alltför enkel och egentligen ohållbar. För att visa att så är fallet måste vi ägna en viss uppmärksamhet åt frågan vad som är den väsentliga poängen med en demokratisk rättsstat.

I ett väl fungerande samhälle har rättsordningen en hög legitimitet. Begreppet "legitimitet" används visserligen i olika betydelser och sammanhang. I sin huvudbetydelse innebär begreppet emellertid att normerna, institutionerna och fattade beslut godtas av medborgarna. Rätten godtas som legitim i den mån den kan förankras i rättsstatliga och demokratiska värden. Begreppen "demokrati" och "rättsstat" är emellertid ofrånkomligt omstridda (jfr Arblaster 1987, 5 om demokrati som *"essentially contestable concept"*; med hänvisning till W B Gallies berömda uttryck). Följande frågor kan ställas: Hur har orden "demokrati" och "rättsstat" använts av allmänheten, politikerna, juristerna och filosoferna, nu eller genom tiderna? Vad är den egentliga innebörden hos begreppen "demokrati" och "rättsstat"? Vilka institutioner kännetecknar en demokratisk rättsstat? Vad förväntar sig medborgarna av en demokratisk rättsstat? Hur borde en demokratisk rättsstat se ut? Frågorna är inte oberoende av varandra. Den förevarande framställningen börjar med ord och begrepp men går snart över till det väsentliga, nämligen institutioner, förväntningar och värderingar.

2.2 Rättssäkerhet och förutsebarhet

Det är typiskt för rättsstaten att en medborgare åtnjuter rättsligt skydd både mot enskilda och mot staten. Den offentliga makten utövas inom en rättslig ram. Rättsstaten kännetecknas av att maktutövningen i hög grad följer rättsreglerna, varvid följande fyra olika grundvärden befrämjas (jfr Frändberg 1993): rättssäkerhet, rättslikhet (icke-diskriminering), rättstrygghet (skydd mot våld) och öppenhet ("accessibility" – rättstillgänglighet).

Angående rättsstatsbegreppet jfr även bl.a. Taxell 1989 kap. D 3 (139-145); Bertilsson 1985, 25-38; Frändberg 1986, 21 f; Dahlberg-Larsen 1984; Dreier 1991, 73 f; Seyersted 1984; Peczenik 1995, 50-100.

Maktutövningen och rättskipningen i en rättsstat uppvisar följaktligen en hög grad av förutsebarhet. Det föreligger m.a.o. en hög grad av formell rättssäkerhet. Det väsentliga innehållet i rättssäkerhetsbegreppet omfattar kravet på att maktutövning och rättskipning kan förutses med stöd av rättsreglerna.

Vissa rättsteoretiska arbeten betraktar rättssäkerhet som identisk eller nästan identisk med förutsebarhet. Jfr bl.a. Frändberg (1982, 41 och 1986, 31: rättssäkerhet som förutsebarhet), Strömholm (1988, 394: förutsebarhet och uniformitet) och Jareborg (1992, 82: förutsebarheten hos beslut som är rättsliga). Jareborg skiljer mellan rättssäkerhet och rättstrygghet; det sistnämnda ordet betecknar kravet att statlig maktutövning skall vara rättsligt reglerad. Opalek 1964, 497 har t.ex. försvarat en "formalistisk" rättssäkerhetsuppfattning: rättssäkerhet innebär att myndigheterna följer lagen. Jfr t.ex. Hayek 1944, 72 f, Oakeshott 1983, 119 f, Raz 1979, 210 f, Zippelius 1982, 157 f. Jfr även Peczenik 1974, 72: "Med rättssäkerhet förstår man bl.a. tre saker: ett faktum att lagregler tillämpas i praktiken, ett faktum att de tolkas uniformt i olika fall och ett faktum att de inte tillämpas retroaktivt". Beslutens förutsebarhet skyddar den enskilde mot godtycklig maktutövning. Rättsstatsidealet förutsätter sålunda att det skyddsminimum som all rätt skapar för den enskilde förstärks: rättsreglerna har ett sådant innehåll att individen inte endast skyddas mot laglöst våld utan även mot själva skyddsorganisationen – staten (jfr Frändberg 1993). Staten uppfattas i detta sammanhang som en maktorganisation och rätten som en maktbegränsande faktor (jfr Bäumlin 1975, 2041 f). Därmed ökar medborgarnas chans att handla planmässigt.

Maktutövningen och rättskipningen uppvisar en hög grad av förutsebarhet endast om såväl domstolarna som myndigheterna lojalt tillämpar rättsreglerna. Reglerna måste vara tillräckligt exakta,

generella och stabila. Visserligen får de ändras men inte hur fort som helst. I en rättsstat måste reglerna vara så pass stabila att de ger medborgarna en fast ram inom vilken de kan planera sina handlingar.

2.3 Förutsebarhet och rättvisa

Förutsebarhetsvärdet tävlar emellertid med andra värden. Det föreligger bl.a. en viss spänning mellan förutsebarhet och rättvisa. Rättvisan har ett intimt samband med etiken och moralen. Rättstillämpningens förutsebarhet måste i vissa fall jämka samman med etik och rättvisa.

Mer omstritt är det om hänsyn till rättvisa borde påverka språkbruket. Vissa jurister vill "baka in" olika konkreta krav på rättsordningens innehåll i rättssäkerhetsbegreppet. Begreppets väsentliga innehåll omfattar enligt deras uppfattning inte blott förutsebarhetskravet utan tillika andra ting som "inte kan förklaras enbart med hänvisning till kravet på förutsebarhet" (Beyer 1991, 22). Rättssäkerhet uppfattas då som en katalog över olika värden. Ett exempel: Sveriges Advokatsamfunds rättssäkerhetsprogram innehåller ett försök att precisera rättssäkerhetsbegreppets övriga komponenter. "Rättssäkerhet föreligger alltså när vissa livsvärlden – livet, kroppslig integritet, personlig rörelsefrihet, yttrandefrihet, förenings- och församlingsfrihet, egendom m.m. – skyddas mot statsmaktens ingripanden genom regler som har karaktären av lag och som garanterar förutsebarhet för medborgarna" (Claes Beyers sammanfattning, 1991, 28). Hans-Gunnar Axbergers uppfattning (1988, 146-147) är en bra utgångspunkt för en fördjupad analys: "Rättssäkerhet används snarast som ett samlingsbegrepp vilket sammanfattar ett antal framför allt straffprocessuella men även vissa förvaltningsrättsliga principer. Dessa principer kan ledas tillbaka till vissa grundläggande värden. Rättssäkerheten sammanfattar det juridiska skyddet för dessa värden... (Det finns) band som knyter samman rättssäkerheten med fri- och rättighetstänkandet."

Rättssäkerheten förlorar sin poäng om myndigheterna agerar orättvist eller oetiskt. I detta sammanhang kan det talas om "materiell rättssäkerhet". Poängen med materiell rättssäkerhet är att rättskipning och myndighetsutövning baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på rättsnormerna baserade förutsebarheten och andra etiska värden, främst rättvisan. I vissa sammanhang är det materiella rättssäkerhetsbegreppet uppenbart. Att så är fallet inser man då man tänker på följande exempel. Tyska

judar under Hitlers välde kunde på grund av då gällande lagar lätt förutse att de skulle komma att förföljas, men det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.

Nils Jareborg har (1992, 90) visserligen hävdat att det som var absurt var endast den nazistiska rättens innehåll, inte rättssäkerhetsbegreppet. Det ena utesluter emellertid inte det andra. Tvärtom: ett rättssäkerhetsbegrepp måste anses vara absurt om det tillåter att en absurd rätt betecknas som rättssäker.

Sammanjämkningen mellan maktutövningens förutsebarhet och rättvisan kan inte genomföras till fullo av lagstiftaren. Även om lagstiftningen styrs av rättvisehänsyn kan som sagt "udda" fall och falltyper alltid uppkomma vilka kräver ett "skapande dömande". Förvisso är Sverige en rättsstat men rättsstatligheten garanteras bäst av ett samspel mellan lagstiftning och starka domstolar.

3 Demokrati

3.1 Demokratibegreppet: fria val, folkstyre, folkvilja, majoritetsbeslut, demokratirelevanta faktorer

Rättens legitimitet beror även på dess förankring i demokratiska beslutsmekanismer. Termen "demokrati" används förvisso på flera olika sätt. Av både historiska och språkliga skäl är det naturligt att först och främst tillämpa demokratibegreppet på politisk demokrati, dvs. på ett statsskick, ett samhällsskick i stort och ett offentligt beslutsfattande. I en vidgad betydelse kan även högskolor, vårdanstalter, föreningar, företag och andra organisationer samt beslutsfattande inom dessa kallas för demokratiska. Det bör emellertid skiljas klart mellan politisk demokrati och "vidgad" demokrati. "Grunder, motiv och argument är olika. Egentligen borde man inte använda termerna demokrati, demokratisering etc. i de sammanhang som här nämnts" (Taxell 1987, 42, jfr Hayek 1982 band 3, 38 f).

Att demokratibegreppet är omstritt innebär emellertid inte att det saknar någon bestämd mening. Ett *nödvändigt villkor* för demokrati är följande. Ett statsskick är inte demokratiskt om medborgarna saknar möjlighet att genom fria val genomdriva ett rege-

ringsskifte (jfr Popper 1966, band 1, 124; jfr även Schumpeter 1994, 167). Ett statsskick är följaktligen inte demokratiskt om någon kan välja sig själv, ge sig själv regeringsmakten eller utöva ovillkorlig och oinskränkt makt (jfr Sartori 1992, 210).

Folkstyre (folkets makt) är demokratins övergripande idé (jfr t.ex. Arblaster 1987, 8). Demokrati har ofta rättfärdigats i anslutning till begreppen "folkvilja", "folksuveränitet" osv. Begreppet "folkvilja" är förvisso en metafor. En kollektiv entitet ("folket") kan självfallet inte utrustas med någon vilja i bokstavlig (psykologisk) mening. Men metaforen bär ett viktigt budskap: Folkviljan i viss mening uppstår om de flesta medborgare kommer överens.

Ett viktigt kännetecken på demokrati är vidare att olika slags offentliga beslut följer flertalets uppfattning. Majoritetsbeslut utgör utan tvekan en av de västerländska demokratiernas huvudprinciper. Medborgarmajoritetens inflytande på förtroendevaldas sammansättning och arbetssätt har i nutiden nästan helt förverkligats av alla västerländska stater och kan uppfattas som den moderna demokratins nödvändiga villkor (jfr t.ex. Björkholm 1994, 225). Riksdagens ledamöter, kommunfullmäktige m.fl. tillsätts således efter fria val som i viss mån återspeglar väljarmajoritetens åsikter; medborgarna har därvid allmän och lika rösträtt (jfr t.ex. 1 kap. 1 § 2 st. regeringsformen).

Demokrati får emellertid inte vara någon majoritetsdiktatur. Om t.ex. hutu-majoriteten vinner valet i Rwanda får den inte för den skull förtrycka tutsi-minoriteten. Jfr SOU 1990:44 s. 15: "Demokrati kan inte identifieras med flertalsstyre och kollektiva beslutsprocesser". Vidare kan fria val enligt majoritetsprincipen missbrukas av de valda. Adolf Hitlers karriär är ett lärorikt exempel. Därför måste krav på demokratisk legitimitet gälla inte blott maktens ursprung utan även fortlöpande maktutövning.

Enligt en formell och värderingsfri definition är majoritetsomröstningar även ett *tillräckligt villkor* för demokrati. Demokrati i formell mening likställs sålunda med ett beslutssätt som i skiftande sammanhang följer flertalets uppfattning (jfr t.ex. Dahl 1989, 182; Ely 1980, 73 f; Ross 1963, 99; Tingsten 1963, 42). Denna definition kan säkert väljas för vissa begränsade ändamål. Den är emellertid olämplig i en politisk debatt. Inte heller hjälper den att besvara frågan om en lämplig maktdelning mellan lagstiftning och rättspraxis.

Ett viktigt skäl för att demokrati inte kan identifieras med flertalsstyre är att det finns olika permanenta minoriteter (jfr t.ex. Arblaster 1987, 70 f). En tillfällig minoritet, t.ex. förespråkare av en viss politisk uppfattning, kan hoppas på att någon gång förvandlas till en styrande majoritet. En permanent minoritet, t.ex. en etnisk sådan, måste skyddas på ett annat sätt. Majoritetsprincipen ägnas följaktligen ganska liten uppmärksamhet i inflytelserika skrifter i politisk filosofi. Jürgen Habermas har t.ex. ägnat den två sidor (220-21) av 700 i en av sina huvudböcker (1992) vars underrubrik lyder "*Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*". Däremot argumenteras det ofta för att majoritetsregeln måste underkastas vissa begränsningar.

Jfr t.ex. Alexis de Tocquevilles berömda formulering (1945, band 1, 433-34): "majoritetens makt... är inte obegränsad. Över den finns... rättvisa och förnuft i moralens värld och hävdvunna rättigheter i politikens värld". Jfr även den tyske socialdemokraten Eduard Bernsteins iakttagelse (1987, 177-8, originalupplagan publicerades år 1899): "Vi finner i vår tid minoritetens undertryckande genom majoriteten 'odemokratiskt', ehuru det ursprungligen ansågs fullt förenligt med folkherrevälde. I begreppet demokrati ligger just för våra dagars uppfattning en rättsföreställning innesluten: alla samhällsmedlemmars likaberättigande, och i detta finner flertalets herrevälde... sina gränser". Enligt Samuel Freeman är majoritetsstyre inte lika med demokrati, utan blott en del av demokratins institutionella framework; en stat är mer eller mindre demokratisk beroende på i vilken utsträckning medborgarnas rättigheter skyddas (1991, 356 och 362). Jfr vidare t.ex. Riley 1990, 267 f. och Taxell 1987, 9 f.).

Förvisso kännetecknas Sverige av "en övervägande kollektivistisk demokratisyn" (s. 402). "Det finns ett nära samband mellan detta demokraiideal och det samhällssystem som karaktäriserats som 'den svenska modellen'. Demokratin antas här förverkligas genom politiska majoritetsbeslut, en stor offentlig sektor och centralisering. Det kan emellertid inte råda något tvivel om att samhällsutvecklingen innebär att de bärande elementen i detta samhällssystem håller på att försvagas. Åtskilliga av det moderna Sveriges institutioner är förbundna med en typ av industrisamhälle vars tid nu oåterkalleligen är förbi. Som beskrivning av samhällets faktiska styrelsesätt passar denna demokratimodell bättre på Sverige för ett par decennier sedan än på dagens samhälle" (s. 403). Och vidare: "Vad som i den västerländska idétraditionen framstår som det

centrala är sökandet efter en balans mellan individuella och kollektiva element. Den enskilde medborgarens integritet, handlingsmöjligheter och personliga inflytande ges här en mer framträdande plats" (s. 403).

Majoritetsprincipen måste följaktligen kompletteras med vissa ytterligare demokratirelevanta faktorer, m.a.o. demokrativärden. Dessa värden är bl.a. följande: politisk intresserepresentation, medborgarnas deltagande i politiken, fri åsiktsbildning, fri tillgång till information och öppenhet, vissa andra fri- och rättigheter, rättssäkerhet, maktdelning, kontroll över politiska beslut och de politiska befattningshavarnas ansvar.

Varje demokrativärde kan förverkligas till en viss grad, således mer eller mindre. Det finns sålunda grader av demokrati (jfr Ross 1963, 92 f och Arblaster 1987, 105).

3.2 Demokratisk intresserepresentation: debatt, förhandlingar och frågetecken

Ett av demokratins viktigaste kännetecken ligger i att de politiska befattningshavarna slår vakt om medborgarnas gemensamma intressen och sammanjämkar viktiga särintressen (jfr t.ex. Lively 1975, 111 f, Eikema Hommes 1982, 31 f, Schachtschneider 1994, 617 f och 637 f). Politisk intresserepresentation är ett av demokratins viktiga idealmål.

Att intressesammanjämkningen är rimlig kan uppnås på två sätt – genom en rationell politisk debatt såväl vid valkampanjer som i parlamentet och genom förhandlingar mellan olika intressegrupper.

Rationell debatt om politiska, etiska, juridiska och andra praktiska frågor förutsätter pålitlig och allsidig information. Demokratin bygger sålunda på fri åsiktsbildning (jfr 1 kap. 1 § 2 st. och 2 kap. 12 § 2 st. regeringsformen). Medborgarna måste fritt få uttrycka sina åsikter och arbeta för deras förverkligande. Utan den fria åsiktsbildningen kan folkets kollektiva vilja inte utvecklas. Den fria åsiktsbildningen förutsätter fri tillgång till information (jfr 2 kap. 1 § 2 mom. regeringsformen). Den fria åsiktsbildningen

i politiska och inte minst juridiska frågor underlättas av att såväl politiska beslut som rättsliga avgöranden åtföljes av en uppriktig, begriplig och tillräckligt djuplodande motivering (se Bergholtz 1987, 399 f.).

Rationell politisk debatt har emellertid kommit att i vissa fall verka som en ren utopi. Politiska partier följer inte alltid rationalitetens krav, utan i stället utgör de maktkoalitioner som ofta representerar vissa socialekonomiska gruppintressen, utan hänsyn till gemensamma samhällsintressen. Det faktiska beslutsfattandet sker inte i riksdagen utan i hemliga förhandlingar mellan olika politiska grupperingar. Plenarsessioner är bara fasader som döljer de avgörande diskussionerna. Allmänheten utanför riksdagen manipuleras av statsmaktens handhavare och massmedierna, som ofta prioriterar läsar- och tittarsiffror framför den för vårt demokratiideal nödvändiga rationella kontrollen. Det är sålunda inte säkert att de folkvalda optimalt representerar väljarnas intressen. De förfogar över begränsad information, tar olika taktiska och andra hänsyn, underkastar sig partidisciplinen osv.

Förhandlingsmodellen verkar vara mera realistisk men inte heller oproblematisk. "I Sverige måste blandningsförhållandet mellan olika samhällsinstitutioner ses mot bakgrund av industrialismens genombrott och 1930-talets klasskompromiss som tog sig uttryck i förhandlingsordningar mellan stora, centraliserade och väldisciplinerade organisationer. Försöket att balansera social rättvisa med ekonomisk tillväxt har resulterat i ett komplicerat styrsystem. Majoritetsprincipen har modifierats av välutvecklade korporativa förhandlingsordningar. Näringslivet är i huvudsak privatägt och marknadsorienterat, men marknadsstyrningen modifieras av såväl majoritetsstyre som korporativa förhandlingar. ... I förhandlingssamhället beror förmågan att vinna inflytande inte endast på materiella resurser och formella positioner. Informella kontakter är också viktiga. Sådana nätverksresurser kan vara både konserverande och ojämlika. Precis som när det gäller andra maktresurser bildas cirklar. De som redan har etablerat sina förbindelser har lättare att förstärka och utveckla sitt inflytande. Utanförstående och nykomlingar får ännu svårare att ta sig in. Ett system byggt på förhandlingar och informella kontakter kan också komma

i konflikt med offentlighetsprincipen. De informella nätverken bygger vanligen på att kunskaper inte sprids till bredare kretsar. Systemet blir svåröverskådligt och vanskligt att granska och kontrollera" (SOU 1990:44, 402).

Någon principiell kritik av parlamentarismen är ändå knappast berättigad. Trots alla brister lär representativ demokrati vara överlägsen de flesta föreslagna alternativen. Men det inställer sig en viktig fråga om folkrepresentationens samspel med andra maktcentra. Borde riksdagen – dvs. i realiteten de politiska partierna – ha all makt? Eller finns det vissa beslut som borde fattas av domstolar? Förvisso är Sverige en demokratisk rättsstat men demokratin befrämjas bäst av ett samspel mellan lagstiftning och starka domstolar.

3.3 Fri- och rättigheter

Förutom den fria åsiktsbildningen kräver demokratin många andra rättigheter. Demokrati är som sagt inte någon majoritetsdiktatur. Hänsynen till olika fri- och rättigheter är den viktigaste begränsningen av majoritetsstyret. Rättigheterna uppfattas ofta som universella. Många förespråkare för den s.k. naturrättsläran anser att den "positiva" rätten, som är given av den styrande makten, är "verkligen gällande" eller "bindande" endast om den stämmer överens med de i "naturrätten" eller moralen förankrade rättigheterna (jfr Peczenik 1995, 133 f.). Moralfilosofiska frågor är emellertid kontroversiella. Inte minst frågan om rättigheternas yttersta grund är kontroversiell. Vad grundar sig rättigheterna på, medborgarnas konsensus, rationell insikt i det mänskliga samlivets nödvändigheter, eller historisk tradition? Ett stort problem har dessutom sedan länge varit hur innehållet i rättigheterna skall bestämmas närmare. Såväl i den statsteoretiska litteraturen som i olika länders lagstiftning och rättspraxis förekommer det olika mer eller mindre etablerade listor av fri- och rättigheterna. Innehållet har emellertid klarnat betydligt tack vare Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

Europakonventionens i preambeln angivna syfte är att bekräfta tron "på dessa grundläggande friheter, som... bäst hålls vid makt... genom en verksam politisk demokrati". Demokratin uppfattas alltså som ett slags betingelse för rättigheterna. Det måste emellertid tilläggas att ett visst minimum av rättigheter samtidigt utgör en nödvändig betingelse för demokratin. Frågan vad som omfattas av detta minimum är som sagt omstridd. Men ett statsskick i vilket medborgarna saknar alla rättigheter kan knappast betraktas som demokratiskt. "Demokrati kan existera bara i den mån ett lands invånare åtnjuter medborgerliga och politiska friheter" (Kriele 1988, 34). "Det finns ett nödvändigt samband mellan demokrati och frihet" (Arblaster 1987, 94).

Vid regeringsformens tillkomst var det politiska motståndet mot en grundlagsfäst rättighetskatalog påtagligt. På 80-talets början hade emellertid ett grundlagsskydd av rättigheterna införts genom 2 kap. regeringsformen och på 90-talet har skyddet byggts ut genom att Europakonventionen har gjorts till nationell svensk lag. Sterzel (1998, 42 f.) sammanfattar läget som följer. "För det första motsvarar reglerna i 2 kap. en god europeisk standard. ... För det andra får man konstatera att regeringsformen egentligen inte främst reglerar fri- och rättigheterna som sådana utan möjligheterna att begränsa dem. Det är så som det lagtekniska problemet har uppfattats i vårt land, under uppenbar påverkan av rättspositivistiskt tänkande... Det kan också förtjäna antecknas, att Sveriges medlemskap i EU enligt 10 kap. 5 § RF förutsätter att EU 'har ett fri- och rättighetsskydd motsvarande det som ges' i RF och Europakonventionen".

Rättigheternas ökade auktoritet i det svenska rättssystemet aktualiserar frågan vem som bäst är ägnad att precisera deras innebörd i kontroversiella fall. Det närliggande svaret är "domstolarna".

3.4 Maktdelning

Demokrati befrämjas av en viss maktdelning. Sambandet kan betraktas i samband med den tredelning som i anslutning till

Montesquieus grundtankar kom till uttryck i den amerikanska konstitutionen. Enligt denna lära måste lagstiftning, domsmakt och verkställande makt skiljas åt för att garantera de demokratiska institutionernas funktion. En viss maktdelning uppfattas även ofta som ett villkor för rättsstaten. "Rättstillståndet förutsätter maktfördelning" (Kriele 1988, 30). Ett maktmonopol innebär alltid ett hot mot individens frihet. Inte ens riksdagen bör ha hela den offentliga makten (jfr t.ex. Hayek 1982 band 3, 3 f, 133 f m.m.). Rättsstatens ordning ger domstolarna och de rättstillämpande myndigheterna en viss självständighet gentemot lagstiftaren och regeringen.

Regeringsformen bygger visserligen på folksuveränitetsläran, inte på maktdelningsläran, jfr t.ex. 1 kap. 4 och 6 §§. Likväl stadgar regeringsformen att ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall tillämpa rättsregel i särskilt fall (11 kap. 2 §, se ovan). Bestämmelsen skulle egentligen vara oförklarlig om folksuveränitetsläran hade varit grundlagens enda bärande princip. Domstolarnas grundlagsfästa oavhängighet avslöjar egentligen att maktdelning är så pass grundläggande i det demokratiska samhället att inte ens folksuveränitetslärans uttalade förespråkare vågar att helt genomföra de förtroendevaldas allmakt. Oberoende domstolar, självständiga statliga verk, maktdelning mellan staten och kommunerna m.m. utgör således kännetecken på statsskickets demokratiska karaktär.

En särskild betydelse har 8 kap. regeringsformen om lagar och andra föreskrifter. Enligt Sterzel (1998, 43 f.) är det från rättsstatssynpunkt väsentliga att ett regelsystem för makt- och kompetensfördelning finns utvecklat och att reglerna är generösa mot folkrepresentationen. De utgör ett visst värn mot godtycke och missbruk men – som Sterzel skyndsamt påpekar – "reglernas praktiska betydelse skall ... inte överskattas... [R]amlagstekniken ger exempel på hur den av RF tänkta ordningen i praktiken kan sättas ur kraft. Realiteten blir lätt att den ojämförligt största regelmassan på ett 'ramlagsområde' beslutas av någon förvaltningsmyndighet, medan riksdagens insats inskränker sig till att ge några urvattnade 'målregler' i lag, om t.ex. att husdjur skall få mat och vatten och att bostäder skall gå att trivas i, samt att "sätta upp ett maskineri" för den fortsatta administrationen genom regler om behöriga myndigheter, förfarande, tillsyn, tvångsmedel, överklagande etc.". I denna situation kan man fråga sig om den exakta normbildningen inte borde underkastas effektiv domstolskontroll.

Demokratiargumentet är följaktligen inte någon tillräcklig grund för slutsatsen att domstolar har en i förhållande till riksdagen så pass underordnad ställning att de inte borde få underkasta riksdagens beslut någon prövning.

3.5 Statsskicket och juridik

Sveriges statsskick förverkligar de ovan angivna rättsstatliga och demokratiska värdena till varierande omfattning. Vissa beaktas noga. Ingen skugga kan falla på våra allmänna val. Inte heller kan det på allvar hävdas att myndigheterna systematiskt åsidosätter medborgarnas gemensamma intressen eller struntar i viktiga särintressen. Åsikts- och informationsfrihet garanteras och öppenheten är exemplarisk. Rättsliga beslut är i regel förutsebara med stöd av lagen.

Andra demokratiska värden beaktas halvhjärtat. Det gäller framför allt fri- och rättigheterna. Institutionella garantier för grundläggande fri- och rättigheter finns förvisso i 2 kap. regeringsformen men uppfattas ofta som något tandlösa.

Vid regeringsformens tillkomst var det politiska motståndet mot en grundlagsfäst rättighetskatalog påtagligt. Vid 80-talets början hade emellertid ett grundlagsskydd av rättigheterna införts genom 2 kap. regeringsformen och på 90-talet har skyddet byggts ut genom att Europakonventionen har gjorts till nationell svensk lag. Sterzel (1998, 42 f.) sammanfattar läget som följer. "För det första motsvarar reglerna i 2 kap. en god europeisk standard. ... För det andra får man konstatera att RF egentligen inte främst reglerar fri- och rättigheterna som sådana utan möjligheterna att begränsa dem. Det är så som det lagtekniska problemet har uppfattats i vårt land, under uppenbar påverkan av rättspositivistiskt tänkande... Det kan också förtjäna antecknas, att Sveriges medlemskap i EU enligt 10 kap. 5 § RF förutsätter att EU 'har ett fri- och rättighetsskydd motsvarande det som ges' i RF och Europakonventionen".

Ett internationellt sett särskilt effektivt sätt att skydda rättigheterna består av att domstolarna brukar argumentera med utgångspunkt från grundlagens rättighetskatalog. I detta sammanhang uppstår sådana problem som frågan om varför grundlagen borde stå över vanlig lagstiftning. Som bekant finns det olika svar på denna fråga. Men ett attraktivt sådant är att grundlagen borde

slå vakt om samhällets gemensamma intressen och värden. Den är upphöjd över den vardagliga politiken som bygger på särintressens sammanjämkning. Den vardagliga politiken kan göra en sådan sammanjämkning till lag. Men grundlagen borde helst omfatta det som vi alla måste värdesätta (jfr Ackerman 1988, 153 f.) – såsom rättighetskatalogen. I Sverige är emellertid grundlagens genomslagskraft mindre än i många andra länder. Mellan första världskrigets slut och 1974 togs den då gällande regeringsformen knappast på allvar (jfr Sterzel 1998, 13 f.). Inte ens nu spelar vår grundlag någon större roll i rättspraxis.

Till sist behandlas vissa rättsstatliga värden styvmoderligt. Denna värdegrupp – som vårt statsskick inte har förmått att beakta på något tillfredsställande sätt – kan betecknas som juridisk. Ett viktigt juridiskt värde är att rättsreglerna konsekvent inordnas under ett fåtal begripliga rättsprinciper. Ett annat sådant värde är att rättsreglerna är någorlunda stabila, inte ändras på måfå. Dessa värden bärs av juridiska experter. Endast juridiska experter kan hjälpa lagstiftaren att göra rättsordningen tillräckligt klar och sammanhängande. Endast juridiska experter kan skapa rättsliga institut som består en längre tid. Endast juridiska experter kan göra den juridiska motiveringen tillräckligt rationell. Endast juridiska experter kan göra domarmakten respektabel nog för att utgöra en seriös motvikt till lagstiftaren och regeringen. Förvisso finns det en spänning mellan folkstyre och expertmakt (jfr t.ex. Sartori 1992, 423 f.). Men å andra sidan är ett visst samspel mellan dem nödvändigt för att den demokratiska rättsstaten fungerar väl.

4 En vision: rättspraxis som tillämpad rättsvetenskap

4.1 Rättsmedvetandet, rättsprinciperna och rättsvetenskapen

Artikelns återstående del berör frågan hur de juridiska experterna skall uttolka folkets rättsmedvetande. All rätt skapas genom folkets övertygelse. Det allmänna rättsmedvetandet är emellertid inte tillgängligt för ett direkt studium. "På lagstiftningsplanet får

man problem med det allmänna rättsmedvetandet redan genom att det är svårt att slå fast vad det innebär. Problemet är emellertid att lagstiftning ofta innebär att olika uppfattningar vägs mot varandra och att en majoritet i riksdagen får fälla avgörandet när det finns olika uppfattningar. Tanken att det i alla frågor skulle finnas en enig mening i det allmänna rättsmedvetandet är mot den bakgrunden en verklighetsfrämmande fantasi" (Ekstedt 1998, 999).

Visst instämmer jag med dessa ord. Men ändå kan man inte bortse från rättsmedvetandet. Man måste bara skilja mellan å ena sidan vaga men ständigt återkommande grundvärden, förankrade i kulturarvet och rättsmedvetandet, och å andra sidan en juridisk sammanvägning som beaktar dessa värden vid tolkning av lagen och andra rättskällor. Det finns en rätt stor enighet i det allmänna rättsmedvetandet om att livet skall skyddas, om att avtal skall hållas, om att lika skall behandlas lika osv.

Närmare bestämt ingår t.ex. följande principer och respektive värden i vårt kulturarv: rättssäkerhet; likhet inför lagen; culparegeln (att man i princip inte bör hållas ansvarig för oväntade konsekvenser av sina handlingar); principen att avtal skall hållas (*pacta sunt servanda*); principen att båda parter måste höras i en juridisk process; den straffrättsliga legalitetsprincipen ("inget straff utan lag"); vissa principer som gäller olika rättskälle- och lagtolkningsfrågor m.fl.

Det som är kontroversiellt är avvägningar mellan grundvärdena, inte grundvärdena i sig (jfr Peczenik 1995, 455 f.). Alla jurister har omfattande kunskap – dels uttalad dels tyst – om de i rättsmedvetandet förankrade principer och värden. Dessa principer och värden har inte skapats av svensk lagstiftning utan de återkommer gång på gång i olika rättssystem sedan romarrikets tid. De positiva rättsordningarna tolkar dem olika och kan då och då sätta sig över dem. Men om värdena och principerna åsidosätts helt kommer historiens dom förr eller senare – över Caligula och Nero, över Hitler och Stalin. Principerna och värdena är förvisso mottagliga för olika tolkningar. De kan dessutom kollidera mot varandra i konkreta fall. De etablerar därför inga slutgiltiga juridiska skyldigheter utan utgör endast hänsyn som skall beaktas i ett juridiskt övervägande. Principen *pacta sunt servanda* är t.ex. ett godtagbart juridiskt argument, men det räcker uppenbarligen inte för att

bedöma räckvidden för konsumentskydd i svensk rätt. Det är m.a.o. ett lika grovt fel att dra alltför långtgående slutsatser av en sådan princip som att helt ignorera den.

De i rättsmedvetandet förankrade principerna och värdena kan emellertid inte fastställas direkt, t.ex. genom opinionsundersökningar. Opinionen förändras ständigt och det är svårt för de tillfrågade att uttala den fasta kärnan i sina egna etiska bedömningar. Därför måste rättsmedvetandet fastställas indirekt på tre olika vägar, nämligen genom att man studerar lagar som tillämpats under en längre tid utan väcka opposition, vidare genom att hänsyn tas till befolkningens etablerade seder och bruk och slutligen genom rättsvetenskapen (jfr Savigny 1814).

4.2 Rättsvetenskapen i rättvisans tjänst

Starka domstolar kräver en stark rättsvetenskap. Domstolars rättsskapande skulle vinna i både kvalitet och legitimitet om det underbyggdes med en normativ rättsvetenskap.

Tanken är inte ny. Rättsvetenskapens funktion som rättsbildande aktör har en rik förhistoria. Det fanns en gång lärda jurister som vågade skapa rätt. I Rom gav kejsare Augustus några framstående jurister rätt att med kejsarens auktoritet besvara rättsfrågor; *ius publicae respondendi ex auctoritate principis*. I medeltidens Europa utgjorde *communis opinio doctorum*, hysta av de mest berömda, i synnerhet franska och italienska juridiska författarna, en viktig rättskälla. Rättsvetenskapen fick en ovanligt stark ställning i Tyskland under 1800-talet. Till följd av bl.a. den franska revolutionens skräckvälde uppfattades den då som ett fördelaktigt alternativ till upplysningstidens överdrivna föreställningar om möjligheterna att omskapa samhället efter förnuftsprinciper som bortser från historiskt givna förhållanden. Samtidigt omöjliggjorde Tysklands splittring i en mängd småstater enhetlig lagstiftning. I denna situation har *Friedrich Karl von Savigny* (1779-1861) lanserat följande teser: All rätt skapas genom sed och folkets övertygelse uttolkad av rättsvetenskapen. Rättsvetenskapens huvuduppgift efter Savigny var att underkasta rätten en systematisk omarbetning (jfr vidare 1814). Efter Savigny har

det skett ett påtagligt framsteg i den tyska rättens systematik varvid nya generella begrepp utvecklades. Den tyska civillagen (BGB) med den numera välkända indelningen i allmän del, obligationsrätt, sakrätt, familjerätt och arvsrätt kan uppfattas som rättsvetenskapens produkt (jfr Hellner 1990, 35). Mot 1800-talets slut var även den svenska doktrinens ställning väl befäst, inte minst till följd av tysk påverkan, och en professor uttalade då t.o.m. åsikten att rättsbildningen genom praxis blott var en tillämpad doktrin (jfr därom Sundberg 1978, 177-186).

Observera att den traditionella rättsvetenskapen innehöll normativa komponenter. Rättsvetenskapen är inte enbart deskriptiv, inte heller enbart normativ, utan både det ena och det andra. Den enligt min mening bästa analysen av dessa har presterats av Svein Eng (1998, 310 f.). Författaren skriver om juristernas utsagor om gällande rätt (*de lege lata*) i allmänhet, men teorin är lätt tillämplig på rättsvetenskapen. Närmare bestämt kan en juridisk utsaga kritiseras på två olika sätt: för att den bygger på falska påståenden om fakta, och för att den bygger på dåligt underbyggda avvägningar. Rättsvetenskapen är följaktligen inte enbart deskriptiv, inte heller enbart normativ, utan både det ena och det andra. Juristers utsagor om gällande rätt är varken rent normativa eller rent deskriptiva utan "sammansmälta", deskriptiv-normativa. Att pressa juristers utsagor *de lege lata* in i dikotomin "antingen deskriptiv eller normativ" är ägnat att dölja deras egenart. En jurist som uttalar sig om gällande rätt och noterar att utsagan strider t.ex. mot domstolspraxis rättar ibland till utsagan, men ibland säger han i stället att domstolarna har fel. Vilket alternativ som kommer att väljas är öppet vid den tidpunkten som utsagan avges. Det juridiska språket är enligt Eng utformat på ett sådant sätt att man undviker att dra en skarp gräns mellan det deskriptiva och det normativa. Påståenden om gällande lag är nästan avsiktligt oklara vad deras status beträffar: det finns inga kriterier som bestämmer om rättsstater skall uttolkas som deskriptiva eller som normativa.

Samtidigt hade den klassiska rättsvetenskapen anspråk på att genom den till dels deskriptiva och till dels normativa argumentationen framföra kunskap om gällande rätt. Detta anspråk kan för nutida iakttagare framstå som obegripligt men saken är kristallklar:

Rättsvetenskapen skulle utveckla kunskap om den etiskt och rättvist tolkade rätten. Rättvisan och moralen var något som man kunde ha kunskap om, inte bara en fråga om tyckande.

Och domare lyssnade på rättsvetenskapen. Som exempel kan man påminna om att Johan Thyréns lära om s.k. eventuell uppsåt (*dolus eventualis*) problemfritt accepterades av HD trots (eller snarare på grund av) sina långtgående normativa konsekvenser: Professorernas auktoritet var nog för att åstadkomma en uppmjukning av domstolens krav på åklagarens bevisbörda: gärningsmannen blev i princip ansvarig inte blott för bevisligen avsedda följder av sitt handlande utan även för de följder som han ställde sig likgiltig till. Professorerna i sin tur väntade sig sådana reaktioner. Ty de var säkra på sig själva, väl vetande om den allmänna rättsteorin som alltid skulle kunna besvara skeptikers frågor. Om det behövdes, kunde man skaffa sig stöd av filosoferna (Hegel, Boström etc.).

Rätten kom således att utvecklas genom samspel av lagstiftningen, domstolarna och den normativa rättsvetenskapen.

4.3 Den nutida svenska rättsvetenskapen

Under det senaste seklet har emellertid den svenska rättsvetenskapens betydelse för rättsbildning minskat. Förvisso lever den sammansmälta juridiken kvar. Heumans och Linds åsikter lär inte helt dominera. Förvisso fortsätter de svenska rättsvetarna att granska domskälens rationalitet och i vissa fall antyda att det är feldömt. Dessutom bidrar givetvis rättsvetarna till såväl lagstiftningen som rättspraxis.

Låt mig notera följande iakttagelser av Anna Christensen (1997, 109 f.). "Centrala och viktiga delar av rätten kan bara uttryckas som motiverade avgöranden i enskilda fall och i form av resonerande och argumenterande rättsvetenskapliga framställningar". Vidare: "I praktiken är det juristerna och inte lagstiftaren som skriver köplagen". Liknande iakttagelser återkommer om skadeståndsrätt, straffrätt och processrätt. Poängen är följande: "Den bild man får när man följer den faktiska utvecklingen är en helt annan än den som ges i den klassiska maktdelningsläran... Det är juristerna, inte lagstiftaren som har skrivit avtalslagen och köplagen. Det gäller inte bara i Sverige, utan överallt". Och vidare: "Kunskap förutsätter att de iakttagelser man gör av verkligheten

... inordnas i teoretiska modeller. Dessa teoretiska modeller, där olika typer av normativa relationer mellan människor, systematiseras och inordnas i teoretiska modeller om rättigheter och förpliktelser, dolus och culpa, obligationsrätt och sakrätt, är en del av den juridiska kunskapstraditionen. Det är denna kunskapstradition som gör att juristerna kan skriva köplagar och avtalslagar som sedan antas av lagstiftaren i praktiskt taget oförändrad form". Jag instämmer, givetvis. Men allt detta skulle kunna ha skrivits av Savigny.

Rättsvetarnas inflytande på såväl lagstiftningen som judikaturen är följaktligen påtagligt. Men å andra sidan utövas inflytandet inom dubbla ramar. Den första är en legitimitetsram. Då en professor sitter med en utredning eller i en domstol beror hans/hennes inflytande i stor utsträckning på en legitimitets"stämpel", dvs. på den roll han/hon spelar som ledamot i utredningen eller domstolen, inte bara på tyngden av argumentationen. Den andra är den snäva argumentationsramen. Den svenska rättsvetaren har blivit lojal och en smula rädd, även på de områden som förut i större utsträckning varit förnuftsmodellens revir. (En annan sak är att den offentliga rättens utveckling snarare gått i motsatt riktning, från en ostrukturerad massa av bestämmelser till mer strukturerat system. Men den offentligrättsliga vetenskapen har aldrig nått den klassiska civilrättens djärvhetsnivå.) Djärva försök att vidareutveckla rätten genom juridisk argumentation är inte rättsvetarnas vardagsmat, inte ens då de sitter vare sig med utredningar eller domstolar.

4.4 En förklaring – bl.a. om Hägerström

Den svenska rättsvetenskapens självbegränsning är förklarlig i ljuset av den s.k. uppsalaskolans vetenskapsideal. Uppsalaskolan grundades av filosofen Axel Hägerström och populariserades av juridikprofessorerna Vilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona (se t.ex. Peczenik 1995, 388 f. med referenser och kritik). Dess inflytande på svensk juridik kan inte överskattas. Skolan betecknas ofta som värdenihilistisk. Övertygelsen att ett värde har någon objektiv existens är enligt Hägerström blott ett uttryck för en känsla. Detsamma gäller övertygelser om mänskliga rättigheter, ja rättigheter över huvud taget. Inte ens juristernas grundbegrepp "gällande rätt" går fritt från denna kritik. Allt som verkligen finns

kan placeras i tid och rum. Påståenden om objektiva värden beskriver inte något som finns i tid och rum, utan blott uttrycker talarens känslor. I Hägerströms världsbild finns det ingen plats för den deskriptiv-normativa rättsvetenskapen.

I praktiken – fast inte i teorin – ledde uppsalaskolans framgångar till ett slags rättspositivism. Påståenden om befintliga värden kan inte vara sanna. Alltså finns det inga värden, utan endast människornas felaktiga föreställningar om värden. En domare som grundar sin dom på övertygelsen om objektiva moralvärden måste följaktligen ha fel. Värdena är blotta fantasier, emotionella projektioner. För Hägerström är det värdebemängda begreppet "gällande rätt" självmotsägande. För rättspositivisterna är begreppet OK, men "gällande" betyder detsamma som "given av den legitima makten". Men i praktiken spelar denna nyans ingen roll. Den praktiska konsekvensen är att domaren skall lojalt följa lagarna, utan att våga sig på spekulationer om det etiskt riktiga och rättvisa.

Genom Lundstedt blev hägerströmianismen inflytelserik i den svenska politiska eliten och i viss mån fortsätter att påverka såväl opinionen som vårt statsskick. Hägerströms inflytande på den svenska rättsordningen är ett angeläget fast ovanligt svårt forskningsämne. Låt mig bara notera vissa frågor. Finns det ett samband mellan Hägerströms värdenihilism och sådana företeelser som ren parlamentarism i Sverige, domstolarnas förarbetsbundenhet, lagpositivism och rättsvetenskapens utarmning? Sambandet är säkert inte logiskt nödvändigt. Hypotesen att den är kausal låter plausibel, fast den måste bekräftas bättre än det låter sig göra i denna uppsats. Men det går att hävda att dessa företeelser passar väl ihop med hägerströmianismen, bildar en koherent helhet tillsammans med Hägerströms verklighetsuppfattning. Av hägerströmianismen (bl.a. i Lundstedts tolkning) följer att allt tal om rättigheter som binder lagstiftaren liknar papegojans pladder (så har Lundstedt faktiskt sagt). Är då inte det enda idealet för det demokratiska statsskicket att ge medborgarna tillfälle att uttala sina preferenser, och att mäkla fred mellan dem? Har inte Hägerström själv godtagit denna slutsats? (jfr Bjarup 1997, 105 f.). Detta mål tillgodoses genom allmänna val och fri opinionsbildning. Allmänna val och fri

opinionsbildning betonas förvisso i regeringsformen. Alla band på lagstiftningsmakten är i ljuset av denna ideologi ren metafysik och måste utmönstras.

Eftersom den traditionella rättsvetenskapliga doktrinen uttalade värdesatser och dessa nu kom att uppfattas som ovetenskapliga, pläderade flera hägerströmianer för rättsvetenskapens omdaning. En sann rättsvetenskapsman skulle inte tycka till utan registrera fakta, dvs. uttalanden i lagens förarbeten och domstolarnas praxis. Flera rättsvetenskapsmän, däribland Rodhe (jfr dennes korta men inflytelserika anmärkningar, 1944, 4 och 1971, 179), försökte således bedriva en värderingsfri rättsvetenskap, vilken blott skulle utveckla olika lagtolkningsalternativ, medan en ovetenskapligt tänkande rättspolitiker då skulle kunna välja däremellan.

Uppsalaskolans höga teoretiska nivå i förening med dess skepticism har lett till, att vissa svenska rättsvetenskapsmän ofta givit upp den deskriptiv-normativa rättsvetenskapen helt och hållet och i stället bedrivit t.ex. rättssociologisk forskning eller principlöst kommenterat paragrafer och rättsfall. Det kan förvisso tänkas att uppsalaskolan således "skärpt... en utomjuridisk, utilitaristisk och ekonomisk eller social rationalitet" (Strömholm 1991, 6). Dess verkan på den juridiska rationaliteten har emellertid varit negativ.

Sist men inte minst ledde Hägerströmianismen till rättens avmoralisering (jfr Bexell 1995 *passim*). Moralen skulle hållas borta från rätten. Eftersom den klassiska rättsvetenskapens verksamhet byggde på ett antal principer med moralisk "underpinning" ledde avmoraliseringen till att den klassiska rättsvetenskapen framställdes som obegriplig, metafysisk etc.

Sverige är inte det enda landet där rättsvetenskapens normbildande verksamhet ifrågasattes. Hägerströms inflytande utanför Norden var förvisso mindre, men den "rättsrealistiska" drömmen om värderingsfrihet är en internationell företeelse. På många håll blev slagordet att en vetenskap inte kan vara normativ. Försök att på så sätt skilja mellan värderingsfri rättsvetenskap och värderande rättspolitik var vanliga under 1900-talets första hälft. Låt mig bara nämna Hans Kelsen och Leon Petrazycki (jfr t.ex. Peczenik 1975). Denna kontrast utgör även viktig beståndsdel i Alf Ross' "prognosteori" om gällande rätt (Ross 1953, 55; jfr kritik i Peczenik 1995, 103 f.). Senare har värderingsfrihetsidealet övergivits, men kritiken rullade vidare.

Några generationer senare återkom samma sak i en ny förpackning. Slagordet har blivit "critical legal studies" (CLS). CLS har ofta uppfattats som

åttiotalets motsvarighet till rättsrealismen. Förvisso finns det stora skillnader mellan de två skolorna. Ross' dröm om en värderingsfri rättsvetenskap har inte tagits över av CLS. Samtidigt är den sistnämnda rörelsen kritisk inte bara mot rättsvetenskapen och juridiken utan även mot det moderna samhället. Roberto Unger (1983) är ett bra exempel. Rättspraxis är för honom formalistisk, godtycklig och samhällskonserverande. Den borde reformeras i riktning mot en öppen debatt om grundläggande värden. Juridisk argumentation kan inte och bör inte separeras från ideologi, filosofi och politik. Den feministiska rättsteorin är likaledes kritisk mot det moderna samhället. Men om kritikerna har rätt lämnas lagstiftaren och domstolarna ensamma på fältet. Kritisk teori kan visserligen utöva en ideologisk kritik av samhället i stort men har inte utvecklat några effektiva medel ägnade att lösa rättstillämpningens vardagliga problem.

Uppsalaskolans värdenihilism – som likställer värdeomdömen med rena känslouttryck – kan emellertid kritiseras på flera grunder. Därmed är inte sagt att Hägerströms filosofi saknade poänger. Förvisso kännetecknas uppsalaskolan av klarhet och insiktsfullhet. Snarare är det så att uppsalaskolan – som så många andra filosofiska skolor – överdrev sina insikter. Moraliska värden har nämligen ett janusansikte. De är på en och samma gång kontroversiella och reser ett anspråk på riktighet. Hägerström såg det ena och underskattade det andra. Närmare bestämt kan följande konstateras (jfr Peczenik 1995, 394 f.): Den som uppriktigt uttalar ett värdeomdöme anser att det är riktigt. Känslor är däremot varken riktiga eller oriktiga, utan subjektiva, personliga. Om jag t.ex. anser att Stalins terror var ond, menar jag att så var fallet. Jag hävdar att jag har rätt i att Stalins terror var ond. Visst finns det stalinister, men de har fel. Jag säger då något om Stalin, inte om mig själv. Jag säger att terrorn var ond, inte bara att jag mår illa då jag läser om gulag. Visst upplever jag olust i detta samband men så är fallet just därför att det är ont att mörda oskyldiga människor. Det hade varit ont även om jag inte upplevde några särskilda känslor i detta sammanhang. Vidare stöder man ofta värdeomdömen med skäl. Rena känslouttryck kräver emellertid inga skäl. Värdenihilisterna uppfattar sålunda en värderande debatt som meningslös. Det är för dem meningslöst att debattera med en stalinist om gulags ondska. Visst har vi våra känslor men han har sina, punkt slut. En ständig debatt i värdefrågor är emellertid ett faktum. Mer än så. Människor har riskerat sina liv i försvar för de grundläggande värdena. De har

försvarat yttrandefriheten, tryggheten och demokratin. De har försvarat de oskyldigas rätt till liv. Det är en förolämpning mot dem att anse att de egentligen tagit fel, ty inga värden finns och de kämpade bara för sina egna känslor. Sist men inte minst: Uppsalaskolan ådagalägger därmed en skeptisk, egentligen arrogant attityd gentemot det vardagliga tankesättet och språket. En värdenihilist påstår att sådana värdesatser som "Stalins terror var ond" blott har anspråk på att beskriva något men i själva verket inte gör det utan endast uttrycker känslor. Filosofkungen befaller alltså vanliga människor sitt eget tankesätt. Allt detta står fast – oavsett hur pass kontroversiella moralåsikterna må vara. (En annan sak är att det väl inte är särskilt kontroversiellt att gulag var ond.) Facit: Endast ett fåtal professionella rättsfilosofer ansluter sig numera till Hägerströms lära. Värdeobjektivismen dominerar kompakt i filosofiska kretsar. Skeptikerna rekommenderas ett besök vid närmaste filosofiska institution. Detta förhållande måste även den beakta som i likhet med mig tidigare utvecklat vissa dubier om värdeobjektivismens berättigande (se Peczenik 1998/2 s. 65 f.).

4.5 Konsekvent normativ deskriptiv-rättsvetenskap med kunskapsanspråk?

Vilken rättsvetenskap behöver vi då? Syftet måste ju vara att återupprätta den deskriptiv-normativa rättsvetenskapens självförtroende. En sådan rättsvetenskap borde inte vara rädd att blanda in värderingar i juridiken. Den borde grundas på en vägning av olika objektivt värderade rättsprinciper (jfr Peczenik 1995, 446 f. och 627 f.; Dworkin 1977, 340 f.; Alexy 1985, 117 f.). Den borde eftersträva en koherent helhetsbild, inte nöja sig med att tugga rättsfall och förarbeten. Den borde bygga på djupgående kunskap i historia, komparativ rätt och filosofi. Den borde väva samman rätten, förnuftet och moralen.

Rättsvetenskapens möjligheter måste beskrivas och analyseras långt utförligare än det är möjligt inom denna uppsats. Detta är huvuduppgift för en kommande monografi. Låt mig endast skissera dess huvudsakliga teser. Ett viktigt rättsvetenskapligt mål är att

framställa rättsordningen som ett sammanhängande nätverk av huvudregler och undantag. Rättsvetenskapen använder sig därav av vissa traditionella medel, t.ex. laganalogi och analys av lagens ändamål men även mer moderna arbetsmetoder, som rättsekonomi, har sin plats i systemet. En viktig arbetsmetod är institutanalogi: Institutet "åberopsbörda" kan modelleras efter institutet "bevisbörda", institutet "finansiell leasing" efter "avbetalningsköp" etc. Gamla rättsinstitut tjänar som inspiration för de nya. Den traditionella rättsvetenskapen använder sig i hög grad av analys och systematik av juridiska begrepp. Argumentationen och begreppsanalysen inspirerar och stödjer varandra. Rättsvetenskapen laborerar med olika abstraktionsnivåer, såsom

- ✓ konkret rättsfallsbeskrivning och –analys;
- ✓ utarbetande av tekniska lösningar, t.ex. beskrivning och bekämpning av olika slags brottslighet, olika "fällor" i skattesystemet m.m.;
- ✓ historiska och komparativa studier;
- ✓ abstrakta framställningar av olika rättsliga institut och allmänna läror (såsom lärorna om culpa, uppsåt, adekvat orsakssammanhang i skadeånds- och avtalsrätt, förutsättningsläran i avtalsrätt etc.);
- ✓ allmänna rättsläror med normativa konsekvenser, t.ex. olika läror om lagtolkning;
- ✓ moralfilosofiska undersökningar;
- ✓ debatt om filosofiska grundpositioner bakom den allmänna rättsläran.

På så sätt systematiseras rätten under övergripande principer.

Det är kanske mest känt vilken vikt Savigny lade vid *systematiken* (1840, XXXVI): "*Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntniss und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verbunden werden. Solche Verwandtschaften nun sind erstlich oft verborgen, und ihre Entdeckung wird dann unsre Einsicht bereichern.*" Men den deskriptiv-normativa rättsvetenskapens uppgift är långt radikalare än t.ex. följande formulering (Sandström och Peterson 1996, 176): "Rättsvetenskapsmannen har till sin

främsta uppgift att garantera rättens systematiska enhet och rationalitet, men saknar såväl lagstiftarens generella som domarens, i det särskilda fallet, egentligt rättsbildande mandat. Detta innebär dock inte att rättsvetenskapsmannen är inproduktiv; ty i sitt systematiseringsarbete tillför han rätten något – nya begrepp, läror, rättsprinciper eller omformuleringar av tidigare systematiseringsförsök – som inte tidigare funnits där. Den juridiska doktrinens status som självständig rättskälla bygger på dess förmåga att förse rätten med tekniska innovationer; rättsvetenskapsmannens bidrag är härvidlag att föreslå systemenliga sätt att realisera givna rättspolitiska målsättningar".

Jag instämmer med dessa ord med ett enda – väsentligt – tillägg. Rättsvetenskaplig bearbetning kretsar visserligen kring rättsreglernas, rättsbegreppens och rättsinstitutens systematisering, men för att inte vara poänglös måste den åtföljas av normativa rekommendationer. En sådan rättsskapande systematisering är oförenlig med den i Sverige härskande rättspositivismen – som för övrigt godtas av författarna. Man kan undra om inte det intressanta med de "tekniska innovationerna" är deras normbildande effekter. Den stora frågan är om den rättsvetenskapliga systematiken bör vara värdeneutral. Mitt bestämda svar är ett nej. Grunden till svaret är att en praktisk kunskap är möjlig och att rättsvetenskapen har kunskapsanspråk.

Forskning på olika abstraktionsnivåer måste bilda en koherent helhet. Förvisso behöver en konkret rättsfallsanalys inte ge sig an filosofiska spörsmål, men det måste vara möjligt att finna intellektuella bryggor mellan en lägre och en högre abstraktionsnivå.

En sådan vetenskaplig rättsutveckling skänker rättsordningen en större koherens och större stabilitet än rent politiskt rättsskapande skulle kunna göra. Den förhindrar att de i rättspraxis ofrånkomliga avvägningarna hänger i luften och endast baserar sig på domstolens makt. Den kan skänka domstolarna en större självsäkerhet inför lagstiftningens övermakt.

Man kan tänka sig två slags samarbete mellan en sådan rättsvetenskap och politik. För det första kan rättsvetenskapen fungera som politikens hjälpvetenskap: politikerna bestämmer då målen, rättsvetarna finner de juridiskt sett bästa medlen. För det andra kan lagstiftningsarbete och rättspraxis anpassas till rättsvetenskapens begreppsliga ram. Det finns flera exempel. Rättsvetenskapen har utarbetat culparegeln, principen *pacta sunt servanda* etc. och lagstiftningen/rättspraxis har utvecklat undantag från dessa; straffrättens regler om straffmätning har utarbetats under intryck av allmänna läror; grundlagen har i viss mån anpassats till impulser från politisk filosofi osv.

Å andra sidan måste det förekomma spänning mellan rättsvetenskap och politik. Liberaliseringstrenden i straffrättslig forskning tävlar på så sätt med det ökade politiska intresset för "lag och ordning". Ökad politisering minskar därvid rättsvetenskapens betydelse. Det är ingen tillfällighet att den svenska rättsvetenskapen spelar en stor roll i internationell privaträtt (som är teknisk och "tråkig" för politikerna) men liten i den genompolitiserade miljörätten.

4.6 Den filosofiska bakgrunden: koherens i kunskapsteori

Det ovan sagda bygger på en filosofisk uppfattning som till skillnad mot Hägerström utgår från att juridiska värderingar inte är rena känslouttryck utan kan motiveras med ett anspråk på objektivitet. Den intresserade läsaren får nu stifta bekantskap med denna artikels filosofiska bakgrund. Poängen är att hägerströmianismen inte är den enda möjliga filosofin. Inte heller är den på Hägerströms värdenihilism grundade misstron mot rättsvetenskapens roll som rättsbildare filosofiskt sett nödvändig.

I kunskapsteorin finns det egentligen endast tre renodlade möjligheter: fundamentism, koherentism och skepticism. Observera att denna teori är generell. Dessa tre möjligheter finns det såväl i teoretiska sammanhang – inklusive den moderna vetenskapen – som i rätten och moralen (jfr Lehrer 1997, 3 och Tersman 1993 med omfattande referenser).

De vetenskapliga fundamentisterna anser att all vetenskap ytterst baserar sig på vissa säkra iakttagelser, t.ex. empiriska observationer, uppenbara var för sig. Alla teorier måste på något vis härledas från de fundamentala iakttagelserna för att själva vara välgrundade. De vetenskapliga koherentisterna gör gällande att det inte finns några fundamentala och säkra iakttagelser. Allt kan ifrågasättas fast inte allt på en gång. De vetenskapliga skeptikerna anser att vetenskapen egentligen saknar objektiv grund.

De etiska fundamentisterna anser att all giltig moral ytterst baserar sig på vissa säkra omdömen, uppenbara var för sig. Dessa fundamentala omdömen behöver inte bevisas medan alla icke-fundamentala etiska satser måste på något vis härledas ur de fundamentala för att själva vara välgrundade. De etiska koherentisterna gör gällande att det inte finns några fundamentala och säkra omdömen. Likväl kan man tala om "rätt" och "fel" moral. De etiska

skeptikerna anser i likhet med Hägerström att moralomdömena saknar objektiv grund.

Juridiska bedömningar bygger ofta på avvägning mellan olika skäl. Man ger skäl, skäl för skäl, och så vidare. Skeptikerna anser i likhet med Hägerström att juridiska avvägningar saknar objektiv grund. Den juridiska argumentationen i värderingsfrågor är för dem inget mer utan uttryck för den argumenterande personens subjektiva känslor. Fundamentisterna anser att de yttersta skälen som bildar den juridiska avvägningsargumentationens slutpunkt är att säkra och uppenbara. Fundamentismen uttrycker sig i juridiken på två olika sätt: Vissa rättspositivister hävdar att grundlagen är den juridiska argumentationens säkra fundament. Kelsens berömda grundnormsteori kan sättas i detta sammanhang. Vissa förespråkare för naturrättsläran gör gällande att naturrätten bildar ett sådant säkert fundament.

Ett tacksamt studieobjekt är t.ex. Hugo Grotius' grundsats om att avtal skall hållas (*pacta sunt servanda*) i förening med läran om individens naturliga disposition över sin kropp, produkter av sitt arbete m.m. (s.k. *suum*, närmare analyserat av Olivecrona, jfr t.ex. 1969). Listor av säkra grundvärden förekommer även i modern naturrätt (jfr t.ex. hos Finnis 1980).

Koherentisterna säger i stället att argumentationen ytterst vilar på bedömningen om det är skälen eller motskälen som bättre passar in i ett någorlunda koherent åsikts- och preferenssystem som den argumenterande personen hyser. Det är förnuftigt att anta att de andra juristerna likaledes hyser sådana preferens- och åsiktssystem. Vidare är det förnuftigt att anta att personer som tänker så koherent som möjligt skulle i stort sett komma överens om juridiska avvägningsfrågor (Om koherens i juridiken ur en filosofisk synvinkel se Peczenik 1998/1, 1998/2 och 1999).

Men är det koherenta systemet ägnat att approximera sanningen? Den s.k. isolationsinvändningen ifrågasätter nödvändigt samband mellan koherens och sanning. Så uppfattad har isolationsinvändningen två versioner, den lokala och den globala. Den lokala är ett missförstånd som parasiterar på koherenta science-fiction romaner och koherenta fördomar. Kan man inte följa Raz (1994, 284) och tänka sig en koherent nazistisk ideologi? Visst kan man

det, om man endast tänker på nazismen. Men inte ens en nazist kan leva i sin egen värld. Han måste veta något om fysik, biologi och det vardagliga livet. Hans fördomar kan vara internt koherenta men de passar illa till sådana data som att judarna egentligen inte är någon ras i biologisk mening, att deras beteendemönster inte statistiskt signifikant avviker från "ariernas" osv. Härmed kommer vi fram till den globala versionen.

En teori eller en mängd teorier är rättfärdigad om den är koherent med ett åsikts- och preferenssystem som täcker nästan alla livsområden. De viktigaste fysiska, kemiska och biologiska teorierna hänger således argumentativt och begreppsligt samman med livets nästan alla dimensioner. Å andra sidan kan vissa politiska ideologier och religioner, ja t.o.m. en skickligt skriven science fiction, vara internt koherenta, men de saknar samband med de flesta livsområden. Hade en sådan fiktion varit förankrad i vardagslivets mångfald, dvs. så väl hängt samman med livets olika områden att den i samma mån som olika fysiskt, biologiskt och sociologiskt konstaterbara villkor påverkat en individs vardagliga handlingar, så skulle den inte längre vara någon fantasiskapelse utan en koherent och sannolikt sann teori.

En allomfattande världsbild som uppvisar lika hög koherens mellan alla sina delar är emellertid inte uppnåelig av människor. I stället sönderfaller kunskapen i olika bitar. Mänsklig kunskap och argumentation kan delas upp i olika segment (kategorier, nivåer, vetenskapliga discipliner, vetenskapliga teorier, samhälleliga praktiker, normativa system) såsom fysik, biologi, samhällsvetenskap mm. Bland dessa kategorier måste man nämna etisk och juridisk argumentation. Varje sådan kategori karakteriseras av vissa grundläggande premisser som ger stöd åt olika slutsatser. Varje kategori uppvisar en högre grad av inre koherens, och en viss – fast lägre – grad av koherens med några andra bitar. Men de olika segmentens inbördes isolering är inte fullständig. Våra institutioner och deras historia har åtminstone det sambandet med fysik, kemi och biologi att de finns i ett universum underkastat fysiska och kemiska lagar och måste följa människans biologiska begränsningar. Samhälleliga institutioner som åsyftar det fysiskt eller biologiskt omöjliga är självfallet inte livsdugliga. De olika segmenten är som öar, de formar inte en enda kontinent. Men det finns förbindelselänkar mellan dem. Ibland liknar dessa förbindelselänkar "färjor" snarare än broar. Jag tackar Håkan Gustafsson för denna metafor. En bro står fast på sin plats. En färja kan gå olika sträckor, beroende på det intellektuella "vädret". Olika segment måste bindas samman men det kan ske på olika sätt. Färjornas besättning är filosofer som inte tar något för givet utan ständigt söker nya vägar.

Tillbaka till juridiken. En juridisk tolkning av lagen och andra rättskällor, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap, kan motiveras. Den är bättre ju koherentare dess motivering är. Koherent motivering medför att den tolkade rättsregeln hänger tillräckligt väl ihop med såväl andra rättsregler som moralvärden. Den juridiska tolkningens idealmål är som sagt att framföra kunskap om den etiskt och rättvist tolkade rätten.

En ökning av intern koherens inom juridisk argumentation måste ofta "betalas" genom att argumentationens koherens med den "fria" etiska argumentationen minskar. Juridikens existensberättigande beror på att den interna koherensvinsten väger tyngre än den externa koherensförlusten.

Detsamma gäller den juridiska argumentationens eventuella splittring i ett antal olika varianter, anpassade till olika rättsområden. Juridikens interna differentiering är rationell endast om den medför en viktigare koherensvinst inom respektive delområden än koherensförlust inom helheten (se Peczenik 1995, 564-700).

Man kan tänka sig vissa kriterier – rättare sagt tumregler – för koherens (jfr Alexy och Peczenik 1990). Samma sak kan uttryckas även genom att man talar om olika krav på koherent motivering av t.ex. juridiska slutsatser. Dessa krav kan ordnas i fyra grupper.

Den första gruppen består av olika krav på att den ifrågavarande slutsatsen stöds med skäl. Hur koherent en motivering av t.ex. en juridisk slutsats är bestäms bl.a. av hur långa argumentkedjor den omfattar. Längre kedjor gör motiveringen djupare. En koherent motivering beror också på samband mellan olika argumentkedjor. För det första kan samma premiss stödja olika slutsatser, t.ex. då en och samma generella princip stöder olika mer konkreta rättsregler. För det andra kan samma slutsats följa av olika premissmängder.

Den andra gruppen omfattar olika krav på motiveringens relevans, dvs. hur många av skälen som är relevanta inom det ifrågavarande argumentationssegmentet, se ovan om öar, broar och båtar.

Den tredje gruppen omfattar olika krav på de begrepp som används. Allmänna begrepp är ett "klister" som håller ihop argumentationen. I detta sammanhang kan man tala om universella begrepp, generella begrepp i strikt mening och analogi. Universella begrepp utgör en nödvändig betingelse för en koherent motivering. En "motivering" som endast använder namn på individuella ting och inga begrepp är knappast tänkbar. Begreppen kan emellertid vara mer eller mindre generella. Ju generellare det ifrågavarande begreppet är desto mer omfattande mängd av data betecknar det. Den allmänna delen i olika länders strafflagar använder sig t.ex. av tämligen generella begrepp för att behandla sådana frågor som uppsåt, straffrihetsgrunder m.m. angående alla klassiska brottstyper. Sådana civillagar som den tyska BGB har också en allmän del. Olika slags analogislut i juridik leder också till att generella begrepp skapas. Enligt Neil MacCormicks (1984, 235 f.) lära om normativ koherens inom rättsordningen stöder vissa generella principer ett antal rätts-

regler och gör dessa koherenta. Inte endast rättsvetenskapliga teorier utan även konkreta juridiska beslut motiveras med användning av generella begrepp. Besluten är konkreta men deras motivering kan vara generell. I vissa fall skall domstolen explicit ange en generell motivering, i andra är det tillräckligt att en sådan kan tänkas.

Den fjärde gruppen innehåller vissa krav på teorins räckvidd. En teori som förklarar ett stort antal data är bättre motiverad än en som inte gör det. Vid i övrigt oförändrade förhållanden beror kvaliteten hos en teoris motivering på hur stor mängd data och hur många livsområden teorin täcker, se ovan om isolationsinvändningen.

Inget motiveringskrav bestämmer självständigt i vilken grad argumentationens motivering är koherent. Tvärtom måste olika motiveringskrav jämkas samman, eftersom de kan konkurrera med varandra: det ena kan i vissa fall uppfyllas mer just därför att det andra uppfylls mindre. En komplex avvägning behövs t.ex. för att besvara frågan vilken motivering som är bäst, den som innehåller längst argumentkedjor eller den som omfattar störst antal data.

Förvisso kan en rättsordning, en juridisk lära, en politisk eller moralisk ideologi m.m. förändras i tiden. Men det nya är sällan helt nytt. Det är i någon mån koherent med det gamla. Gamla frågor finner nya svar som ger upphov till nya frågor. Ändå kan det nya och det gamla bilda en koherent helhet, en tradition. En tradition kännetecknas m.a.o. av en viss grad "diakron" koherens (dvs. koherens över tiden). Dess nutida komponenter harmonierar i viss mån med såväl det förflutna som med förutsägelser om framtiden. Ronald Dworkins (1986, 225 f.) teori om "*integrity*" (dvs. koherens) inom rättsordningen är ett exempel på koherens över tiden. Han jämför en jurist med en författare som deltar i produktion av serieromaner. Varje författare – och varje jurist – ser till att de tillägg som han skapar inte blott passar till generella principer och hans egna, materiella värdeomdömen, utan även harmonierar med såväl det som redan publicerats som med förutsägelser om vad efterträdarna förväntas ha att tillägga. En koherent förändring kan basera sig på vissa förutbefintliga och grundläggande åsikter, regler, principer och värden. En omtolkning av gällande lag och ett "skapande dömande" genom prejudikatbildning bygger således ofta på etablerade rättsregler och metodprinciper. Dessa förankras i samhällets rättstradition. Juridiska teorier som t.ex. bygger på romersk rätt och omfattar hela privaträtten, motiveras med långa och väl sammanbundna argumentkedjor och använder sig av

relativt generella begrepp är mer koherenta än sådana som saknar historiska rötter, förklarar en mycket liten del av rättsordningen, serveras utan argumentation och uttrycks kasuistiskt. Men samtidigt kan vidareutvecklingen leda till att rättstraditionen förändras. Rättsvetenskapens uppgift är att göra förändringen genomtänkt och moraliskt sett riktig, inte ryckig och underkastad tillfälligt intressespel.

Författarpresentation

Aleksander Peczenik. Född i Kraków, Polen 1937. Dr. Jur. JK, FD. Professor i allmän rättslära med rättsinformatik i Lund. Pågående forskning avser filosofiska frågor om koherens i juridisk argumentation. Författare av över 250 publikationer varav viktigaste är Juridikens metodproblem, Stockholm 1974, Causes and Damages, Lund 1979, The Basis of Legal Justification, Lund 1983, On Law and Reason, Dordrecht / Boston / London 1989 och Vad är rätt?, Stockholm 1995. Utländsk medlem i Finska vetenskapsakademi, Vicepresident av International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy.

Citerad litteratur

Ackerman, Bruce. 1988. Neo-federalism? I: J. Elster och R. Slagstad. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press.

Alexy, Robert. 1985. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos (Frankfurt/M. 1986: Suhrkamp).

Alexy, Robert och Peczenik, Aleksander. 1990. The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris* Vol 3 No 1bis.

Arblaster, Anthony. 1987. *Democracy*. Milton Keynes: Open University Press.

Axberger, Hans-Gunnar. 1988. *EKO-brott, EKO-lagar och EKO-domstolar. En rättspolitisk utvärdering av lagstiftningen mot ekonomisk brottslighet.* Stockholm. BRÅ Forskning 1988:3.

Bengtsson, Bertil. 1998. Den svenska grundlagen och domstolarna. *Jussens venner.*

Bergholtz, Gunnar. 1987. *Ratio et Auctoritas*. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Lund: Juridiska föreningen.

Bernitz, Ulf. 1984. För korta utredningar. *Affärsrätt* 1.

--- 1992. Inför europeiseringen av svensk rätt. *Juridisk Tidsskrift* 3 (1991/92).

Bernstein, Eduard. 1987. Socialismens förutsättningar och socialdemokratins uppgifter. I: *Vad är demokrati?*. Stockholm: Timbro idé.

Bertilsson, Margareta. 1985. Om rätt och moral. Synpunkter på Max Webers rättslära. *Statsvetenskaplig Tidsskrift.*

Bexell, Göran. 1995. *Svensk moralpolitik*. Lund University Press.

Beyer, Claes. 1991. Vad är rättssäkerhet?. *Festskrift till Gotthard Calissendorff*. Stockholm: Norstedts.

Bjarup, Jes. 1997. Reality and Ought. Hägerström's Inaugural Lecture Re-Examined. I: *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*. Juristförlaget i Lund.

Björkholm, Thérèse. 1994. *Liberté and Loi. A Reading in the Political and Legal Philosophy of Jean Jacques Rousseau.* Akademisk avhandling. Uppsala: universitetets reprocentral.

Bratt, Percy och Tiberg, Hugo. 1989. Domare och lagmotiv, *SvJT*.

Bäumlin, R. 1975. Rechtsstaat. I: H Kunst, R Herzog och W Schneemelcher (utg) *Evangelisches Staatslexikon*. 2 uppl. Stuttgart/Berlin.

Christensen, Anna. 1997. Rätten i ett samhälle under förändring. I: S. Strömholm (red). *Svensk rättsvetenskap 1947-97*. Norstedts.

Conradi, Erland. 1993. Skapande dömande. *Festskrift till Bertil Bengtsson*. Stockholm: Nerenius & Santérus förlag.

Dahl, Robert A. 1963. *A Preface to Democratic Theory*. Phoenix paperback.

Dalberg-Larsen. Jörgen. 1984. *Retsstaten, velfaerdsstaten og hvad så*. Köpenhamn.

Dreier, Ralf. 1991. Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnins zwischen Gesetz und Recht. I: *Recht- Staat- Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

--- 1986. *Laws' Empire*. London: Fontana.

Eckhoff, Torstein. 1980. Retningslinjer og "tumregler". *TfR*.

--- 1993. *Rettskildelaere*. 3 uppl. Oslo: Tano.

Eikema Hommes, Hendrik van. 1982. Rechtsstaat und das Prinzip der Repräsentation, *Rechtstheorie*.

Ekelöf, Per Olof. 1958. Teleological Construction of Statutes. *Scandinavian Studies in Law* 2.

Ekstedt, Olle. 1997-98. Journalismen och rätten. *Juridisk Tidskrift 4* (1997/98).

Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust*: A Theory of Judicial Review. Cambridge/Mass: Harvard University Press.

Eng, Svein. 1998. *U/enighetsanalyse – med saerlig sikte på jus og allmenn rettsteori*. Oslo: Universitetsforlaget.

Europarätt. 1992. Europarätt och rättsvetenskap. Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen. Stockholm: Iustus Förlag.

Finnis, John. 1980. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.

Freeman, Samuel. 1991. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. *Law and Philosophy*.

Frändberg, Åke. 1982. Some Reflections of Legal Security. I: *Philosophical Essays Dedicated to Lennart Åqvist*. Uppsala: Philos. Society.

--- 1993. The Law-State. An Essay in General Jurisprudence (manuskript).

Frändberg 1986. Rättsstatens organisation. Ingår i: P Needham och J Odelstad (red), Changing Positions. Essays Dedicated to Lars Lindahl on the Occasion of His Fiftieth Birthday. Uppsala: Philosophical Studies published by the Philosophical Society and the Department of Philosophy. No. 38.

Görlitz, Axel och Voigt, Rüdiger. 1985. *Rechtspolitologie. Eine Einführung*. Opladen: Westdeutscher Verlag.

Habermas, Jürgen. 1992. *Faktizität und Geltung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Hart, H L A. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. 71 *Harvard Law Review* 593. Cit enl Joel Feinberg och Hyman Gross (red), *Philosophy of Law*. 2 uppl. Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.

Hayek, Friedrich A. 1944. *The Road to Serfdom*. Chicago: Chicago University Press.

Hayek 1982. Law, Legislation and Liberty. London, Melbourne and Henley: Routledge & Kegan Paul.

Hellner, Jan. 1990. *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten*. Stockholm: Juristförlaget.

--- 1992. Strikt ansvar för skada från fjärrvärmeanläggning. *Juridisk Tidskrift*.

--- 1994. *Rättsteori*. Stockholm: Juristförlaget.

Heuman, Lars. 1992. Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet. *Festskrift till Per Olof Bolding*. Stockholm: Juristförlaget.

Jareborg, Nils. 1992. *Straffrättsideologiska fragment*. Uppsala: Iustus Förlag.

Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre*. 2ª uppl. Wien: Deuticke.

Kriele, Martin. 1988. *Den demokratiska världsrevolutionen*. Göteborg: Timbro.

Lehrer, Keith. 1997. *Self-Trust. A Study of Reason, Knowledge, and Autonomy*. Oxford: Clarendon Press.

Lind, Johan. 1996-67. Högsta Domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla. *Juridisk Tidskrift*.

Lively, Jack. 1975. Democracy. Oxford: Blackwell.

Lögdberg, Åke. 1986. Betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten. *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*.

MacCormick, Neil. 1984. Coherence in Legal Justification. I: A Peczenik, L Lindahl och B van Roermund (red), *Theory of Legal Science*. Dordrecht/ Boston/ Lancaster: Reidel.

Nergelius, Joakim. 1996. *Konstitutionellt rättighetsskydd*. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv. Stockholm: Fritzes Förlag.

Oakeshott, Michael. 1983. The Rule of Law. I: *On History*. Oxford: Blackwell.

Olivecrona, Karl. 1969. The Concept of Right According to Grotius and Pufendorf. I: *Festschrift für Germann*. Bern.

Opalek, Kazimierz. 1964. The Rule of Law and Natural Law. I: *Festskrift till Olivecrona*. Stockholm: Norstedts.

Peczenik, Aleksander. 1974. *Juridikens metodproblem*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.

--- 1975. Petrazycki and the Post-Realistic Jurisprudence, I: Jan Górecki, red., *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki*, Urbana Chicago London: University of Illinois Press.

--- 1995. *Vad är rätt*. Stockholm: Norstedts.

--- 1998/1 A Coherence Theory of Juristic Knowledge. I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz and Wolenski, *Coherence in the Law*. Lund: Juridiska föreningen.

--- 1998/2. Second Thought on Coherence and Juristic Knowledge. I: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz and Wolenski, *Coherence in the Law*. In press. Lund: Juridiska föreningen.

--- 1999. Koherens och juridik. *Filosofisk Tidskrift*.

Petrén, Gustaf. 1980. Sveriges grundlagar, 12 uppl. Stockholm.

Popper, Karl R. 1966. *The Open Society and Its Enemies*. 5 uppl. London: Routledge & Kegan Paul.

Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.

--- 1994. Ethics in the Public Domain. *Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.

Riley, Jonathan. 1990. American Democracy and Majority Rule. *Nomos* XXXII. New York and London: New York University Press.

Rodhe, Knut. 1944. *Gränsbestämning och äganderättstvist*. Lund.

--- 1971. Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt. *SvJT*.

Ross, Alf. 1953. *Om ret og retfaerdighed*. Köpenhamn: Nyt nordisk forlag.

--- 1963. *Varför demokrati?*. Stockholm: Kronos.

Sandström, Marie och Peterson, Claes. 1996. Lex lata – lex ferenda. Fakta eller fiktion? I: *Lex Ferenda*. Stockholm: Juridiska fakultetens skriftserie.

Sartori, Giovanni. 1992. *Demokratietheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Savigny, Friedrich Carl. 1814. *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.*

--- *System des heutigen römischen Rechts.* Band 1. Berlin.

Schachtschneider, Karl Albrecht. 1994. *Res Publica Res Populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre.* Berlin: Duncker & Humblot.

Schmidt, Folke. 1955. Domaren som lagtolkare. *Festskrift till Herlitz.* Cit. enl. *Studiematerial i allmän rättslära.* Stockholm 1971: Juridiska föreningen.

--- 1976. *Facklig arbetsrätt.* Stockholm: Norstedt.

Seyersted, F. 1984. *Demokrati og retsstat.* Oslo.

Sterzel, Fredrik. 1998. Regeringsformen ur rättsstatens perspektiv. *Författning i utveckling.* Rättsfondens skriftserie.

Strömholm, Stig. 1966. Legislative Material and Construction of Statutes. *Scandinavian Studies in Law* 10.

--- 1988. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning.* 3 uppl Stockholm: Norstedts.

--- 1991. Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen?. *Tidsskrift for Rettsvitenskap.*

Sundberg, Jacob. 1978. *Fr. Eddan t. Ekelöf.* Stockholm: Juristförlaget.

Taxell, Lars Erik. 1987. *Demokrati.* Åbo: Åbo Akademis förlag.

--- 1989. *Rätt, individ, samhälle.* Helsingfors: Föreningen Konstsamfundets publikationsserie V.

Tersman, Folke. 1993. *Reflective Equilibrium.* Stockholm: Almqvist & Wiksell International.

Tingsten, Herbert. 1963. *Demokratiens problem*, 3 uppl. Stockholm.

Tocqueville, Alexis de. 1945. *Democracy in America* band 1, utg av Phillips Bradley. New York: Vintage.

Unger, Roberto Mungabeira. 1983. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review.*

Zippelius, Reinhold. 1982. *Rechtsphilosophie.* München: Beck.

Maktdelning och politikens judikalisering

Joakim Nergelius, docent, Lund

Inledning. Översikt över framställningen

Ämnet för denna artikel torde vara bland det mest aktuella som just nu kan tänkas inom rättslivet, särskilt inom den konstitutionella rätten och den del av juridiken som gränsar till eller åtminstone berör statsvetenskapen. Det är emellertid inte nog med detta; *judikaliseringen* av det politiska livet i så gott som hela västvärlden är dessutom en av de absolut tydligaste politiska tendenserna i vår tid, vars betydelse inte tycks ha uppmärksammats tillräckligt i den allmänna debatten. Judikaliseringen är därför ett sällsynt intressant fenomen och högst lämpligt att behandla i en artikel av detta slag. Lite tillspetsat kan man säga att den berör en inför framtiden mycket viktig demokratifråga, inte genom att utgöra något hot mot demokratin utan genom att den kan framtvinga en omdefiniering av vissa traditionella demokratikriterier.

Vad innebär då judikalisering? Hur skall processen eller fenomenet enkelt definieras? Och vad beror det på? Enkelt uttryckt kan judikaliseringsprocessen sägas innebära att fler och fler viktiga politiska frågor avgörs av domstolar och andra judiciella organ i stället för, som tidigare, av centrala politiska organ som regering

och riksdag.[1] Politikerna har så att säga inte längre monopol på de viktiga politiska besluten. Rikhaltiga exempel på en sådan utveckling under de senaste decennierna finns bland annat i USA, Tyskland, Frankrike och inom EG-rätten.

Om man nu skall försöka förklara varför det är så att utvecklingen går i riktning mot ökad politisk makt för de juridiska organen i hela västvärlden och varför denna tendens även påverkar Sverige, så måste flera olika faktorer framhävas. Såväl konkreta politiska händelser som allmänna tendenser i samhällsutvecklingen har bidragit till detta, som kommer att framgå i nästa avsnitt.

Först och främst menar jag att vi nog kan slå fast och utgå från att denna tendens faktiskt föreligger. Det är inte fråga om några fantasifoster från min sida vilka syftar till att inför framtiden argumentera för ökad maktdelning i svensk rätt, med hänvisning till den påstådda utvecklingen på andra håll i världen; därtill är de konkreta exemplen på judikalisering runtom i världen alltför talrika. För svensk del räcker det här med att hänvisa till kärnkraften och Systembolagets (och därmed hela alkoholpolitikens) framtid; vem hade för tio år sedan trott att så politiskt laddade frågor skulle avgöras av andra organ än regering och riksdag? Någonting ganska viktigt har alltså hänt under de senaste åren, vilket möjligen skulle föranleda en mot nymodigheterna skeptisk anhängare av obegränsad folksuveränitet att likt Hamlet utbrista i ett "något är ruttet i Sverige". Jag vill dock av flera olika skäl nyansera denna negativa bild, som med all säkerhet har många förespråkare i domar- och ämbetsmannakretsar.

[1] Se bl.a. min artikel Law and Politics – On Democracy and Judicial Review, i *Justice, Morality and Society – A tribute to Aleksander Peczenik*, Lund 1997 s. 305 o. 312 f för konkreta exempel. För en aktuell diskussion om judikalisering i ett EU-perspektiv, där EG-domstolens stundtals normskapande verksamhet står i förgrunden, kan även hänvisas till Ola Wiklund, Juridik är att vilja – om gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme, i Bernitz/Gustavsson/Oxelheim (red.), *Europaperspektiv 1998 – Årsbok för Europaforskning inom ekonomi, juridik och statskunskap*, Stockholm 1998 s. 117-33.

Jag avser här nedan att inledningsvis försöka beskriva judikaliseringens orsaker och utvecklingsförlopp samt förklara varför processen även påverkar det svenska samhället, både vad gäller rättssystemet och det politiska livet. Därefter tar jag en mer normativ ansats, avsedd att utröna om utvecklingen på det hela taget är av godo eller inte.[2]

Det kan här än en gång poängteras att dessa frågor, mot bakgrund av deras stora samhälleliga betydelse, har debatterats förvånansvärt litet i Sverige. Orsaken till det är kanske att domstolarnas ökade makt är ett ganska nytt fenomen, som kommit plötsligt och oväntat för både jurister och politiker. Möjligen spelar också massmedias ointresse för och okunskap i juridiska och konstitutionella frågor en viss roll. Länge har detta varit en massmedial icke-fråga.

I svensk demokratidebatt har sedan länge funnits en tendens att starkt identifiera demokrati med flertalsstyre och därmed att betrakta alla tecken på *maktdelning* med misstro. Detta framhävande av folksuveränitet som statsskickets utgångspunkt är rentav inskriven i grundlagens portalparagraf (RF 1:1). Judikaliseringen innebär onekligen ett ökat inslag av maktdelning i statsskicket, vilket nog känns särskilt ovant i de länder (som Sverige) där en stark maktdelningstradition saknas och där den politiska kulturen snarast präglas av en utpräglad motvilja och misstro mot just maktdelning. Först på senare år har det blivit legitimt att förespråka ett ökat utrymme för maktdelning i olika former, i spåren av EU-medlemskapet, ett antal fällande domar mot Sverige i

[2] Sådana mer värderande ställningstaganden från min sida finns delvis också i avhandlingen *Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Stockholm 1996 kap. 3 och 20 samt i artikeln Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet – några reflektioner kring de senaste årens debatt och praxis, *SvJT* 1997 s. 426-457. Som jag utvecklat här och annorstädes torde inställningen till judikaliseringen som fenomen till stor del bero på bedömarens egen demokratisyn; den som förespråkar ett formellt demokratibegrepp där demokrati i stort sett jämställs med flertalsstyre har större anledning att motsätta sig judikaliseringen än den som också betraktar maktdelning och ett starkt skydd för enskildas rättigheter som väsentliga för en fungerande demokrati.

Europadomstolen för mänskliga rättigheter och den allmänna judikalisering av det politiska livet som i hög grad präglat utvecklingen i västvärlden under 1990-talet. Kanske kan man också ana att den allmänna nedgången för svensk ekonomi och "den svenska modellen" ökat intresset för andra konstitutionella arrangemang än sådana som innebär en oinskränkt maktkoncentration till de politiska organen. Möjligen är det så att pendeln nu svänger tillbaka från renodlad parlamentarism, folksuveränitet och majoritetsstyre till maktdelning, lagprövning och domstolsmakt samt ökat skydd för individers och minoriteters rättigheter. Kanske är det nu rentav tid att på allvar bryta med det traditionella svenska synsättet och inte bara böja sig för judikaliseringen som ett oundvikligt faktum, utan rentav bejaka den nya utvecklingen.

Närmare om judikaliseringens bakgrund och natur

Som symptomatiskt för judikalisering har ovan betonats att domstolar får mer makt på de valda politiska organens bekostnad. Det är emellertid inte bara domstolarna som ökat i betydelse. Om bilden skall bli fullständig och judikaliseringen i dess helhet greppas måste även fenomen som de s.k. undersökningsdomarnas starka ställning i bland annat Frankrike, Italien och Spanien beaktas; det är dessa som under senare år så ofta ingripit mot mutade statsråd, partikassörer eller riksbankschefer och därmed igångsatt formliga upprensningsaktioner i de korrumperade träsk som det offentliga livet i dessa länder på senare tid stundtals verkat vara. Också härigenom har juridiken och rättsväsendet hamnat i fokus, senast i Frankrike då ordföranden i författningsrådet, Conseil Constitutionnel, den förre advokaten och utrikesministern Roland Dumas, blivit misstänkt för allvarliga korruptionsbrott och föremål för en ganska spektakulär förundersökning.

I USA har man under de senaste åren, även inom statsvetenskapen och sociologin, rentav börjat tala om juridiken som vår tids ideologi och om *rights talk*, dvs. tendensen att formulera snart sagt alla politiska krav som individuella eller gruppbaserade rättigheter

vilka kan genomdrivas vid domstol, som en dominerande samhällelig tendens.[3] Det kan erinras om att de välkända juridiska problemen för USA:s president Bill Clinton har sitt ursprung i att Supreme Court i maj 1997 fann att han var skyldig att svara i domstol på anklagelser om sexuella trakasserier.[4] Beslutet i USA:s representanthus den 19 december 1998 att väcka riksrättsåtal, *impeachment*, mot Bill Clinton kan givetvis ses som det allra tydligaste tecknet på judikalisering i vår tid, men då bör man komma ihåg att denna möjlighet alltid funnits enligt USA:s grundlag och faktiskt tillämpades första gången redan 1868; anledningen till att Richard Nixon valde att avgå 1974 var för övrigt att han fruktade att behöva genomgå just denna procedur. Ett mer särpräglat exempel på judikalisering, som knappast hade inträffat för tio eller tjugo år sedan, är i så fall turerna kring generalen och förre diktatorns Augusto Pinochet utlämning från Storbritannien till Spanien (eller något annat land), där han sannolikt kommer att ställas inför rätta. Själva det förhållandet att en spansk åklagare med utsikt till framgång vänder sig till myndigheter i ett annat land för att få ett tredje lands ex-diktator utlämnad för brott vilka ligger långt tillbaka i tiden markerar enligt min mening ett viktigt internationellt trendbrott i synen på förhållandet mellan juridik och politik. Detsamma kan för övrigt sägas om försöken att etablera en permanent internationell krigsförbrytardomstol; det är tydligt att övertygelsen ökat i vad som brukar kallas för "världssamfundet" om att rätten, juridiken, kan vara ett effektivt verktyg för att bestraffa och komma till rätta med det förflutnas illgärningar (och därmed även avskräcka potentiella tyranner från att gå alltför hårt fram).

Bilden är alltså tämligen entydig, både i europeiskt och globalt perspektiv: Judikaliseringen ökar i betydelse och den tycks ha kommit för att stanna, även om den kan ta sig olika uttryck i olika sammanhang och delar av världen. Processen tycks inte heller styras av någon entydig politisk tendens, utan får nog beskrivas

[3] För en översiktlig orientering kan hänvisas till Helle Porsdam, JURA – 1990'ernes ideologi?, i *Juristen* (Danmark), 1997 s. 82-88.

[4] Beslut 27 maj 1997 i målet William Jefferson Clinton mot Paula Corbin Jones, 95-1853, U.S. Law Week, Vol. 65 (Supreme Court), s. 4372.

som ideologiskt i grunden ganska neutral.[5] I USA betonas inte sällan just de egalitära aspekterna av judikaliseringen, dvs. att den ofta är ett starkt värn för svaga individers och minoritetsgruppers intressen.[6] Vad man än tycker om riksrättsåtalet mot Bill Clinton är det förvisso inget tecken på stora klasskillnader att en enkel, fattig kvinna som Paula Jones med viss framgång kan dra världens mäktigaste man inför domstol.

Av vad som sagts ovan är det vidare tydligt att judikalisering är något mer och större än bara exempelvis lagprövningsrätt för domstolar och andra enskilda rättsliga företeelser. Ytterligare något bör kanske därför sägas om judikaliseringens bakgrunder och orsaker, för att fenomenet skall bli helt begripligt. Schematiskt kan möjligen en indelning av dessa orsaker tänkas, såtillvida som några av de tänkbara orsakerna tycks återspegla en ganska generellt ökad brist på förtroende för de politiska organen från medborgarnas sida. Hit hör de tidigare nämnda korruptionsaffärerna, vilka ju på kommunal nivå haft vissa motsvarigheter även i Sverige. Åtminstone på våra breddgrader bör också framhållas de nedskärningar som skett i den ekonomiska krisens spår. Dessa har sannolikt rubbat medborgarnas tilltro till den nordiska välfärdsstatens förmåga att ständigt leverera fler förmåner och bättre villkor. Nära besläktat härmed är det ökade avstånd mellan väljare och valda som i dag tycks utgöra ett allvarligt problem i flertalet demokratier. Risken för maktmissbruk i olika former, på olika nivåer i förvaltningsapparaten, tycks de facto ha ökat under senare år. Den legitimitets- och förtroendeförlust för de politiska organen som blivit följden av denna utveckling ökar behovet av och förståelsen för maktdelning i form av ökad makt också över politiskt känsliga frågor för domstolar och andra rättsliga organ, inte minst som ett korrektiv mot maktmissbruk i olika former.

[5] Jfr Nergelius, *Law and Politics* s. 308 f.

[6] Detta förhållande uppmärksammades i en debattartikel i DN den 2/12 1998, Med lagen i ryggen av Lars Trägårdh/Michael X Delli Carpini, men har i övrigt sällan diskuterats i svensk eller nordisk debatt. Se dock Porsdam, a.a. samt Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd* s. 150 ff.

Naturligtvis kan också flera olika teoretiska argument anföras till stöd för en sådan ordning. Stundtals talas om en domstolarnas *institutionella särställning*.[7] Härmed menas inte minst att domstolarna är oberoende av den politiska processen och därför bättre lämpade att pröva frågor om lagars rättsenlighet objektivt än några andra organ, liksom att de i högre grad än andra statsorgan är tillgängliga för medborgarna och därför verkligen, när ett mål tas upp till prövning, behandlar parternas sak. Också det faktum att de är skyldiga att motivera sina ställningstaganden är av intresse i sammanhanget; detta möjliggör en öppen debatt om deras avgöranden, vilket stundtals kan vara en skillnad mot politiskt beslutsfattande, som allt mer tenderar att ske bakom stängda dörrar.

I den rättsteoretiska doktrinen har också bland annat anförts, t.ex. av den inflytelserike anglo-amerikanske rättsfilosofen Ronald Dworkin, förutom att starka domstolar bättre än politiska organ kan skydda svaga minoriteters ställning, att domstolar är mer benägna och bättre ägnade att slå vakt om samhällets mer långsiktigt hållbara värden, de grundläggande principer som slagits fast i grundlagen, än de politiska organen, vilka däremot är bättre på att förverkliga konkreta samhälleliga mål av olika slag.[8] I svåra fall – *hard cases* – bör domstolarna enligt Dworkin försöka värna principer och därför lägga principargument av olika slag till grund för sina avgöranden; domstolarna bör enligt Dworkin hellre avgöra vilka rättigheter medborgarna har än hur den allmänna välfärden bäst bör främjas.[9] Jordmånen för teorier av detta slag tycks ha varit gynnsam under senare år, vilket förutom med de nyssnämnda allmänna tendenserna och förklaringarna bland annat kan tänkas bero på framväxten av det s.k. mångkulturella samhället, som fäster uppmärksamheten vid minoritetsgruppernas situation. Dessutom är det kanske helt allmänt så att folksuveränitet och majoritetsstyre är lättare att upprätthålla i etniskt homogena nationalstater än i brokiga, multikulturella statsbildningar; skillnaden mellan

[7] Se bl.a. Nergelius, a.a.

[8] En intervju med Dworkin (av Jonas Ebbesson), där han – på svenska – något redogör för dessa teorier, återfinns i tidskriften *Arena* nr 4/1998.

[9] Se närmare bl.a. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge 1985.

USA och Storbritannien är här talande och mycket talar också för att Rousseau, när han lade fram sin teori om den allsmäktiga allmänviljan, främst hade små och etniskt homogena "stadsstater" som hans ungdoms Genève, där medborgarna kunde sammanstråla och fatta kloka beslut för hela stadens intresse, i åtanke.

Till det sagda kommer så vissa konkreta politiska händelser vilka också bidragit till utvecklingen, inte minst under det allra senaste decenniet. Visserligen kan man med visst fog hävda att juristernas makt ökat under hela efterkrigstiden, till följd inte minst av att lagstiftningen i de moderna välfärdsstaterna ökat så enormt i omfattning.[10] Denna utveckling har också haft andra konsekvenser än de man normalt sett refererar till i judikaliseringssammanhang; flertalet icke-brittiska jurister lever t.ex. alltjämt i föreställningen att prejudikat är den främsta rättskällan i Storbritannien. Men faktum är att domstolarna ända sedan den ärorika revolutionen 1689 saknat möjlighet att ingripa mot eller överpröva av parlamentet antagna lagar och att lagstiftningen ökat enormt i omfattning under efterkrigsperioden.[11] Ändå är det nog så att judikaliseringen accentuerats under de allra senaste decennierna.

Såväl Tysklands återförening som den fördjupade integrationen inom EU, vilka ju båda i grunden är ett resultat av 1989 års dramatiska politiska händelser, har bidragit till att vidga utrymmet för judikalisering. Återföreningen gav i sig upphov till särskilda konstitutionella frågeställningar som författningsdomstolen fick avgöra – särskilt abortfrågan, där reglerna var olika i de båda tyska staterna, samt huruvida femprocentsgränsen för att ett politiskt parti skall komma in i den tyska förbundsdagen skall beräknas i hela landet eller i östra Tyskland för sig[12] – och skapade dessutom en osäkerhet om Tysklands framtida utrikespolitiska kurs och ställning, vilken är bakgrunden till flera avgöranden rörande viktiga utrikespolitiska frågor. Vad gäller EU-integrationen, som tog ytterligare fart och fördjupades efter den tyska återföreningen,

[10] Så t.ex. Wiklund, a.a.s. 119 f.

[11] Se närmare om denna problematik Nergelius, a.a. kap. 9.

[12] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 88,203 resp. 82, 322.

märks att den ämnesmässiga expansion som ägde rum genom Maastrichtfördraget ökade EG-rättens omfång och därmed ytterligare utvidgade EG-domstolens fögderi. Därtill kom att förhållandet mellan EG-rätten och de nationella *grundlagarna* i medlemsländerna plötsligt blev en brännhet fråga när det blev tydligt att EG-rätten även omfattade frågor som berörde vitala delar av den traditionella nationella suveräniteten, som t.ex. medborgarskap och införandet av en gemensam valuta. Den tyska författningsdomstolen meddelade 1993 ett uppmärksammat avgörande om Maastrichtfördragets grundlagsenlighet[13], vilket påverkade diskussionen om dessa frågor i flertalet EU-länder. Förutom i Tyskland och Danmark kom liknande frågor upp till rättslig prövning bland annat i Frankrike och, om än mer indirekt, i Irland och Storbritannien. Även de svenska förarbetena till den grundlagsändring (i RF 10:5) som genomfördes i samband med det svenska EU-medlemskapet bär i hög grad spår av denna rättsutveckling.[14] Dessa förarbeten kan därför ses som ett av de första exemplen på hur Sverige tagit intryck av judikaliseringsprocessen på andra håll i världen.

Sverige i världen

Maktmissbruk, politikermisstro, korruption, politiska händelser i Europa, det moderna samhällets komplexitet: orsakerna till att judikaliseringen tagit fart under det senaste decenniet är alltså många och ganska lätta att identifiera. Dessutom är de konkreta exemplen på judikalisering alltså, som förhoppningsvis framgått ovan, både för många och för betydelsefulla för att kunna negligeras. I USA är bilden som nämnts entydig; alltfler samhällsfrågor hamnar under domstolars jurisdiktion och påtryckningsgrupper av olika slag anpassar sin argumentation och planering härefter (även om den s.k. *political question doctrine* enligt vilken domstolarna, inklusive Supreme Court, måste avstå från att pröva vissa förment

[13] BverfGE 89, 155.

[14] Se prop 1993/94:114 och KU 1993/94:21.

typiskt politiska ämnen som t.ex. utrikespolitik[15] innebär en viss restriktion). I Tyskland finns alltså inte ens denna spärr; tvärtom har *Bundesverfassungsgericht*, den mäktiga tyska författningsdomstolen, under senare år avgjort inte bara frågan om Maastrichtfördragets grundlagsenlighet utan också om möjligheten för tyska soldater att delta i fredsbevarande men väpnade aktioner (vilket väl kan ses som själva sinnebilden för en renodlat politisk fråga).[16] Frankrike är ett land vars statsskick historiskt sett haft mycket gemensamt med Sverige, inte minst genom den starka betoningen av allmänvilja (Rousseaus *volonté générale*) och folksuveränitet, med åtföljande parlamentarism och majoritetsstyre som bärande konstitutionella principer. Även där har dock under de senaste decennierna ett tydligt element av maktdelning och lagprövning införlivats i rättssystemet genom författningsrådets, *Conseil Constitutionnel*, regelbundna och betydelsefulla granskning av antagna men ännu inte ikraftträdda lagars grundlagsenlighet. Bilden är likartad i de nordiska länderna, av vilka endast Norge historiskt sett känner någon mer omfattande lagprövningsrätt för domstolarna.[17] I Finland är domstolar rentav förbjudna att utöva lagprövningsrätt[18], men detta tycks nu vara på väg att ändras i samband med en förestående grundlagsreform. Och i Danmark, där domstolarna traditionellt varit nästan lika återhållsamma som i Sverige med att någonsin utöva den lagprövningsrätt de i och för sig anses besitta, har Höjesteret nyligen, i april 1998, gjort en utförlig prövning av Maastrichtfördragets grundlagsenlighet.[19] Detta är nog så viktigt, eftersom den allmänna uppfattningen bland danska politiker och jurister fram till 1996, då Höjesteret beslöt pröva målet, var att domstolsprövning av en sådan central politisk och konstitutionell fråga i praktiken var otänkbar.

[15] Se närmare Nergelius, *Law and Politics* 309 ff samt i *Konstitutionellt rättighetsskydd* s. 391 f.

[16] BVerfGE 89, 155 resp. 90, 286.

[17] En utförlig genomgång av den norska lagprövningsrättens historia finns i Eivind Smith, *Höyesterett og folkestyret*, Oslo 1993.

[18] Se § 92 i Regeringsformen e contrario.

[19] U(geskrift for Retsvaesen) 1998.800 H.

EG-domstolen fick tidigt rollen som författningsdomstol inom EG-rätten, med rätt att åsidosätta regler beslutade av de andra institutionerna och tolkningsvägen uttala sig om de nationella reglernas förenlighet med EG-rätten, ehuru denna sistnämnda och väsentliga del av domstolens verksamhet inom ramen för det förfarande med s.k. förhandsbesked som regleras i art. 177 i Romfördraget formellt i hög grad skett i samarbete med de nationella domstolarna, vilka dels beslutar att inhämta sådana besked, dels i slutänden dömer på basis av de av EG-domstolen meddelade tolknings- eller förhandsbeskeden. Det är alltså faktiskt de nationella domstolarna som meddelar den slutliga domen i så gott som alla de omtalade mål vilka prövas av EG-domstolen, men de är då i sin rättstillämpning bundna av vad den mäktiga domstolen i Luxemburg sagt och således inte särskilt självständiga.[20] EG-domstolen har för övrigt, i likhet med den tyska författningsdomstolen, i sin rättstillämpning egentligen aldrig iakttagit någon särskild återhållsamhet inför enskilda, förment politiska frågor; tvärtom bygger den *konstitutionalisering* av de grundläggande EG-fördragen som ägt rum inom EG-rätten, och som frambringat en helt ny slags överstatlig rättsordning, till mycket stor del på domstolens praxis.

Inte heller Sverige har på något sätt undgått att påverkas av de internationella tendenserna. Motsatsen vore för övrigt svår att tänka sig; Sverige är ett litet land som på de allra flesta plan påverkas väldigt starkt av vad som händer i omvärlden. För Sveriges del är det framförallt den europeisering av rättslivet som EU-medlemskapet har medfört som hamnat i förgrunden i debatten. Detta kan givetvis, tillsammans med det införlivande av Europakonventionen i den nationella rättsordningen som skedde samtidigt, dvs. per den 1 januari 1995, ses som den konkreta, utlösande faktor vilken med en enda gång medförde en stor omgestaltning av svensk rätt, med betydande konstitutionella implikationer. Otvivelaktigt innebär det svenska EU-medlemskapet en formell

[20] Ola Wiklund talar här (a.a.s. 124) rentav om de nationella domstolarna som "den förlängda arm med vilken EG-domstolen genomför sin juridiska ideologi", vilket är drastiskt men inte alldeles felaktigt.

anslutning till en annan, mer legalistisk politisk kultur än den som hittills dominerat i Sverige. Denna kontinentala rättskultur innebär bland annat en stark domstolsmakt, som kan föra tankarna till USA. Att detta överraskat det politiska etablissemanget i Sverige är tydligt. Ett tidigt och tydligt exempel härpå var den dåvarande statsministerns Carl Bildt kommentar till EG-domstolens ovilja att 1991 godkänna det ursprungliga EES-avtalet[21]: Enligt Bildt var domstolen i sista hand skyldig att böja sig för politikernas önskemål, ett uttalande som gav en helt skev bild av makt- och ansvarsfördelningen inom EU.

Frågan är dock exakt vilken konkret betydelse de nämnda, samtidiga händelserna från årsskiftet 1994/95 haft för de nu pågående förändringarna i det svenska rättslivet. Det är nog faktiskt mycket troligt att effekterna av judikaliseringen hade nått hit ändå, även om Sverige inte gått med i EU. Alldeles obekant med den europeiska rättsordningen var man för övrigt knappast i Sverige före 1995 heller. Sverige hade t.ex. fällts i Europadomstolen för mänskliga rättigheter redan 1982 i det kända Sporrong-Lönnrothmålet[22], varefter det var en tydlig trend under hela 1980-talet att människor som kände sig illa behandlade på något sätt vände sig till konventionsorganen i Strasbourg. Europadomstolen har inte heller varit frånvarande i den svenska rätten under senare år, som bland annat diskussionerna om det s.k. Holm-målet (där det svenska jurysystemet i tryckfrihetsmål befanns ha tillämpats på ett konventionsstridigt sätt) respektive det uppmärksammade Torgny Gustafsson-fallet (där det länge såg ut som om resning skulle beviljas mot Sverige på grund av att felaktiga uppgifter lämnats vid muntlig förhandling) visat.[23]

Ändå har tveklöst EG-rätten och EG-domstolen under senare år fått mer uppmärksamhet i den svenska diskussionen än Europa-

[21] Yttrande 1/91, European Court Reports (ECR) 1991 I s. 6079.

[22] Dom 23 september 1982, Europadomstolens Series A No 52.

[23] Series A No 279-A (25 november 1993) respektive Reports of Judgments and Decisions No 9 1996-II p. 637 (25 april 1996), slutligen avgjort genom dom 30 juli 1998, vilken refereras av Danelius i SvJT 1998 s. 770 f.

konventionen och -domstolen i Strasbourg. EG-rätten uppfattas i högre grad som det verkligt nya av det som hänt under de senaste åren. Det finns flera olika orsaker till detta; en är givetvis att svenska domstolar kan tillämpa EG-rätten direkt och om de finner att svenska lagar strider mot denna åsidosätta de svenska bestämmelserna, utan att bekymra sig över sedvanliga uppenbarhetskrav (enligt vilket svenska lagar bara kan åsidosättas om de är *uppenbart* grundlagsstridiga[24]) eller dylikt. (Regeringsrätten har för övrigt redan visat prov på denna ökade djärvhet i åtminstone två fall.[25]) Här finns en tydlig skillnad mot Europakonventionen, vars exakta status i svensk nationell rätt alltjämt är något oklar.[26] EG-rättens direkta effekt i medlemsländerna, oberoende av eventuella åtgärder för införlivande i den nationella rätten, ger i kombination med dess företrädesrätt framför medlemsländernas nationella rätt enskilda större möjligheter att hävda sina (EG-)rättigheter än tidigare och domstolarna betydligt större och friare möjligheter att i förekommande fall åsidosätta svenska bestämmelser. Här märks EG-rättens i förhållande till annan internationell rätt smått unika karaktär. Dessutom har EG-domstolen nyligen avgjort en så känslig politisk fråga som Systembolagets fortsatta existens, vilket möjligen synliggjort judikaliseringens konsekvenser för breda grupper av jurister och andra medborgare.[27]

Framförallt torde själva det faktum att numera inte bara en utan två överstatliga domstolar på den europeiska kontinenten har befogenhet att åsidosätta svenska lagar och andra regler ha en viss betydelse för svensk rätt. Att Europadomstolen i Strasbourg inte

[24] Regeringsformen 11 kap. 14 §.

[25] Se målen RÅ 1996 ref. 50, Upplands Buss, samt RÅ 1997 ref. 65, Lassagård.

[26] Se närmare bl.a. Nergelius, a.a.s. 682 ff. De svenska domstolarnas tillämpning av Europakonventionen efter 1/1 1995 genomgås av Iain Cameron i Swedish Case Law on the ECHR Since Incorporation and the Question of Remedies, i Cameron/A. Simoni (utg.), Dealing with Integration – Vol. 2, Perspectives from Seminars on European Law, Uppsala 1998 s. 9-65.

[27] I målet C-189/95, Franzén, dom 23 oktober 1997, ECR 1997 I s. 5909.

drar sig för att i förekommande fall göra bruk av denna möjlighet vet vi alltså sedan tidigare. Och även EG-domstolen har nyligen, i april 1998, för första gången förklarat att en svensk lag – en skattelag som för övrigt hade godtagits av lagrådet – strider mot EG-rätten.[28] Senast har också det svenska förbudet mot den måttligt populära tjurtypen "belgisk blå" befunnits strida mot EG-rätten och därför fått vika.[29] Ingen av dessa europeiska domstolar besväras i sin normprövning och kontroll av svenska lagar av uppenbarhetskrav eller andra i Sverige förekommande restriktioner för domstolarnas möjligheter att tillrättavisa de politiska makthavarna.[30] Rimligen måste detta så småningom få konsekvenser också för de svenska domarnas syn på lagprövning och maktdelning.

Det nya som inträffat efter den 1 januari 1995 är egentligen att tre, inte som förut bara ett normsystem eller regelkomplex i den svenska normhierarkin har företräde framför av riksdagen stiftade svenska lagar. Förutom de svenska grundlagarna gäller detta numera även för EG-rätten och, vid varje rimlig tolkning, Europakonventionen om mänskliga rättigheter.[31] Troligen kommer detta också att öka de svenska grundlagarnas konkreta rättsliga betydelse. En sådan utveckling är för övrigt redan synlig; 1996 vann t.ex. för första gången någonsin i svensk rätt en dom där en grundlagsstridig lag åsidosattes av en domstol laga kraft.[32] Samma år

[28] I målet C-118/96, Jessica Safir, dom 28 april 1998, ECR 1998 I s. 1897.

[29] C-162/97, dom 19 november 1998, opublicerad.

[30] Detta sagt med viss reservation för den s.k. *margin of appreciation* som Europadomstolen i allmänhet tillämpar gentemot enskilda stater särskilt på vissa områden som t.ex. egendomsskydd och staternas yttre säkerhet; jfr bl.a. Nergelius, a.a.s. 534 ff.

[31] De speciella problem som den valda metoden för införlivandet av konventionen i nationell rätt – genom lag och samtidigt omnämnande i grundlag – har givit upphov till kan inte genomgås närmare här. För en kritisk diskussion kan hänvisas till Nergelius, a.a.s. 682 ff och Ulf Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, i Juridisk Tidskrift (JT) 1994/95 s. 259-69.

[32] Detta gällde den frikännande domen från Hovrätten för Västra Sverige (avd. 6, dom nr DB 48 i mål nr B 13/96) i de s.k. uniformsförbudsmålen.

vägrade HD, i målet NJA 1996 s. 370, för första gången att tillämpa en av regeringen beslutad förordning för att denna stred mot en överordnad bestämmelse (i detta fall RF 10:5).[33] Regeringsrättens beslut i maj 1998 att meddela inhibition beträffande den av regeringen beslutade avstängningen av kärnkraftverket i Barsebäck[34] hade också, oavsett vilken den slutliga utgången i målet blir, varit svår att tänka sig för fem eller tio år sedan. Lagrådet fann 1995, för första gången i modern tid, att ett framlagt lagförslag (rörande kommunal skatteutjämning) uttryckligen stred mot en bestämmelse i RF, nämligen 1:7. Att andra bedömningar från de högsta juridiska instansernas sida å andra sidan kunnat leda till tvivel beträffande allvaret i prövningen av lagars grundlagsenlighet och förenlighet med EG-rätt eller Europakonvention[35] ändrar inte huvudintrycket. Även här tycks för övrigt politikernas entusiasm inför utvecklingen vara blandad; Carl Bildt, då nyvorden oppositionsledare, uttalade 1995, sedan lagrådet underkänt ett förslag till inomkommunal skatteutjämning, att regeringen absolut borde hörsamma lagrådets kritik eftersom det inte gick att ha en situation då domstolar underkände av riksdagen stiftade lagar! Uttalanden som dessa och det ovan nämnda om EG-domstolens möjligheter att underkänna EES-avtalet förstärker för övrigt intrycket att den svenska misstron mot en stark domstolsmakt inte är ett specifikt socialdemokratiskt fenomen, som många kanske tror, utan finns i alla partier.[36]

[33] Se närmare om målet, som gällde åtal för olaga fiske i Torne älv, Håkan Strömberg, Ett HD-fall om prövning av en förordnings grundlagsenlighet, JT 1996/97 s. 450-53.

[34] Mål nr 1424-1998, numera publicerat som RÅ 1998 n. 93.

[35] Se bl.a. Nergelius i SvJT 1997 s. 427 ff samt 572 ff respektive Wiweka Warnling-Nerep, "Lex Barsebäck": Kan vi lita på lagstiftaren och på lagrådet?, i JT 1997/98 s. 286 ff.

[36] Jfr Wiweka Warnling-Nerep, Kommuners lag- och domstolstrots, Stockholm 1995 s. 326 f och Per Henrik Lindblom, Processens funktioner – en resa i gränslandet, i Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997 s. 598 f.

Framförallt är det nog så, vad gäller den svenska rätten, att utvecklingen ökar behovet av ett tydligare system för maktdelning och normkontroll i den svenska rätten: Bör exempelvis uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 verkligen bibehållas? Eller bör lagrådets roll stärkas? Diskussionen om dessa frågor lär bli livlig framöver. Exakt hur den svenska normkontrollen bör utformas i framtiden kan dock inte behandlas här. I stället bör de principiella frågorna om judikaliseringens för- och nackdelar diskuteras närmare. Om nu judikalisering i det närmaste tycks vara en global trend, vars konsekvenser Sverige svårligen kan undgå att påverkas av, så är ju kanske den viktigaste frågan *hur* processen kommer att påverka det svenska samhället: Hur skall de eventuellt positiva effekterna av processen bäst tillvaratas och hur skall eventuella problem hanteras? I ett EU-perspektiv är det därvidlag naturligt att i diskussionen om dessa frågor särskilt fokusera på EG-domstolens inte oväsentliga makt över den svenska samhällsutvecklingen, vilken förmodligen kommer att uppmärksammas allt mer under de närmaste åren. I så fall är det emellertid viktigt att komma ihåg att EG-domstolen inte är unik genom sin stora makt, utan endast ingår som en del i ett övergripande internationellt mönster av ökad domstolsmakt i skilda rättssystem.[37]

Judikaliseringens *pros and cons*. ett framtidsperspektiv

Från svensk synpunkt är den kanske viktigaste frågan från konkreta maktdelnings-, lagprövnings- och judikaliseringssynpunkt alltså, som jag antytt ovan, varför utländska domare skall ha möjlighet och rätt att göra just det som för svenska domare länge tett sig så främmande (och knappast ens tillåtet), nämligen att åsidosätta svenska lagar som strider mot någon av de tre överordnade regelkategorierna. Den dag domstolarna upptäcker att det inte finns något egentligt svar på den frågan kan det givetvis tänkas att riksdagens auktoritet försvagas, i takt med att folksuveräniteten

[37] Jfr Wiklund, a.a.s. 121.

alltmer kompletteras med inslag av maktdelning (delvis för övrigt i strid med RF:s ordalydelse, vilket kanske i sig kan aktualisera en grundlagsreform). Detta kan säkert för somliga bedömare, både jurister och andra, vara ett argument mot maktdelning och judikalisering. Jag skulle dock vilja nyansera bilden något. För det första är det nog lika bra att inse att en viktig konstitutionell förändring faktiskt inträffat redan genom 1995 års händelser; införlivandet av EG-rätten och Europakonventionen i svensk rätt innebär även ett införlivande av de båda europeiska domstolarnas praxis, vilka speglar en annan syn på förhållandet mellan lagstiftande och dömande makt än den som åtminstone under 1900-talet varit förhärskande i Sverige.

Juridiken är med andra ord på bred frammarsch, även om jag av flera olika skäl vill vara försiktig med att enbart därför också förutspå den traditionella politikens bortvittrande. Kanske är det så, som jag nyligen berört i boken Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans, att eftersom behovet av överstatligt politiskt beslutsfattande ökar då de nationella politiska strukturerna blir allt svagare så måste en särskild demokratiteori utvecklas för överstatliga – men ickestatliga – organisationer som EU. Att enbart diskutera dagens demokratiproblem med utgångspunkt från den politiska modell som under 1900-talet funnits och formellt alltjämt lever kvar i traditionella nationalstater som Sverige, med kamp mellan politiska partier, riksdagsval och regeringsbildning som centrala inslag, är hursomhelst både ofruktbart och otillräckligt. EU, IT, www, globalisering, europeisk offentlighet och polycentrisk maktbalans är några av de variabler som förmodligen ganska snart kommer att vända upp och ner på den internationella teoribildningen kring demokratifrågor.

Dessutom är det, för att återgå till själva judikaliseringen, faktiskt inte säkert att ökad makt åt de judiciella organen med automatik gör de politiska organen maktlösa. Till stöd för att så inte är fallet kan åberopas såväl Dworkins nämnda teorier om skillnaden mellan principles och policies, som de resonemang vilka i Sverige bland annat framförts av statsvetarprofessorn Olof Petersson om att dragkampen mellan juristmakt och politikermakt inte behöver vara ett nollsummespel där den ene vinner vad den andre förlorar.

Tvärtom är det i den moderna svenska demokratin troligt att både politiker och jurister är för svaga och därför, om de renodlar sina respektive roller, kan samverka för att stärka den demokratiska processen. Politikerna bör med Peterssons ord inrikta sig på att företräda medborgarna, formulera slagkraftiga visioner och ta ansvar för kollektiva beslut, medan juristerna konkret skall åskådliggöra rättsstatens innebörd och finna praktiska lösningar som tillfredsställer kraven på rättssäkerhet, maktdelning och fri- och rättigheter.[38] Problemet i 1900-talets Sverige har knappast varit att den politiska demokratin hämmats av aktivistiska domstolar.

Sambandet mellan Peterssons uppfattning och Dworkins mer övergripande teori är tydligt; kanske kan den förra rentav ses som en medveten eller omedveten "försvenskning" av den senare. Dworkins teori torde också vara högst användbar i ett EU-perspektiv, inte minst för att EG-domstolen ofta har en tendens att argumentera mer principstyrt, med utgångspunkt från enskildas rättigheter, än vad som tidigare varit brukligt bland svenska domstolar.[39] Här delar jag den uppfattning som stundtals framförts men knappast dominerar i dagens svenska rättsvetenskap, att EG-rätten framtvingar ett mer teoretiskt angreppssätt, influerat också av andra discipliner än juridiken, än vad som tidigare varit vanligt i doktrinen.[40]

Komplexiteten i de här behandlade frågeställningarna är tydlig. Här berörs det svenska rättssystemets framtida utveckling i judikaliseringens och europeiseringens hägn, liksom den traditionella politikens framtida möjligheter (vilka kanske ligger i att "överge" eller komplettera de traditionella politiska arbetsformerna, särskilt de nationella). Man kan fråga sig såväl hur rätts- och statsteorin påverkas som vilka politiska och ideologiska implikationer

[38] Se närmare Peterssons bok *Rättsstaten – frihet, rättssäkerhet och maktdelning i dagens politik*, Stockholm 1996 (recenserad av mig i JT 1996/97 s. 813-15).

[39] Jfr bl.a. de juridiska fakulteternas utredning *Europagemenskap och rättsvetenskap*, Uppsala 1992 s. 221.

[40] Se bl.a. *Europagemenskap och rättsvetenskap* s. 217 ff (författad av Lars Lindahl) samt även Wiklund, a.a.s. 131 f.

judikaliseringsprocessen har; inte minst den senare frågan torde intressera en bred läsekrets. I en av de få svenska debattartiklar där problemet uppmärksammats – från amerikansk horisont men med klar och uttalad relevans även för europeiska förhållanden – talas rentav om att "(E)n ny politisk zon håller på att skapas som utmanar den traditionella politiska kulturen, kännetecknad av att väljarna röstar och politikerna styr. Det är inte bara den nationella suveräniteten som undergrävs utan även vaktslåendet kring centralmakten som dominerat sedan absolutismens tidevarv."[41] Citatet belyser både vidden av förändringarna och några av kärnfrågorna i sammanhanget. Bedömarens inställning till dessa frågor avgör sannolikt också inställningen till judikaliseringen.

Judikaliseringen aktualiserar nämligen i hög grad frågan om vilket demokratibegrepp som egentligen är det "rätta". Den traditionella svenska demokratisynen har i mycket stor utsträckning, för att inte säga helt, byggt på folksuveränitet, parlamentarism och majoritetsstyre. Sverige var tills nyligen en centraliserad, starkt sammanhållen och etniskt homogen nationalstat. Det är knappast någon tillfällighet att den motsatta konstitutionella modellen, med maktdelning och stark domstolsmakt, först växte fram i federala stater som USA och Tyskland, med starka delstater, eller i EG/EU, där kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsländerna alltid varit och alltjämt är ett grundläggande rättsligt problem. Vad som hänt under det senaste decenniet är emellertid att denna tendens även nått till traditionellt mer centraliserade stater som Sverige, Danmark och, sedan ännu längre tid, Frankrike. Inte ens Storbritannien, parlamentarismens högborg, är oberört, som de senaste årens förslag till konstitutionella reformer visat. Rimligen bereder detta vägen för ett mer allmänt anammande av vad jag tidigare kallat ett *materiellt demokratibegrepp*, där demokrati inte blott jämställs med flertalsstyre utan även faktorer som skyddet för den enskildes rättigheter gentemot staten lyfts fram, som komplement till det oundgängliga majoritetsstyret.[42] Att närmare undersöka vari utmaningarna mot den traditionella

[41] Trägårdh/Delli Carpini, DN (kultursidan) 2/12 1998.

[42] Se Konstitutionellt rättighetsskydd kap. 3 och 20.

svenska demokratisynen består och vad de beror på måste rimligen vara en av Demokratiutredningens huvuduppgifter.

Det är emellertid inte nog med detta. Som det refererade citatet anger är nu även den traditionella nationella suveräniteten satt under press. Naturligtvis finns det ett samband mellan denna och folksuveräniteten. Den förra, nationella suveräniteten i traditionell mening undergrävs emellertid inte bara av att politisk makt överförs från nationella parlament och regeringar till nationella domstolar; i så fall vore ju hela denna suveränitetsdiskussion något av ett nationellt nollsummespel. Väl så viktigt är härvidlag överförandet av makt från de nationella politiska strukturerna till överstatliga organ som EU, liksom för den delen den inte lika uppmärksammade men väl så väsentliga förlusten av nationell politisk makt till den ansiktslösa "marknaden". Denna sistnämnda tendens torde knappast kunna mötas på något annat sätt än genom starkare överstatliga politiska strukturer, om inte den politiska makten skall hamna ohjälpligt på efterkälken. Det främsta försöket att upprätta något sådant som hittills förekommit, genom EU, anklagas emellertid regelmässigt för att vara odemokratiskt. Även härigenom aktualiseras således frågan om vilket demokratibegrepp som är det korrekta eller mest relevanta.

Denna stora frågeställning faller lite utanför huvudfåran i denna uppsats, men något bör kanske ändå sägas härom. Schematiskt kan sägas att hittills tre huvudperspektiv på problematiken presenterats i den i och för sig inte alltför rikhaltiga svenska teoretiska EU-litteraturen. Enligt det mest pessimistiska är en organisation som EU helt enkelt oförenlig med traditionell demokrati, varför Sverige för att rädda demokratin genast bör gå ur EU och organisationen helst upplösas. Denna nattsvarta hållning framskymtar i sociologen Kerstin Jacobssons avhandling *Så gott som demokrati* från 1997.[43] En mer cynisk men samtidigt till synes mer realistisk hållning har i Sverige företrätts av Sverker Gustavsson, statsvetardocent från Uppsala; enligt honom ligger det snarast ett egenvärde i att bevara de demokratiska bristerna inom EU, eftersom det är endast med dessa som EU kan fungera effektivt, samtidigt som en rimlig

[43] Umeå (Boréa), 356 sidor.

balans mellan nationella intressen och EU:s beslutsfattande kan bevaras. Ett mer demokratiskt EU, där exempelvis parlamentet givits mer makt, skulle leda till för mycket överstatlighet och är egentligen inte vad medlemsstaterna önskar.[44] Såvitt jag kunnat finna är jag själv däremot så gott som den ende i debatten – med reservation för vissa uttalanden från den förre EG-utredaren Olof Ruin – som öppet förordat en demokratisering av EU, där parlamentet (som representerar medborgarna) och ministerrådet (dvs. de nationella regeringarna) är jämställda som lagstiftare, samtidigt som öppenheten inom institutionerna ökar.[45] Denna min mer optimistiska bedömning bygger dels på den faktiska utveckling som ägt rum under senare år, genom Amsterdamfördraget och ett antal rättsfall rörande allmänhetens tillgång till handlingar inom EU-institutionerna, dels på att jag är betydligt mer hoppfull än flertalet andra svenska bedömare om att en så kallad europeisk offentlighet kan växa fram inom en inte särskilt avlägsen framtid. Därigenom uppstår också förutsättningar för en genuint alleuropeisk demokrati och parlamentarism. Enligt min mening undviker flertalet författare att diskutera den demokratisering av EU som just nu sker på dess egna villkor; i stället relateras hela problematiken till det traditionella, från den nationella politiken kända demokratibegreppet.

Även de artiklar som jag hittills sett publicerade i Demokratiutredningens skriftserie utgår från ett traditionellt, nationellt präglat demokratibegrepp. Varken maktdelning eller den faktiska utvecklingen inom EU beaktas fullt ut. Detta gäller t.ex. både Hans Agnés och Mats Lundströms bidrag i SOU 1998:124[46], trots att jag i och för sig kan ansluta mig till åtskilligt av vad den senare anför.

[44] Se t.ex. hans artiklar EG:s demokratiska legitimitet, i *SOU 1994:12*, expertbilagedel s. 117-74 och Varför överstat utan demokrati?, i Europaperspektiv 1998 s. 89-115.

[45] Se min bok *Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans*, Stockholm 1998.

[46] Se Demokrati på europeisk nivå respektive EU-inträdet och demokratin i Sverige, *SOU 1998:124* s. 7-74.

Alltnog, det är tydligt att just demokratibegreppet är en av de tydliga skärningspunkterna i synen på judikaliseringen. Samtidigt kan vi nog, så länge vi håller oss till Sverige, utgå från att det traditionella och dominerande, för att inte säga hegemonistiska demokratibegrepp som refererades ovan haft stöd i breda politiska läger.[47] En av dess huvudteoretiker var för övrigt Herbert Tingsten, som först var socialdemokrat men sedan under sin tid som chefredaktör för DN framstod som Sveriges liberale huvudideolog.[48] Frågan är då om det *i dagens läge* finns någon koppling mellan olika politiska ideologier och det eller de "nyare" demokratibegrepp enligt vilka judikalisering, maktdelning och politisk överstatlighet framstår som naturliga eller i vart fall fullt begripliga och på sikt kanske rentav positiva inslag i samhällsutvecklingen.

Om det överhuvudtaget finns ett sådant samband så är jag inte alls säker på att det ser ut så som många i förstone nog skulle tro. Det kan säkert ligga nära till hands för en med samhällsutvecklingen allmänt missnöjd socialdemokrat att uppfatta nya företeelser av det slag som beskrivs i denna artikel som vedervärdiga borgerliga påfund. Och förvisso är just socialdemokraternas misstro mot domare och domstolsmakt ett genomgående tema i svensk 1900-talshistoria, vilket utan tvekan påverkat Regeringsformens starka betoning på folksuveränitet. Å andra sidan framgick det tydligt av genomgången ovan att judikaliseringen knappast bara gynnar de rika och mäktiga, utan snarast leder till en allmänt ökad fokusering på förekomsten av och skyddet för enskildas rättigheter. Med visst fog kan faktiskt hävdas att denna individualistiska tradition, som kanske trots allt finns i sin mest renodlade form i USA, går tillbaka till den amerikanska revolutionen och radikala tänkare som Thomas Paine. Även den franska revolutionen, som inte brukar uppfattas som särskilt borgerlig, frambragte som bekant en viktig rättighetsförklaring. De socialdemokratiska och

[47] Jfr Lindblom, a.a.

[48] För ett återupplivande av vissa av Tingstens käpphästar, som får ses som en oväntad och inte helt tidstypisk brandfackla i debatten, kan hänvisas till den alldeles nyutkomna *Domstolar och demokrati*, av Barry Holmström, Uppsala 1999.

socialistiska partierna i Tyskland, Frankrike, Österrike och Spanien tycks för övrigt ha haft lättare att acceptera judikaliseringen och dess olika konsekvenser än de nordliga broderpartierna. Kanske är det snarast så att den nordiska välfärdsstaten, med dess positiva uppfattning om behovet av en stark statsmakt, kommit att avvika ganska klart från ett äldre, radikalt idéarv där den enskildes rätt står i centrum? Såvitt gäller synen på internationalisering, EU och överstatlighet är för övrigt skillnaden mellan de nordiska socialdemokraterna (med visst undantag för Finland) och deras syskonpartier på kontinenten än tydligare; där uppfattas EU och särskilt den politiska integrationen närmast som ett rent vänsterprojekt. Vari den radikala poängen med en total ekonomisk integration skulle bestå om den inte åtföljs av politiska styrmekanismer förstår inga utomnordiska vänsterpartier (om vi bortser från den rena extremvänstern).

Däremot är förvisso EU i sig själv något nytt, på – minst – två olika sätt. Dels är givetvis EU i sig själv en ny slags överstatlig organisation, med klart statsliknande befogenheter utan att för den skull vara en stat. I doktrinen brukar detta uttryckas med att EU är en organisation *sui generis*, dvs. av nytt slag, som inte kan klassificeras med kända analysverktyg. Av större intresse i detta sammanhang är kanske dock att EG-domstolen utvecklat EG-rätten till ett fungerande överstatligt rättssystem, som är bindande för samtliga medlemsländer. För första gången i historien måste därför svenska politiker och medborgare vänja sig vid att de lagar som stiftas av riksdagen inte är den högsta rättskällan. Givetvis är detta i sig en viktig konstitutionell förändring för svensk del.

Därtill kommer alltså, som antytts ovan, att svenska domstolar lär påverkas i sin syn på normprövningsfrågor av att de överstatliga domstolarna så relativt obehindrat kan döma ut svenska lagar som stridande mot EG-rätten eller Europakonventionen. Också domstolarnas möjlighet att begära förhandsbesked från EG-domstolen lär minska respekten för de svenska lagarnas sakrosankta karaktär. Även lagförarbetena, som tidigare tillmätts större vikt i Sverige än i kanske något annat land, lär komma att minska i betydelse då svenska lagar allt oftare måste vika för andra rättskällor. EG-rätten har redan påverkat och kommer sannolikt framöver än mer att

påverka det svenska samhällslivet. De ökade möjligheterna för enskilda medborgare och företag att processa och i domstol angripa nationella politiska åtgärder för att de strider mot EG-rätten är en av judikaliseringens mest synliga praktiska konsekvenser i Sverige.

Min slutsats är alltså klar: Judikaliseringen är här för att stanna. Det är inte särskilt svårt att identifiera de faktorer i samhällsutvecklingen som gynnat judikaliseringsprocessen och gjort den till en realitet. Av flera olika skäl tror jag dessutom att denna utveckling kan ha positiva effekter för samhället i stort.

Det oinskränkta majoritetsstyret tycks passa bäst för centraliserade och etniskt homogena stater, där hårda konflikter mellan olika grupper i samhället är sällsynta; dagens Sverige och värld ser med förlov sagt lite annorlunda ut. Maktdelning minskar risken för maktmissbruk, precis som de amerikanska grundlagsfäderna insåg för tvåhundra år sedan. En utveckling pågår där de nationella rättssystemen underordnas EG-rätten och även politiken kommer sannolikt att internationaliseras och söka nya arbetsformer inom en inte alltför avlägsen framtid. Till allt detta kommer dessutom att judikaliseringen tenderar att stärka den enskildes rättsposition.

Ändå vill jag inte, hur entusiastisk inför judikaliseringen jag än må framstå, förneka att utvecklingen också kan medföra vissa risker. Framförallt är det kanske så att domstolar som ges mycket stark makt inom ett visst rättssystem kan bli alltför självsvåldiga och komma att utöva ett osunt mått av politisk makt. Det klassiska exemplet på en sådan situation är konflikten mellan president Roosevelt och Supreme Court i USA under 1930-talet, då den folkvalde presidenten till följd av domstolens ideologiskt motiverade motstånd under en tid inte kunde genomföra sin New Deal-politik.[49] Supreme Court hade då under ett drygt halvsekel, som brukar betecknas Lochner-eran efter ett berömt rättsfall, konsekvent drivit en uttalat marknadsliberal lagstiftning och vid upprepade tillfällen åsidosatt – och därmed i praktiken upphävt – lagar mot barnarbete eller lagreglerad arbetstid eller annan social skyddslagstiftning. Först inför hotet av en grundlagsändring som utökade antalet domstolsledamöter och när presidenten så

[49] Se närmare Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd* kap. 10.8-9.

småningom fick möjlighet att utse nya domare böjde sig domstolen, så att det för USA viktiga återhämtningsprogrammet kunde genomföras. Denna i konstitutionella sammanhang smått ökända konflikt har säkert påverkat många juristers, statsvetares och politikers negativa syn på maktdelning, men vad man då måste komma ihåg är dels att den starka amerikanska domstolstraditionen är betydligt mer mångfacetterad än denna konflikt kan ge intryck av[50], dels att något liknande exempel på hur en mäktig domstol inte bara rent allmänt gör bruk av sin möjlighet att när så befinns påkallat åsidosätta grundlagsstridiga lagar utan i praktiken driver en egen politisk linje i opposition mot de politiskt valda organen faktiskt inte finns.[51] Skillnaden gentemot "vanlig" lagprövningsrätt för domstolar är enorm. Givetvis tillkommer det inte en domstol att på detta sätt hålla upp ett eget politiskt program som ett alternativ till de demokratiskt valda politiska företrädarnas idéer. Långtifrån att kunna motiveras med sedvanliga maktdelningsargument väcker ett sådant agerande grundläggande frågor om bristen på demokratisk legitimitet i domstolarnas maktutövning.

Jag anser dock att domstolar med lagprövningsrätt, liksom särskilda författningsdomstolar, har och bör ha ett ganska stort handlingsutrymme att ta i anspråk innan de kan anklagas för att vara odemokratiska eller sakna demokratisk legitimitet. Som Dworkin nyligen uttryckt det behöver det inte i sig vara mer anmärkningsvärt att en domare har rätt att åsidosätta en grundlagsstridig lag än att en riksbankschef kan påverka ekonomins status genom en räntehöjning eller att en amiral kan fatta beslut om stridsinsatser (eller att "an acting ambassador to Iraq can create a

[50] Redan Tocqueville framhöll i sin klassiska studie om demokratin i Amerika från 1830-talet domstolarnas starka ställning som det kanske mest grundläggande och genuina med den amerikanska demokratin. Se även, för en mer modern analys, Trägårdh/Delli Carpini.

[51] Se närmare härom på svenska kanske främst Nergelius, *Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet* – s. 434 ff.

Gulf War").[52] Både EG-domstolen och Bundesverfassungsgericht, den tyska författningsdomstolen, har stundtals kritiserats för att ha hemfallit till överdrivna mått av *judicial activism*[53], men denna aktivism har trots allt varit av ett helt annat slag än den "lochnerska" i USA, bland annat för att dessa domstolar ändå utgått från en någorlunda modern författningstext (eller kanske snarare ett implicit uppdrag att skapa integration i EG-domstolens fall[54]). Några politiska konvulsioner av det slag som förekom i USA för drygt sextio år sedan har heller aldrig blivit resultatet av domstolarnas starka ställning i Tyskland eller i EU. Den med demokratiargument motiverade kritiken mot en stark domstolsmakt måste därför, om den skall vara hållbar, vidgas till en allmän kritik mot expertmakt och all politisk makt som inte utövas av demokratiskt valda politiska församlingar. En sådan vidgad kritik riskerar dock i sin tur att bli vag och irrelevant om den inte beaktar all den makt som i dag ändå utövas av den så kallade marknaden, som inte är demokratiskt tillsatt (även om den givetvis kan sägas bestå av oss alla i vår egenskap av konsumenter). Detta tema kan inte utvecklas här, men så mycket är nog klart att flera traditionella demokratibegrepp behöver formuleras på nytt inför framtidens debatt. Ett exempel: Givetvis går det inte att hävda att en viss stat är odemokratisk endast därför att maktdelning, lagprövning och

[52] Se närmare Freedom's Law – *The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford 1996 s. 28.

[53] För kritik mot EG-domstolen av detta slag, se Trevor Hartley, The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union, *Law Quarterly Review* 1996 s. 95-109 samt Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht/Boston/Lancaster 1986. Den tyska författningsdomstolen diskuteras kritiskt utifrån detta perspektiv i Habermas' uppmärksammade *Faktizität und Geltung*, 4:e uppl., Frankfurt a.M. 1994 (eng. Between Facts and Norms, Cambridge (Mass.) 1996).

[54] Att EG-domstolen i själva verket gått utöver texten i Romfördraget är en av huvudpoängerna i Hartleys nämnda artikel. För en bitvis avslöjande insidesrapport om hur domstolen sett sitt "uppdrag" kan hänvisas till G. Federico Mancini, The Making of a Constitution for Europe, *Common Market Law Review* 1989 s. 595-614.

rättighetsskydd saknas, men en i övrigt demokratisk stat, med fria val, majoritetsstyre, yttrandefrihet osv. blir å andra sidan inte mindre demokratisk – snarare tvärtom – för att även dessa element förekommer i statsskicket.

Avslutningsvis vill jag peka på vikten av att de skribenter som behandlar dessa frågor bemödar sig om ett någorlunda konsekvent perspektiv. Är man för judikalisering så måste man acceptera att domstolar och rättsliga organ har en viss politisk makt, oavsett vilket utfallet härav kan bli i konkreta fall. På samma sätt går det knappast att hålla tummarna för att de engelska laglorderna skall besluta om utvisning av Pinochet om man inte är principiellt beredd att acceptera att en svensk domstol kan skjuta upp den av riksdagen beslutade kärnkraftsavvecklingen. I det ena fallet utmanas en traditionell internationell uppfattning om folkrätten och stassuveräniteten, i det andra en traditionell svensk syn på folksuveräniteten (och statsrätten).

Därtill kommer alltså att judikaliseringen som sådan inte är ideologiskt präglad, åtminstone inte såvitt gäller dess faktiska konsekvenser. De skilda ideologiska eller politiska resultat som domstolarnas starka maktställning kan leda till har kanske illustrerats allra tydligast i USA:s historia. Många av de som under 1930-talet och även decennierna dessförinnan var mest kritiska till högsta domstolens makt jublade däremot under 1950-talet, när domstolen utnyttjade samma makt till att förbättra villkoren för de svarta i USA. De som var kritiska då och inte heller gillade att Supreme Court 1973 slog fast att amerikanska kvinnor hade rätt till abort har däremot uppskattat att domstolen det senaste dryga decenniet givit delstaterna större möjligheter att själva besluta i värdeladdade frågor av detta slag (eller att domstolen i 1950-talets början anslöt sig till den s.k. McCarthyismen).[55] Ingen seriös bedömare av judikaliseringens *pros and cons* får dock låta sin bedömning influeras av processens politiska utfall i enskilda mål. Vad man kan ha en uppfattning om är behovet och nyttan av maktdelning och institutionell maktbalans i skilda stater och rättssystem (vilket givetvis i och

[55] Se närmare härom Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd* s. 469 f.

för sig kan sägas vara en ideologisk fråga).[56] Hur domare och jurister sedan utnyttjar sin eventuella makt är dock delvis en annan sak. De domare som låter sina personliga politiska preferenser influera avgörandet av viktiga mål lär nog hursomhelst ganska snart komma att kritiseras, som utvecklingen under Lochnereran för övrigt visar. Domstolar är inte mer sakrosankta än andra statsorgan och deras avgöranden bör bli föremål för öppen debatt och kritik, i förekommande fall.[57] Mer schematiskt kan detta sägas innebära att de politiska konsekvenserna i enskilda fall av ökad domstolsmakt måste accepteras, liksom det faktum att domstolar tillåts ge uttryck för (juridiska) uppfattningar om politiskt kontroversiella ämnen (något som för övrigt också kan ske i andra mål än i typiska lagprövningsfall). Vad som däremot inte är godtagbart är om domstolar i sitt dömande skulle börja uttala sig om annat än innehållet i gällande rätt och t.ex. ge uttryck för ideologiska värderingar.[58] I så fall har domstolen passerat den i och för sig svårdragna gränsen mellan juridik och politik. Domstolarna måste alltså anstränga sig till det yttersta för att använda traditionella juridiska argument och tolkningsmetoder också när de avgör

[56] Begreppet ideologi kan givetvis uppfattas på olika sätt. Ökad domstolsmakt kan av dem som så önskar ses som något ideologiskt laddat, precis som total folksuveränitet kan vara det. Vad jag är ute efter med att något "avideologisera" dessa begrepp är dock att klargöra dels att det rått bred politisk uppslutning om folksuveränitet som utgångspunkten för det svenska statsskicket, dels att judikalisering inte i sig gynnar någon viss grupp i samhället.

[57] En motsatt uppfattning, dvs. att åtminstone de högsta domstolarna i princip bör vara fredade från kritik, har i modern tid såvitt jag vet bara framförts av justitierådet Johan Lind, som samtidigt framträtt som engagerad motståndare till judikalisering. Se hans artikel Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, JT 1996/97 s. 352-70, vilken kritiseras av mig i SvJT 1997 s. 432 ff.

[58] Denna distinktion mellan vad som kallats "politik A, B och C" kommer från Karl-Göran Algotsson, *Medborgarrätten och regeringsformen*, Stockholm 1987 s. 264 ff. Se även Nergelius, Law and Politics s. 310 f o. 314.

politiskt kontroversiella frågor. Mitt resonemang ovan bygger givetvis i hög grad på at detta faktiskt är möjligt.

Det är inte bara så att judikaliseringen i sig tycks vara mer ideologiskt neutral eller nollställd än många tror, utan tilltron till att domstolarna kan utöva den ökade makt de nu tycks få lite varstans på ett sätt som är till nytta för samhället och utvecklingen i stort bygger på att de faktiskt kan utöva denna makt med iakttagande av ideologisk neutralitet.[59] Skulle denna förhoppning falsifieras i stor skala, så faller också en av judikaliseringens huvudförutsättningar.

Författarpresentation

Joakim Nergelius, född 1962, är verksam som lektor och forskare vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet. Han blev jur. dr och docent i konstitutionell rätt 1996 och har även tjänstgjort vid EG-domstolen i Luxemburg 1997-98. Bland hans skrifter märks förutom doktorsavhandlingen Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, essäboken Till Västerlandets försvar – två idéessäer om nationalism, globalisering och betydelsen av värden från 1994, boken Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans från 1998 samt en mängd artiklar om svensk statsrätt och EG-rätt.

Litteraturtips

Den svenska litteraturen om judikalisering är inte särskilt omfattande. Vad gäller diskussion om för- och nackdelar med ökad domstolsmakt märks främst min avhandling Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv från 1996. EG-domstolens starka ställning inom EG-rätten analyseras kritiskt av Ola Wiklund i avhandlingen *EG-domstolens tolkningsutrymme* från 1997. En helt nyutkommen bok i ämnet är Barry Holmströms *Domstolar och demokrati* från 1999. Här är synen på

[59] Jfr även Wiklund, a.a.s. 118 f om problematiken i stort.

domstolsmakt betydligt mer kritisk, samtidigt som det nog får sägas att utvecklingen och den livliga internationella debatten från senare år i stort sett inte beaktats, åtminstone inte fullt ut. Även mina och Wiklunds i artikeln refererade artiklar kan rekommenderas, liksom Karl-Göran Algotssons *Lagrådet, rättsstaten och demokratin* från 1993.

I den övriga nordiska doktrinen intar Eivind Smiths *Höyesterett og folkestyret* från 1993 något av en särställning. Här behandlas lagprövningsrättens utveckling i Norge ingående, samtidigt som argumenten för och emot lagprövningsrätt skärskådas. Hjalte Rasmussens On Law and Policy in the European Court of Justice från 1986 är ett tidigt exempel på kritisk diskussion kring just EG-domstolens roll. Boken har dock utsatts för åtskillig kritik.

Internationellt märks från senare år flera av Ronald Dworkins arbeten. Särskilt relevant i detta sammanhang är kanske hans senaste bok, *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution* från 1996. Mycket uppmärksammad men inte helt lättläst är vidare Jürgen Habermas' *Faktizität und Geltung* från 1993, vilken sedan (1996) också utgivits på engelska under titeln *Between Facts and Norms*. Också en senare bok av Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen* från 1996, kan nämnas i sammanhanget; även denna lär vara aktuell för en engelsk utgåva. En inflytelserik kritik av de amerikanska domstolarnas starka ställning finns i John Hart Ely, *Democracy and Distrust* från 1980 och ett lika engagerat försvar i Erwin Chemerinskys *Interpreting the Constitution* från 1987.

Om politikens juridifiering och juridikens ideologisering

Ola Wiklund, docent, Stockholm

Inledning

Under tiden efter andra världskriget har juridikens och juristernas inflytande över samhällsutvecklingen gradvis ökat. För att bygga upp fungerande välfärdsstater krävdes en enorm mängd lagstiftning. Denna lagstiftning behövde tolkas och tillämpas för att bli effektiv. En institutionell struktur av rättstillämpande myndigheter fick ansvaret för att konkretisera den politiska vilja som uttrycktes i lagstiftningen. I nationalstaternas konstitutioner kom mänskliga rättigheter att inta en framträdande roll. Författningsdomstolar inrättades för övervaka att politikerna inte kränkte rättigheterna. Internationella och överstatliga domstolar skapades för att ge folkrätten ett fast innehåll. Detta är endast några exempel på juridikens ökade betydelse i samhället.

Denna utveckling aktualiserar konkreta maktfrågor. Något förenklat kan de formuleras: Är det rimligt att domstolarna ges ett större inflytande vid lösandet av samhälleliga intressekonflikter? Är det bra att frågor som tidigare löstes inom ramen för politiska processer hamnar på domarnas bord? Vilken skall balansen vara mellan rättsstat och politisk demokrati?

Två andra artiklar i denna skrift behandlar samma fråga. Mitt bidrag är tänkt att ge uttryck för en annan uppfattning än den som

skisseras i Joakim Nergelius artikel *Maktdelning och politikens judikalisering*. Nergelius kallar den ovan skisserade utvecklingen för *judikalisering*. Vår grundläggande åsiktsskillnad ligger i att Nergelius anser att samhällets judikalisering är av godo och beskriver processen som ideologiskt neutral. För egen del är jag skeptisk till utvecklingen och menar att den långt ifrån är ideologiskt neutral.

I artikeln *Lagstiftningen, domstolarna, rättsmedvetandet och rättsvetenskapen* sätter Aleksander Peczenik förskjutningen av makten från politiker till domstolar i ett rättsteoretiskt sammanhang. Enligt min mening är rättsteorin nödvändig för en diskussion av den domarskapade rättens legitimitet. Jag kommer därför att anknyta till rättsteorin och diskutera rättsvetenskapens möjligheter att kritisera domstolars rättsskapande.

Politik blir juridik

Man kan tala om 1900-talets andra hälft som juridikens och juristernas halvsekel. Under tiden efter andra världskriget har juridiken kommit att stärka sin ställning i västvärlden. Framförallt kan vi se en förstärkning av domstolarnas roll. Det började med att domstolarnas politiska roll accentuerades i konstitutioner och grundlagar. En annan viktig faktor var den enorma mängd lagstiftning som krävdes för att bygga upp välfärdsstaten, och som behövde tolkas och tillämpas för att bli effektiv. Denna uppgift anförtroddes domstolar och andra myndigheter.

Domstolarna fick sedermera utökade befogenheter att pröva lagars förenlighet med överordnade grundlagar och konstitutioner. I USA utövades lagprövningen av den mäktiga Högsta domstolen. I Europa inrättades författningsdomstolar för uppgiften. Även länder utan författningsdomstolar erhöll en ordning för lagprövning. I Europa har lagprövningen fått ytterligare utbredning genom domstolar på internationell nivå. Europadomstolen i Strasbourg har till uppgift att slå ner på brott mot de mänskliga rättigheterna och i Luxemburg finner vi den mäktiga EG-domstolen, känd för sin dynamiska lagtolkningsstil. Rättsprinciper

skapade av EG-domstolen har lett till att rättshistoria skrivits i Sverige. Den svenska staten har på EG-rättslig grund dömts att betala skadestånd för fördragsbrott begångna av den svenska riksdagen. Juridikens inflytande slutar emellertid inte vid lagprövning och fri lagtolkning.

Den globala marknaden konstitueras och styrs av ett komplicerat nätverk av rättsregler. Tolkning och tillämpning av dessa regler sker dagligen av affärsjurister vid konsultation och författande av komplicerade avtal om företagsförvärv och investeringar. Varje sekund sker affärstransaktioner och avtalsförhandlingar som genomsyras av juridiska normer och tolkningsprinciper. Samhällsutvecklingen har resulterat i att nya rättsområden bildats. De nya områdena måste anpassas till de gamla i enlighet med juridiska principer. Förändringen av rätten pågår kontinuerligt och producerar ständigt nya regler som måste tolkas. Rätten är dynamisk inte statisk.

EG:s utveckling från gemenskap till union har givit upphov till en överstatlig rättsbildning som är direkt tillämplig i medlemsstaterna och måste förenas med nationella regler. För att besluta och administrera regelsystemen finns mäktiga juristbyråkratier som Europeiska unionens kommission och ministerråd som, enligt amerikanskt mönster, ständigt utsätts för lobbying av jurister från stora advokatbyråer. I EU-perspektivet lär det nya Amsterdamfördraget resultera i att mer makt överförs till den redan mäktiga juristdominerade expertbyråkratin. Till detta kan läggas juristernas särställning i det nationella lagstiftningsarbetet.

Även staternas umgänge har juridifierats. Det har skapats institutioner och domstolar i syfte att ge folkrättens regler stadga. En övergripande ambition är att försöka utmönstra rättsliga normer i den utrikes- och säkerhetspolitiska retoriken. Ett aktuellt lyckat exempel kanske är de brittiska laglordernas beslut att inte ge Chiles förre diktator Pinochet immunitet för brott mot folkrättsliga normer om förbud mot tortyr. Ett mindre lyckat exempel är försöken att finna ett juridiskt rättfärdigande för NATO:s flyganfall mot Jugoslavien. Många befarar att kriget på balkan kan komma att leda till en kris för folkrätten. Orsaken är att staterna väljer att rättfärdiga sitt handlande utifrån nationellt politiskt

egenintresse och allmänna moraliska hänsyn snarare än att bemöda sig att finna juridiskt stöd för sitt agerande.

Den internationella rätten har utvecklat omfattande privaträttsliga regelverk och system för skydd av mänskliga rättigheter. Den nationella rätten har genomgått en genomgripande internationalisering. Nationella system överlappas av europeiska rättssystem som i sin tur överlappas av globala handelsregler. Rättsordningen är inte längre homogen den är heterogen och dynamisk. Rättens pluralism leder till att regler som tillhör olika system kan tillämpas på samma rättsliga problem. Rätten har blivit ytterligt komplicerad och kräver för uttolkning en hög juridisk specialistkompetens.

Rättsvetenskapen spelar i sammanhanget en betydelsefull roll för strukturering och systematisering av det komplicerade globala rättsstoffet. Det är ur ett särpräglat samspel mellan rättsvetenskap, praktiserande jurister och rättstillämpande domare som rättssystemet får sin form.

I dagsläget administreras och styrs den globala marknaden i stor utsträckning av juridiken och dess främsta uttolkare, juristerna. Juristerna utgör därmed den utan jämförelse mäktigaste yrkeskategorin i västvärlden, den mäktigaste kunskapsteoretiska gemenskapen. Det är juristen, och inte som vanligtvis hävdas ekonomen, som har skäl att från den globala ekonomins förskepp utropa: "I'm the King of the world".

Denna utveckling utgör fonden till den ideologiska debatt som förs om balansen mellan expertmakt och politikens inflytande över samhällsutvecklingen. I denna debatt framskymtar ofta något som kan betecknas som ett liberalt "rättsstatsargument". Det går ut på att samhället fungerar bäst om medborgare och företag tillförsäkras juridiska rättigheter inom ramen för ett fungerande rättssystem. Om rättigheterna äventyras av en annan enskild eller den politiska och administrativa makten skall den kränkte kunna gå till en opartisk domstol och få rättigheten effektuerad.

Rättsstatsargumentet utgår från att lagarna skall styra samhällsutvecklingen inte människornas godtycke. Människans godtycke skall begränsas av juridiska lagar och principer. På detta vis skapas rättstrygghet för medborgare och företag. Värnandet om den

enskildes rättsskydd faller tillbaka på liberalismens (och marknadsekonomins) axiom om den fria individens okränkbara rättigheter.

Det är emellertid viktigt att understryka att det är politiska beslut som skapat de konstitutionella och juridiska förutsättningarna för marknadsekonomin. Det är politiker i västvärlden som beslutat om skydd för äganderätt, politiska rättigheter och tillgång till utbildning och sjukvård. Politiken och juridiken står i ett starkt beroendeförhållande till varandra. Juridiken kräver alltid politikens uppbackning, annars svävar den i ett tomrum. För det andra så utförs övergången från politik till juridik av människor, dvs. av domare som försöker tolka och konkretisera den vilja politikerna uttryckt i lagform. Problemet är att denna vilja endast kan uttryckas med språkets hjälp, och språket är vagt och obestämbart.

Men hur skall lagarna få en konkret betydelse för medborgarna, utöver att existera som ord på papper i en lagbok? Vad händer efter det att lagarna beslutats? Hur blir egentligen lagarna effektiva? Hur påverkar lagarna enskilda medborgare och företag? Hur konkretiseras politikernas vilja? Hur får deras ord mening? Det är här domstolarna kommer in i bilden.

Domstolarnas roll

Domstolarnas funktion och ställning grundas på den auktoritet de traditionellt anses ha. När domstolen har dömt är tärningen kastad och domen måste följas av de inblandade parterna. Varför är det på detta vis? Den förlorande parten måste ju rimligen anse att domstolen dömt fel.

Varför den förlorande parten i regel följer domstolens dom beror på flera faktorer. En förklaring kan vara att parten annars drabbas av rättsliga sanktioner i form av böter eller vite. Men det finns även en stark tradition av frivillig efterlevnad som bygger på att tvister måste få en lösning och att domstolen med sina förnuftiga och neutrala domare erbjuder den bästa tänkbara tvistlösningen. Denna tradition kan emellertid endast utöva ett tryck på parter om domaren uppfyller kraven på neutralitet och vishet. Domaren kan förlora sin auktoritet om han eller hon avslöjas som

styrd av personliga övertygelser och intressen. Trots att de flesta i dessa dagar tar domarens auktoritet för given finns det en risk för att auktoriteten naggas i kanten om domarens rättstillämpning styrs av personlig övertygelse. Av detta skäl är det viktigt att domstolar inte utökar sin maktsfär genom en alltför fri och extensiv lagtolkning. *Rule of law not of men.*

De flesta anhängare av den liberala rättsstaten torde vara ense om att maktdelningen mellan politiker och domare inte skall rubbas genom att domstolarna tar sig vidlyftiga friheter och ägnar sig åt ett rättsskapande med politiska förtecken. Det är genom att undvika politiken som domstolarna erhåller sin traditionellt starka auktoritet. En förlust av denna auktoritet skulle innebära att den liberala rättsstaten skakas i sina grundvalar.

EG-domstolens rättsskapande

EU:s främsta juridiska instans, EG-domstolen i Luxemburg, har anklagats för att sammanblanda juridik och politik och sätta sin auktoritet på spel. EG-domstolens fria tolkningsstil fick Andrew Adonis att utbrista i Financial Times:

> Har domarna växt ur sina peruker? Frågan ställs över hela den demokratiska världen då domstolar spelar en allt större roll genom att sätt grimma på regeringar och skapa ny rätt. Amerikaner har länge betraktat sina domare som lagstiftare. Européerna är på väg att göra detsamma.

Reaktionen är inte särskilt förvånande. EG-rätten var och är avsedd att medföra en genomgripande omvandling av det ekonomiska, sociala och politiska livet i medlemsstaterna. Den riskerar därmed att hamna i konflikt med rådande konstitutionella och legala ordning.

I omvandlingsprocessen har EG-domstolen sett det som sin uppgift att konkretisera och utveckla den genetiska kod som fördragen och dess fädrer sände: Att värna om lag och rätt vid tillämpningen av ett fördrag vars primära mål var att skapa en allt fastare gemenskap mellan Europas folk.

I sin iver att integrera har EG-domstolen tagit sig stora friheter. Kritikerna anser att det är allmänt känt att EG-domstolen tolkar fördragsbestämmelser i strid med deras naturliga ordalydelse. EG-domstolen blir därmed att likna vid en lagstiftare, en roll som den inte anförtrotts av politikerna.

EG-domstolens försvarare anser dock att ingen domstol kan undvika att skapa rätt genom en fri lagtolkning, och att detta särskilt är fallet med författningsdomstolar som anförtrotts vida rättsskipningsuppgifter. Eftersom EG-domstolen har anförtrotts att föra utvecklingen framåt mot integrationsmålen har den givits ett stort tolkningsutrymme.

EG-domstolens strävan att åstadkomma politisk och juridisk integration har skett genom en dynamisk lagtolkning som reser frågor om förhållandet mellan politiker och domare. EG-domstolens rättstillämpning har enligt många lett till oskarpare skiljelinjer mellan rätt och moral, juridik och politik. Vissa kommentatorer anser att EG-domstolen tagit sig större friheter än USA:s Högsta domstol gjorde under sin mest aktiva period.

EG-domstolens rättsskapande har en tydlig ideologisk dimension. EG-domstolens rättsskapande är en del i en utveckling som ger medborgare och företag i medlemsstaterna ökade möjligheter att i domstol angripa nationella politiska beslut och hävda att de strider mot EG-rätten. Utvidgningen av enskildas möjligheter att processa är av grundläggande betydelse för förhållandet mellan politik och juridik och för förhållandet mellan EU och medlemsstaterna. Det beror på att EG-domstolen hävdar att medlemskapet i EU inte endast är en begränsad inskränkning av medlemsstaternas suveränitet utan en inskränkning som med tiden omfattar fler och fler områden.

Låt oss titta närmare på EG-domstolens rättstillämpning och ställa den i relation till några grundläggande krav. En av EG-fördragets viktigaste rättsregler är artikel 30. Regeln är tänkt att sörja för varors fria rörlighet mellan medlemsstaterna. Den lyder:

> Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna, om inte annat föreskrivs nedan.

Vad är en "kvantitativ importrestriktion"? Vad är en "åtgärd med motsvarande verkan"? EG-domstolen gav bestämmelsen en vid tolkning och förbjöd alla nationella regler, som inte endast direkt eller indirekt, utan även potentiellt kan hindra handeln mellan medlemsstaterna. Härmed kom exempelvis en statligt understödd annonskampanj som basunerade "köp irländskt" att förbjudas.

Att EG-domstolens tolkningar av regeln nästan fyller en hyllmeter är kanske helt i sin ordning. Regelns vaghet ger oss en antydan om att politikerna tänkt sig att den skall konkretiseras och fyllas ut genom tolkning och kompletterande lagstiftning. Men hur långt kan EG-domstolen gå i sin utfyllnad? Får domarna låta sina egna politiska och moraliska värderingar inverka på tolkningen? Är även domstolens tolkning en viljeakt? Är även juridik att vilja?

I målet *Brasserie du Pêcheur* aktualiserades frågan om i vilken utsträckning medlemsstaterna skall vara skadeståndsskyldiga för brott mot EG-rätten. Frågan är principiellt viktig för förhållandet mellan nationella domstolar och parlament eftersom det är den nationella domstolen som ytterst åsidosätter nationell lag och dömer ut skadeståndet.

I det nämnda målet slog EG-domstolen fast principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten. EG-domstolen ansåg att en medlemsstats skadeståndsansvar rörde tolkningen av fördraget. Men haken med detta resonemang är att några skrivna regler om skadestånd inte existerar. EG-domstolen erkände att fördraget saknar bestämmelser som uttryckligen reglerar medlemsstaternas skadeståndsansvar. Domstolens räddningsplanka blir den lakoniska formuleringen i artikel 164 EG-fördraget:

> EG-domstolen skall värna om lag och rätt vid tolkning och tillämpning av detta fördrag.

Principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar är kontroversiell av flera skäl. Stats- och regeringscheferna hade tidigare förkastat ett förslag om att principen skulle skrivas in i fördraget.

Principen har alltså inget uttryckligt stöd i fördraget, vilket den tyska regeringen framhöll i målet. EG-domstolen uttalade att:

> Den tyska regeringen har dessutom hävdat att en allmän rätt till skadestånd för enskilda endast kan fastställas genom lagstiftning och att tillskapande av en sådan rätt i rättspraxis är oförenligt med kompetensfördelningen mellan gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna och med den jämvikt mellan institutionerna som har inrättats genom fördraget.

Den tyska regeringen motiverade sitt motstånd mot en domarskapad princip om skadeståndsansvar utifrån både förutsebarhetskravet (principen bör formuleras i skriven lag) och legitimitetskravet. Den tyska regeringen ansåg att EG-domstolen saknade rättslig grund i fördraget för en skadeståndsprincip. En domarskapad princip skulle därmed rubba kompetensfördelningen och leda till att EG-domstolen och EU på ett otillåtet sätt tillskansar sig makt. EG-domstolen och EU riskerar därmed att förlora legitimitet.

Låt mig ge ytterligare exempel på EG-domstolens rättsskapande, dvs. när domstolen utan uttryckligt stöd i EG-fördraget uppfinner en ny rättsprincip, och inte vilken princip som helst: principen om EG-rättens företräde framför *all* nationell lagstiftning.

Målet *Costa mot Enel* tog sin början på italiensk mark. Advokaten Costa var aktieägare i kraftbolaget ENEL. Bolaget kom sedermera att förstatligas genom en parlamentslag, vilket Costa inte gillade. I egenskap av elabonnent underlät han att betala en elavgift på ca 11 svenska kronor. Efter att ha blivit krävd på betalning stämde han bolaget och yrkade att en italiensk domstol skulle fastställa att han skulle slippa att betala avgiften för att den stred mot EG-rätten. För att få hjälp med att avgöra hur den italienska lagstiftningen förhöll sig till de EG-regler som Costa åberopat begärde domstolen ett förhandsavgörande av EG-domstolen. EG-domstolen hade nu att avgöra om italiensk lag stred mot EG-rätten.

Trots att EG-domstolen i sin dom inte ansåg att det förelåg någon konflikt mellan reglerna tog den tillfället i akt att fälla några principiellt viktiga uttalanden om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

I domen slog EG-domstolen fast att EG-rätten vilar på medlemsstaternas överlåtelse av makt till de gemensamma europeiska institutionerna. Utifrån denna överlåtelse formulerade domstolen den princip som utgör grunden för gemenskapens existens. Genom att medlemsstaterna skapat en gemenskap av obegränsad varaktighet i tiden, som har egna institutioner med egen rättskapacitet och reella maktbefogenheter som härstammar från en överlåtelse av suveränitet, har medlemsstaterna begränsat sina suveräna rättigheter inom begränsade områden och skapat en rättsgemenskap som både är bindande för medborgarna och dem själva.

EG-domstolen uttalade vidare att kravet på EG-rättens enhetliga tolkning och tillämpning innebar att EG-rätten måste ha företräde framför all nationell lagstiftning, inte bara framför lagar utan även grundlagar.

EG-domstolens doktrin om EG-rättens *absoluta* företräde är helt central för integrationstanken. Den kan emellertid uppfattas som kontroversiell eftersom den dels talar om en oåterkallelig överlåtelse av kompetenser från medlemsstaterna till gemenskapens institutioner, dels EG-rättsligt företräde framför medlemsstaternas konstitutioner.

EG-domstolens avancerade företrädesanspråk aktualiserar frågor om makt och auktoritet som brukar diskuteras med hjälp av begreppet *suveränitet*. För enligt EG-domstolen har ju medlemsstaterna en gång för alla avhänt sig konstitutionell makt. Domstolen anser därutöver att det inte är medlemsstaterna utan gemenskapen som ytterst avgör hur mycket makt som egentligen överlåtits.

EG-domstolens dom i målet *Costa mot Enel* utgör grundstenen i en rättsutveckling som syftar till att skapa en gemensam europeisk konstitution för de 15 stater som nu bildar EU.

I juridisk mening refererar begreppet konstitution till den rättsliga grunden för funktionen av ett politiskt system och styrelse-

form i enlighet med rättsstatens krav. En konstitution har till syfte att avgränsa den politiska och juridiska makten. Konstitutionen innehåller en mängd regler som binder den politiska och juridiska auktoriteten och hindrar ingripanden mot enskilda inom vissa områden. Konstitutionens kärna och grundbetydelse är begränsning av suveränitet uttryckt genom idén om att ingen politisk kompetens kan vara obegränsad. Dess huvudsakliga avsikt är att begränsa all utövning av makt med hjälp av juridiska bindningar.

Under perioden 1970-1985 blev kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna mer och mer oklar. Perioden var en viktig fas i integrationsprocessen. Begränsningarna för gemenskapens materiella jurisdiktion vittrade sönder och försvann i praktiken.

EG-domstolens syn i Costa-målet där det talades om suveränitetsbegränsningar "...inom begränsade områden" blev senare i domstolens första yttrande över EES-avtalet "...inom allt större områden". EG-domstolen hade under 1980-talets sista år och 1990-talets första år höga ambitioner vad gällde EG-rättens effektivitet och tillämpningsområde.

Vidare har EG-domstolens pragmatiska syn på normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt lett till att kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar inom ramen för systemet för förhandsavgöranden blivit oklar. I min doktorsavhandling, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, visar jag att kompetensfördelningen är en chimär. De nationella domstolarna kan inte betraktas som självständiga utan är den förlängda arm med vilken EG-domstolen genomför sin juridiska ideologi.

EG-rättens karaktäristika skulle därmed lägga hinder i vägen för EG-domstolens konstitutionsanspråk. Fördragens allmänna och målrelaterade karaktär, målens vaghet och den oklara kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt gör att EG-domstolens konstitutionsanspråk vilar på bräcklig grund.

EG-domstolens anspråk definierar inte omfattningen och karaktären av det överförda kompetensområdet eller de materiella suveräna rättigheter som överförts till de gemensamma institutionerna. Dessa brister gör att idén om delad suveränitet inte kan tjäna som grund till en konstitution som kan begränsa och binda

maktutövning och utgöra ett instrument för suveränitetsinskränkning.

EG-rättens karaktäristika och den oklara kompetensfördelningen bidrar till att skapa ett centralt problem för förhållandet mellan EU och medlemsstaterna och för suveränitetsbegreppet. Vilken suveränitet är egentligen begränsad av EG-rätten? Kan vi tala om en konstitution utan en konstitutionell kärna? Själva idén med en konstitution är ju just suveränitetsbegränsningen. Här kan inflikas att ropen efter en konstitution har ytterligare ökat i styrka efter bedrägeri- och korruptionsanklagelserna mot kommissionen som sedermera ledde till att samtliga ledamöter avgick. I sammanhanget efterfrågas bland annat klara regler för utkrävande av politiskt ansvar av kommissionsledamöterna.

Personligen har jag svårt att frigöra mig från känslan att EG-domstolens juridiska konstitutionsanspråk nedvärderar politikens betydelse för en gemensam europeisk konstitution. Diskussionen om EG-domstolens anspråk på EG-rättens suveränitet aktualiserar reella skillnader mellan juridisk integrationsnivå (EG-domstolens konstitutionalisering av fördragen) och politisk integrationsnivå, dvs. politisk consensus vad avser politiska del- och slutmål och suveränitetsavståendets karaktär och omfattning.

Politikerna avstod exempelvis från att kodifiera EG-domstolens princip om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten. Samtidigt framstår det inte som särskilt vågat att påstå att stats- och regeringscheferna skulle avstå från att skriva in doktrinen om EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner i EG-fördraget.

Domstolens antagande om att fördragen på något sätt förvandlats till en europeisk konstitution i juridiskt avseende bortser delvis från att konstitutionsanspråket måste utvärderas från ett materiellt kriterium. Anspråket kan inte reduceras till en fråga om formell juridisk argumentation. Konstitutionsanspråket undervärderar politiken och ideologin som integrationsfaktor. EG-domstolens konstitutionella retorik lär eka i ett tomrum utan en bredare politisk consensus om integrationens del- och slutmål.

Så länge som landvinningarna i form av juridisk integration inte har politisk legitimitet och inte sekonderas av en bredare politisk

konsensus om integrationsprocessens mål saknas förutsättningar att tala om en gemensam europeisk konstitution. Av detta skäl kan EG-domstolens konstitutionsanspråk och doktrinen om EG-rättens absoluta företräde aldrig utgöra en lösning på en konflikt mellan EG-rätt och nationella konstitutioner. När juridiken inte har politisk sanktion kan den varken praktiskt eller teoretiskt användas för att lösa centrala politiska och konstitutionella problem.

Kravet på EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner och EG-domstolens konstitutionsanspråk lever knappast upp till de krav vi uppställt på rättstillämpningen förutsebarhet och legitimitet. Principen om EG-rättens företräde innebar ett "språng" i rättsutvecklingen. Ett folkrättsligt fördrag skulle ges konstitutionella kvalitéer. Det må vara så att principen om EG-rättens företräde accepteras av medlemsstaterna när det gäller konflikter med lagar och bestämmelser av lägre konstitutionell valör. Medlemsstaterna har emellertid inte accepterat principen fullt ut. Uppkommer frågan om nationella konstitutioners giltighet får EG-rätten fortfarande ge vika. Medlemsstaterna anser vidare inte att de lämnat ifrån sig makten att avgöra hur mycket suveränitet som överlåtits till de gemensamma institutionerna i Bryssel, Luxemburg och Strasbourg.

En annan sak är om vi gillar principen om EG-rättens företräde och idén om en gemensam europeisk konstitution. Personligen gör jag det. Bör jag då inte avhålla mig från kritik? Det viktigaste är väl ändå att EG-domstolens fria lagtolkning genererar ett bättre Europa, där fred, frihet, säkerhet och ekonomiskt välstånd råder?

Rättstillämpningens kringskurna objektivitet

Principen om the Rule of Law innebär att domstolar måste grunda sitt avgörande på en rättsnorm och ge en rättslig motivering av sina avgöranden, dvs. ange skäl och argument som stöd för sin slutsats. Domarens argumentation måste kläs i en retorisk språkdräkt så att beslutet framstår som en logisk följd av ett sammanhängande och värderingsfritt resonemang. Härigenom faller en slöja av objektivitet över domarens avgörande.

Kravet på att domarens motivering skall baseras på *juridiska skäl* och slutsatsen framstå som logisk och värderingsfri aktualiserar flera centrala rättsteoretiska problem.

Låt oss gå från den stora världen till den lilla världen. Min hustrus intresse för EG-rätten flammade oväntat upp för en tid sedan. Det var under den tid jag tjänstgjorde på EG-domstolen i Luxemburg. Efter ett cocktailparty med EG-domstolens domare promenerade vi sakta hem mot vårt hem i Limpertsberg. Till saken hör att EG-domstolen nyligen i den s.k. Kalanke-domen slagit ner på positiv särbehandling av kvinnor i Tyskland. I den blåsiga novemberkvällen uttryckte min hustru plötsligt en uppriktig förvåning över att medlemsstaterna vågat lägga ansvaret att tolka de milt uttryckt vaga och motsägelsefulla reglerna i EG-fördraget på ett gäng gamla konservativa gubbar. "Jag litar helt enkelt inte på dom där gubbarna.", löd hennes slutkläm.

På detta både kärnfulla och eleganta sätt blottlade min kära hustru vad den ledande samhällsfilosofen Jürgen Habermas har karaktäriserat som rättstillämpningens rationalitetsproblem: Hur skall rättsstatens krav på rättstillämpningens förutsebarhet och koherens kunna förenas med kravet på legitimitet och rättvisa vid tolkning av vaga och motsägelsefulla rättsnormer?

Rättsstaten kräver att en domstol måste grunda sitt avgörande på en giltig rättsregel och ge en rättslig motivering för sitt avgörande. Domaren måste ange rättsliga skäl och argument för sin slutsats. Domarens argumentation måste kläs i en språkdräkt som gör att avgörandet framstår som en logisk följd av ett sammanhängande och värderingsfritt resonemang. På detta vis framstår domarens avgörande som objektivt. Kravet på att domarens motivering skall baseras på juridiska skäl och slutsatsen framstå som logisk och värderingsfri aktualiserar flera centrala teoretiska problem.

När domaren tolkar en rättsregel måste denne hålla sig inom rättens gränser. Men hur bestäms och avgränsas det rättsliga från politik och moral? Hur skiljer vi juridiska från icke-juridiska skäl? Är verkligen rättslig argumentation en distinkt metod för att nå korrekta och rättvisa resultat? Hur skall den rättsliga argumentationen särskiljas från moralisk eller politisk argumentation i all-

mänhet. Det är i och för sig så att jurister besitter en särskild typ av kunskap om rättsreglerna. De besitter också en speciell kunskap om en juridisk teknik att upptäcka lakuner, lösa konflikter och komma tillrätta med tvetydigheter i rättssystemet. Men är inte detta endast en speciell kunskap i argumentationstekniker? Existerar verkligen en korrekt rättslig lösning som kan särskiljas från den korrekta moraliska eller politiska lösningen av ett juridiskt problem?

Domare har anförtrotts uppgiften att tolka vissa texter. Men vad betyder dessa texter? Vilket är tolkningens objekt och föremål? Hur identifierar vi det? Låt oss anta att vi har identifierat texterna. Kan vi nu utgå ifrån att dessa texter på ett verkligt sett begränsar domarens tolkningsutrymme? Har domarens tolkning av texten överhuvudtaget någon objektiv status? Vad innebär ett konstaterande om att en tolkning är sann eller falsk?

Dessa allmänna frågeställningar har central betydelse för rättstillämpningens legitimitet. Om inte texterna innebär en verklig begränsning av domarens tolkningsutrymme, vilken är då grunden för dessa tolkningars legitimitet? Hur rättfärdigar och motiverar domare sina tolkningar av lagtexter? Är lagtolkning något annat än ett rent uppfinnande av nya rättsnormer? Om lagtolkning kan likställas med uppfinnande, skall denna uppgift i så fall vara anförtrodd domare?

Jag har framhållit juridikens och juristernas centrala ställning och stora inflytande över samhällsutvecklingen. Jag har även framhållit juridikens teoretiska svagheter, dess kringskurna objektivitetsanspråk och dess närhet och beroendeförhållande till moralen och politiken. Men juridikens svagheter är också dess styrka. De teoretiska bristerna gör juridiken flexibel, ibland förutsebar och formalistisk, ibland oförutsebar och kreativ. Det är denna egenskap tillsammans med dess anspråk på neutralitet, objektivitet och korrekthet som gör den effektiv.

Juridikens normativa kraft och stora inflytande över samhället har lett till många positiva resultat. Folkrättens regler om staternas samvaro har institutionaliserats genom frekventa tolkningar av domstolar och andra institutioner. Skyddet för mänskliga rättigheter har förstärkts. Folkrätten har formulerat demokratiska krav

som staterna har att leva upp till. Juridiken är på god väg att ena ett tidigare splittrat Europa. Juridiska bindningar har satt grimma på regeringars försök att hävda nationella egenintressen. En gemensam rättsordning för EU:s medlemsstater är ett faktum. EG-domstolens fria lagtolkningsstil har lett till framväxten av en europeisk konstitution. Där politikerna misslyckats har juridiken lyckats. Men är juridifieringen av samhället endast positiv? Kan juridiken lösa de brännande demokratiska, sociala och ekonomiska problem som västvärlden står inför?

Samhällsutvecklingen har resulterat i att juridiken blivit alltmer komplicerad och svårtillgänglig. Detta gör att den juridiska rättvisan blir dyr. Vill en enskild gå till domstol krävs högt betalda juridiska ombud med avancerade specialkunskaper. Som ett resultat av den växande juridiska professionen och en högt utvecklad rättslig kultur formuleras juridiska problem alltmer i tekniskt komplicerade termer, problemen juridifieras och inordnas i rättskategorier som är okända för den enskilde. Juridikens uttryck och betydelse förändras därmed och det blir svårare för vanligt folk att förstå dess innebörd. För många blir den juridiska rättvisan ekonomiskt ouppnåelig och begreppsligt främmande. Juridiken tjänar på detta sätt affärssamhället men blir otillgänglig för folket. Men är det verkligen juridikens uppgift att tjäna affärssamhället eller, om man så vill, det globala kapitalets makt och administrera en samhällsutveckling som tenderar att leda till ökade sociala och ekonomiska klyftor?

För egen del är jag tveksam till om det juridifierade samhället är ägnat att lösa framtidens centrala demokratiska, sociala och ekonomiska problem. Enligt min mening bör ett större ansvar läggas på våra folkvalda politiker och på deras agerande i nationella, överstatliga och globala politiska församlingar. Vad vi behöver är mer politik, inte mindre. Ett av skälen till politikens centrala betydelse är att demokratisk lagstiftning är nödvändig för styrelse av ett pluralistiskt samhälle som undergår ständig social ekonomisk omvandling. Endast en politisk demokrati kan vara tillräckligt känslig för resultaten av denna omvandling, endast en politisk demokrati kan vara tillräckligt lyhörd för olika intressegruppers och kulturers skilda intressen.

Vilken är då den ideala balanspunkten mellan demokrati och rättsstat i Sverige? I sin avhandling om konstitutionellt rättighetsskydd kommer Joakim Nergelius efter 744 sidor fram till att rättighetsskyddet skall garanteras av domstolar. Dessa skall enligt författaren åtnjuta största möjliga oavhängighet från de politiska organen. Att vi skall ha domstolar som tolkar och tillämpar grundlagens rättighetsregler kan vi nog alla vara eniga om. Vad vi kan vara oeniga om är *hur stort* tolkningsutrymme dessa domstolar skall ha och *hur stor* roll de skall ha vid lösandet av intressekonflikter i samhället. Den som anser att domstolarna bör kunna använda ett vitt tolkningsutrymme och menar att domarens uppgift är att uttolka grundlagens moraliska och politiska innehåll måste även vara öppen vid en diskussion om vilken moral/etik eller vilket kulturarv som skall avspeglas i domstolsavgörandena.

För att konstruktivt kunna diskutera denna typ av frågor krävs att vi jurister blottlägger våra politiska och moraliska värderingar. Vi måste avslöja vår samhällssyn och diskutera de värderingar vi anser skall vara styrande i samhällsutvecklingen. Det håller inte att med juridiken som täckmantel försöka stoppa kärnkraftsavveckling, få in Sverige i EMU eller hävda att skatt är stöld. Denna strategi tjänar varken juridikens eller politikens ändamål. Juristerna måste i stället erkänna rättstillämpningens ideologiska inslag.

Rättstillämpningen intar en central roll i ett ideologiskt diversifierat samhälle. Det står även klart att en stor del av de ideologiska konflikterna i samhället rör tolkningen av rättsregler. Den ideologiska dimensionen i lagtolkningen understryks av det faktum att de flesta tvister har implikationer som rör människor bortom parterna. De grupper i samhället som är inblandade i tolkningsdispyter över rättsregler måste i viss mening föra en universaliserad form av argumentation. De måste tona ner egenintresset och framställa sin hållning i en objektiviserad form. Den svenska rättstvisten om avvecklingen av kärnkraften är ett utmärkt exempel på hur egenintresset tonas ner och kläs i juridisk språkdräkt. Kärnkraften sägs garanteras av såväl regeringsform som EG-rätt.

Om vi vidare erkänner att rättens och den juridiska argumentationens objektivitetsanspråk är kringskuret riktas intresset på de grupp- eller särintressen som domarna ger uttryck för. Jag ser

rättstillämpningen som ideologisk i den mening att den mer eller mindre utgörs av en universalisering av domarnas grupp- och särintressen. Dessa intressen kan exempelvis vara sammansatta av en liberal eller konservativ politisk grundsyn som utmynnar i en tro på skyddet för individens rättigheter i förhållande till det allmänna. Men intressena kan lika gärna bestå i en välfärdsideologi med socialistiska förtecken. Min poäng är att vi måste se domaren som en ideologisk aktör i lösningen av samhällskonflikter genom lagtolkning och regeldefinitioner.

Det "ideologiska" elementet i lagtolkningen inbegriper en objektivisering av egenintresset och en effekt bortom parterna samtidigt som det konstitueras av en tankebas eller en intelligentia. Med intelligentia avser jag en tanketradition och en samling texter som förespråkar en viss syn på exempelvis grundlagstolkning och maktbalans mellan politik och juridik. I detta sammanhang skulle man kanske kunna säga att exempelvis Joakim Nergelius tillhör en intellegentia som förespråkar att den politiska maktens handlingsfrihet ytterligare bör beskäras genom konstitutionella bindningar. Han är en del i en tanketradition som vill att politiskt godtycke skall ersättas med juridisk rationalitet.

Det ideologiska inslaget i rättstillämpningen är således både någonting mer subtilt och mer generellt än partipolitisk övertygelse. Det står därmed klart att "judikaliseringen" av samhället knappast kan betraktas som ideologiskt neutral. Vad som återstår att undersöka är *vilka* ideologiska implikationer "judikaliseringen" faktiskt har.

Rättsvetenskapen och gränserna för domstolars tolkningsutrymme

Mål som *Costa mot Enel* och *Brasserie du pêcheur* har lett många samhällsdebattörer till att anklaga EG-domstolen för ta sig för stora friheter. På ett stort Europarättsligt seminarium för några år sedan uttryckte en av paneldeltagarna missnöje över att EG-domstolen gått för långt i sin lagtolkning och tillskansat sig makt på politikernas bekostnad. Samme panelist hade tidigare på kultur-

och ledarsidor propagerat för att svenska domstolar borde bli mer självständiga och vara mindre beroende av den politiska makten. EG-domstolen var alltså *för* självständig och svenska domstolar för *lite* självständiga.

Panelisten uttryckte på samma seminarium missnöje över att EG-rätten inte innehöll regler om offentlighet, dvs. medborgarnas möjlighet till insyn i den politiska och administrativa beslutsprocessen. Nu förhöll det sig så att EG-domstolen var i färd med att avgöra ett mål som just rörde existensen av en generell offentlighetsprincip inom EU. Till saken hör att det i princip saknades klara regler om en sådan princip i EG-rätten. För att "finna" en offentlighetsprincip måste EG-domstolen ta sig ganska stora friheter.

Jag kunde därför inte stå emot frestelsen och fråga om han skulle kritisera EG-domstolen som alltför makthungrig om den i målet tog sig friheten att formulera en offentlighetsprincip för EG-rätten. Panelisten gav mig inget klart svar på frågan utan framhöll att vi nu stod inför ett svårt principellt problem. Ämnet dog därefter.

Skälet till panelistens tvekan och huvudbry var att ett svar på frågan om hur självständiga domstolar vi vill ha måste inbegripa ett svar på frågan vad det egentligen är som begränsar EG-domstolens och andra domstolars tolkningsutrymme.

De flesta skulle nog säga ungefär: "domstolarna skall hålla sig till den skrivna lagen och den står i lagboken." Att rättsreglerna begränsar domstolens tolkningsutrymme är nog de flesta medborgare ense om. Synsättet överensstämmer i stort med den traditionella rättspositivistiska synen på rättstillämpningen som en mekanisk process.

Enligt rättspositivismen bör studiet av rätten och analysen av rättsbegrepp utföras åtskild från historiska och sociologiska frågeställningar om rättens mål och sociala grunder. En av rättspositivismens axiom är separationen mellan vad rätten är (gällande rätt), *varat*, och hur rätten borde vara, *börat*. Denna separation utgår från antagandet om att domaren kan *identifiera* rätten och *tillämpa* den utan referens till värderingar. Åtskillnaden mellan *varat* och *börat* för därmed också med sig att *tillämpning* av

gällande rätt kan skiljas från och *skapande* av ny rätt. För rättspositivisten är rättstillämpningen mer eller mindre regelbaserad.

Den moderna rättsvetenskapen är emellertid inte alls lika övertygad om detta. Den utgår från att all lagtolkning är kreativ till sin natur. Tolkning inbegriper att fastställa meningen hos något som är vagt och obestämbart och ger rättsregeln en ny mening som tidigare varit okänd.

Senare rättsvetenskap konfronterar rättspositivisterna med frågan hur man skall kunna förstå rätten om den hålls åtskiljd från politik, moral och sociala värderingar, samtidigt som den i så stor utsträckning domineras av tolkning av mer eller mindre vaga rättsregler.

Rättsvetenskapen kom med tiden att distansera sig från uppfattningen om rättstillämpningen som mekanisk och regelbaserad. Den blev allt mer regelskeptisk. Ifrågasättandet av rättstillämpningen som regelbaserad lanserades av en teoretisk skola som haft stort inflytande på juridisk undervisning och juridiskt tänkande i västvärlden. Den brukar något förenklat kallas *rättsrealismen*.

Den skandinaviska rättsrealismen ägnade inte lagtolkningen och domstolars tolkningsutrymme något större intresse. Men för de amerikanska rättsrealisterna var lagtolkningen och lagtillämpningen av domstolar och myndigheter allt. Rätten var vad domaren gjorde med lagen. Lagen hade inget självständigt meningsinnehåll innan den tolkats av domaren. Realisterna buntade ihop och dömde ut både naturrätt och rättspositivism. Dessa inriktningar ansåg att innehållet i lagen kunde objektiviseras på olika sätt. Antingen genom hänvisning till högre förnuft eller genom logiska värderingsfria resonemang. Rättsrealisterna framhöll i stället rättens subjektivitet.

Rättsrealisternas idé om "rätten-som-rättstillämpning" vilar på en grundläggande regelskepticism. Generella rättsregler kan inte förutsäga hur ett specifikt fall skall lösas. Rätten är obestämbar och motsägelsefull. En känd företrädare för rättsrealismen uttryckte att "...rättsregler...har betydelse i den utsträckning de hjälper dig att förutsäga vad domare kommer att göra... De har ingen annan betydelse, utom som roliga leksaker."

Idén om att rätten som vag, obestämbar och motsägelsefull har försvarats utifrån många utgångspunkter. En utgångspunkt är att språket i rättsreglerna är vagt och aldrig kan leda domaren till en viss slutsats. En annan är att rätten ofta innehåller kolliderande konkurrerande normer och erbjuder ingen norm för att välja någon av dem.

Ur rättsrealismen utvecklades en kritisk rättsteoretisk inriktning. Den kritiska teorin ansåg att *varje* rättsligt avgörande inbegriper någon form av utnyttjande av ett tolkningsutrymme. Det finns inga *klara fall*, alla fall är mer eller mindre oklara.

Denna uppfattning har framförallt förfäktats av den amerikanska Critical Legal Studies-rörelsen (CLS). Medlemmarna av denna filosofiska skola ansåg att rättsregler och tolkningsprinciper inte leder domaren till en bestämd rättsligt korrekt lösning. I stället använder domstolen sitt tolkningsutrymme, vilket styrs av domarnas allmänna värderingar och politiska grundsyn.

CLS-juristerna förenades i förkastandet av rättens objektivitet och den motsägelsefria rationaliteten i den rättsliga argumentationen. Rätten är förklädd politik, *law is politics*, och kan inte generera motsägelsefria resultat i konkreta fall. CLS-jurister når denna ståndpunkt genom avancerade teoretiska dekonstruktioner av rätten som avslöjar att rätten vilar på motstridiga och oförenliga liberala intressen.

CLS-anhängare förkastar möjligheten av *the rule of law* och hävdar att rätten överhuvudtaget inte kan ge någon ledning till domaren när denna skall avgöra ett fall eftersom rätten är obestämbar och motsägelsefull. Domarens avgöranden blir därmed politiska. Rättslig argumentation kan vid lösning av tvister inte särskiljas från moralisk eller politisk argumentation. Rättslig argumentation är en teknik bland andra för lösning av tvister. Den korrekta rättsliga lösningen kan inte skiljas från den korrekta moraliska eller politiska lösningen.

CLS kritiska teori är i grunden ett angrepp på liberalismens idé om existensen av vissa okränkbara värden. Vilket samband har då denna kritik med frågan om domarens tolkningsutrymme?

All lagtolkning utförs av människor. Domaren måste tolka lagen så att resultatet harmonierar med medborgarnas rättskänsla,

dvs. värderingar om rättvisa och rätt och fel. Men vilka är dessa värderingar? Vad händer om de kolliderar med varandra?

Om vi i grunden accepterar att liberalismens värden om individens frihet och okränkbarhet kan kollidera med andra värden uppstår frågan om vilka värden som är viktigast. Göran Rosenberg tar upp detta problem i en artikel i Moderna Tiders augustinummer som handlar om Isaiah Berlins författarskap. Han konstaterar att när liberaler konfronteras med frågan om värdepluralism och värdekonkurrens försöker de hävda att liberalismen bara knäsätter vissa allmänna rättsprinciper, inte några specifika värden, inga särskilda uppfattningar om gott och ont. Liberalerna anser att liberalismen är den enda värdeneutrala rättsordning som är förenlig med verklig värdepluralism.

Rosenberg framhåller med hjälp av John Grays analyser av Berlins filosofi att liberalismens rättsprinciper ändå ger upphov till värdekonflikter. Gray anser att tanken att vissa rättsprinciper kan avskärmas från underliggande värderingar är orimlig. Om detta är sant hamnar vi då inte i den totala värderelativismen? Eller med Rosenbergs egna ord: "Om inget värde är 'sannare' än något annat, vad är det då som säger att vi bör föredra andra värden framför andra? Vad är det då som hindrar individer eller rörelser eller stater att driva just sina värden, vilka de än må vara, till sin spets?"

Alltså, samtidigt som liberalismen predikar individers och staters lika värde och autonomi så kräver den liberala rättstaten att såväl individer som stater efterlever rätten. Den kritiska rättsteorin anser att denna inneboende motsättning torpederar rättens anspråk på objektivitet. Värderelativism, rättsnormernas vaghet och rättstillämpningens krav på förutsebarhet och yttre legitimitet gör att rättens objektivitet krackelerar. Om den kritiska rättsteorin har rätt, vad är det som hindrar domarna i EG-domstolen att driva sina egna värden, som exempelvis ökad integration, till sin spets? Det måste väl ändå till sist vara rättsreglerna?

Den danske rättsrealisten Hjalte Rasmussen tog avstamp i regelskepticismen och värderelativismen och anklagade EG-domstolen för att ignorera EG-fördragets skrivna rättsregler och meddela domar som byggde på domarnas egna politiska och moraliska

uppfattningar. EG-domstolen missbrukar därmed sin ställning som domstol, ansåg Rasmussen.

Rasmussen lämnade rättsvetenskapens metod och teori och plockade fram en statsvetenskaplig verktygsarsenal. Rasmussen ansåg att EG-domstolen inte kan kritiseras med utgångspunkt från rättsreglernas meningsinnehåll, eftersom de inte har något meningsinnehåll.

Rasmussens måttstock hämtas i stället "utifrån". Avgörande för om EG-domstolens domar kan kritiseras för att "gå för långt" blir om omgivningen accepterar dem. Den objektiva måttstocken skapas utifrån reaktioner från medlemsstaternas parlament, regeringar, myndigheter och andra institutioner. Med denna utgångspunkt är EG-domstolens domar OK om omgivningen gillar dem.

Är då EG-domstolens aktiva rättsskapande förkastligt i sig? Nej, Rasmussen fördömer inte domstolens aktivism i sig, utan menar att det finns tillåten och otillåten aktivism. Huvudproblemet blir således att skilja det tillåtna från det otillåtna. För att bestämma gränserna för vad som är tillåtet utför Rasmussen ett test som bygger på tre olika situationer av lagtolkning.

Den första situationen präglas av att bestämmelsen ger domaren ett betydande tolkningsutrymme. Ett exempel på denna situation är EG-domstolens tolkning av den i inledningen citerade regeln om fria varurörelser. Här har domstolen att tolka allmänt hållna bestämmelser. Rasmussen anser att aktivt rättsskapande här är fullt legitimt eftersom EG-domstolen håller sig inom den vaga textens gränser.

En annan situation präglas av att fördraget är tyst. Ett exempel är doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell lagstiftning. I dessa situationer är viss aktivism legitim annan inte. En tredje situationen präglas av att EG-domstolen väljer en tolkning som står i strid med texten i fördraget.

Vad kan vi då invända mot denna modell? För det första förefaller den baseras på en alltför förenklad syn på lagtolkning. All lagtolkning är utfyllnad av normer. Att denna brist återfinns hos rättsrealisten och regelskeptikern Rasmussen är lite märkligt. För det andra så saknas en måttstock för vad som är tillåten och otillåten normutfyllnad. Vidare saknas en tolkningsteori som kan

användas för att utröna betydelsen av texten i de bestämmelser vars ordalydelse EG-domstolen skulle ignorera. Rasmussens stora dilemma är att han inte kan bestämma vad lagtexten betyder i juridisk mening och sedan avgöra om EG-domstolen dömt därefter eller inte.

Nu kommer allt att hänga på Rasmussens andra analysmodell. Den som utgår från att EG-domstolens tolkningsutrymme styrs av omgivningens reaktioner på olika avgöranden.

Det märkliga är att Rasmussen inte presenterar en teori om vad domstolen bör och inte bör göra inom ramen för det tolkningsutrymme som bestäms av omgivningens reaktioner. För Rasmussen synes den normativa måttstocken sammanfalla med omgivningens reaktioner. Man får därför intrycket av att det enligt Rasmussen inte finns något annat kriterium för domstolens legitimitet annat än de avgöranden domstolen "kan komma undan med".

Med Rasmussens kriterium för legitimt rättsskapande blir den paradoxala slutsatsen att rättsskapande blir särskilt illegitimt i diktatoriska förtryckarregimer där den politiska makten regelmässigt ser all dömande verksamhet som inte servilt anpassar sig till rådande politiska diktat som oacceptabel. Allt domstolsskydd av exempelvis mänskliga rättigheter blir med Rasmussens kriterium illegitimt. Om svenska domstolar försökt skydda svenska kvinnor mot sterliseringslagarna på 1950-talet hade de i Rasmussens ögon löpt amok och ägnat sig åt otillåten aktivism.

Det intressanta med Rasmussens undersökning är att han utgår från att rättsreglerna inte har något normerande budskap. Rättsreglerna kan inte ligga till grund för en juridisk motivering av en dom. De kan inte utgöra *skäl* för en slutsats.

Rättsreglerna har endast betydelse som *orsaker* till domarens val. Detta är en *deskriptiv* fråga. Om en rättsregel eller domarens tillfälliga sinnesförvirring har avgjort målet kan endast avgöras genom empiriska socialpsykologiska undersökningar av domarens själsliv.

Härmed har rättsvetenskapen blivit en empirisk vetenskap som sysslar med att försöka fastställa orsakerna till varför domaren har dömt på ett visst sätt. För rättsvetenskapsmannen återstår att försöka bygga upp oantastliga logiska orsakssamband. För juridiken

blir logik och empiri viktigast, inte frågor om moral, skuld, plikt och ansvar.

Men om rättsreglerna inte begränsar domarens tolkningsutrymme måste grundfrågan omformuleras: vilka är de politiska eller moraliska gränserna för domarens tolkningsutrymme? Om vi inte nöjer oss med den tillfälliga och nyckfulla politiska maktens eventuella acceptans som måttstock för tillåtet och otillåtet rättsskapande måste vi hitta en ny måttstock. Nu när vi inte har rättsreglerna att falla tillbaka på måste måttstocken bestå i en fullfjädrad legitimitetsteori för hela EU. Denna teori måste inbegripa konkreta ideal och värden och ta ställning till grundläggande intresseavvägningar. Skall den allmänna politiska integrationen ha företräde framför den enskildes intresse av rättighetsskydd? Skall individens rättigheter skyddas genom ett system där EG-domstolen och nationella domstolar med stort tolkningsutrymme tillskansar sig makt på politikernas beskostnad? Teorin måste även ta ställning till vilka integrationens del- och slutmål bör vara.

Dags för en ny forskningsansats?

En rättsvetenskaplig artikel eller avhandling kan inte ha anspråk på att säga någonting om rättens roll i dess politiska sammanhang, annat än en mindre del av ett mer omfattande skeende. Som rättsvetenskapsman blir man också tvungen att erkänna att det finns mer än ett sätt att utvärdera EG-domstolens roll i den europeiska integrationsprocessen. För att förstå domstolens roll kan man anlägga ett perspektiv som försöker finna sambanden mellan juridiken och politiken, som försöker sätta juridiken i ett politiskt sammanhang. Denna forskningsansats är *à la mode* i dagens integrationsforskning. Det talas om rätten i kontext, *law in context*. Kontextforskaren skall inte isolera sig i sin ämnesdisciplin utan försöka gifta den med andra. Juridik, sociologi, statsvetenskap, antropologi och psykoanalys skall bilda familj.

De äktenskapliga problemen infinner sig emellertid snart. Problemet är att varje ämne har väl intrampade metodologiska och

teoretiska stigar. Låt mig exemplifiera med ämnena rättsvetenskap och statsvetenskap.

Å ena sidan har juristerna ofta svårigheter att kontrastera juridiska argument mot statsvetenskapens insikter om hur den politiska beslutsprocessen fungerar. Å andra sidan tenderar statsvetenskapliga analyser som försöker förstå juridikens betydelse för integrationen att betrakta juridiken som ett rent instrument för politiken. De underskattar därmed den juridiska strukturen och logikens inneboende kraft. Vissa ser juridiken som en "svart låda", andra intresserar sig för rättens säregna programmatiska struktur och de begränsningar den sätter för det politiska beslutsfattandet.

Detta "utifrånperspektiv" negligerar "rent juridiska" argument. Statsvetarna befattar sig i regel inte med tolkningen och tillämpningen av rätten utan dess genomförande. De ser med misstänksamhet på dels den rättsliga argumentationens regler och struktur, dels rättens normativitet, dess normerande budskap, dess moraliska och politiska dimension. Det normativa i statsvetarnas analyser återfinner vi i förutsättningarna för en teori eller forskningsansats, medan de vetenskapliga resonemangen och operationerna framställs som fria från normativ diskussion.

Statsvetenskapligt orienterade undersökningar om sambandet mellan den politiska och juridiska sfären domineras emellertid ofta av empiriska förklaringar och etableringar av orsak-verkan relationer. Resultatet blir en typ av realpolitiska *beskrivningar* av den europeiska integrationsprocessen. I dessa undersökningar uppträder rättsreglerna som *orsaker* till politiskt handlande. För en kritisk analys av EG-domstolen krävs emellertid en kompletterande normativ måttstock.

I min doktorsavhandling, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, ägnade jag mig åt tolkningsutrymmets rättsliga begränsningar. Min tes var att gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme i första hand kan härledas ur EG-rätten själv. Genom att analysera EG-rättens särdrag och den rådande kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt skisserade jag vissa gränser för tolkningsutrymmet.

Jag utgick alltså från att rättsreglerna har ett meningsinnehåll. Trots den postmodernistiska teorins landvinningar kändes det lite

märkligt att konstatera att språket och orden inte hade någon mening. Jag blev dock tvungen att harva mig igenom den rättsteoretiska snårskogen. Väl ute var jag klar över att rättsteorin ändå hade något att erbjuda och användas som utgångspunkt för undersökningar av EG-domstolens rättsskapande verksamhet.

Jag utgick från att rättsliga texter i skilda faktiska situationer kan vara mer eller mindre obestämbara och vaga. Vidare ansåg jag att den intressantaste aspekten av rättsliga tolkningsteorier är den som angriper frågan att försöka skilja de klara från de oklara fallen. Utmaningen blev att försöka påvisa princip- eller regelorienterat handlande vid lösningen av de oklara fallen. Jag utförde mina analyser i övertygelsen om att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl de presenterar för sina avgöranden.

Samtidigt förstod jag att rättsteorin inte kan hjälpa mig att sätta några absoluta gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Jag ansåg ändå att min metod och teori var ett gott alternativ till den statsvetenskapligt och sociologiskt orienterade undersökning rättsrealisten Rasmussen utfört. Allt han ville var att kritisera och allt han saknade var en måttstock att kritisera utifrån. För egen del försökte jag vara "normativ i det lilla".

Slutord

Den stora utmaningen har emellertid både jag och Rasmussen framför oss. Den består i att försöka besvara frågor som:

- är det ur allmän synpunkt lämpligt att EG-domstolen har ett betydande tolkningsutrymme?
- hur skall EG-domstolen utnyttja tolkningsutrymmet?

För att vi skall ha några utsikter att lyckas krävs att vi bekänner färg. Vi måste ta ställning till vilka ideal och värden som bör styra EU och den pågående integrationsprocessen. Blir vi då den rättsvetenskapsman som Aleksander Peczenik efterlyser? En som inte tvekar att blanda in värderingar i juridiken, en som i sin argumen-

tation väger samman olika rättsprinciper, som eftersträvar en koherent helhetsbild, en som för sin argumentation mot bakgrund av djupgående kunskap i historia, komparativ rätt och filosofi. Jag tvekar en aning inför denna rollbeskrivning. Peczenik vill ha en rättsvetenskap som väver samman rätten, förnuftet och moralen. Han ser sin förnuftets rättsvetenskap som maktfaktor i samhället som kan skänka domstolarna en större självsäkerhet inför lagstiftningens övermakt.

Men hur validerar denna rättsvetenskap sin argumentation och sina lösningar på juridiska problem? Vilket är det förnuft som Peczenik refererar till? Det är möjligt att man genom referenser till kulturarv, rättsprinciper och andra faktorer finner mer eller mindre vaga stöd för en viss lösning. Men teoretiskt utför Peczenik samma omvandlingsnummer som rättspositivisten. Han anser att en domares eller en rättsvetenskapsmans tolkningsoperation har förutsättningar att utvinna ett "korrekt" normativt meningsinnehåll ur en rättsregel. I detta avseende delar Peczenik rättspositivismens och naturrättens premiss om att en tolkning kan stämmas av mot ett korrekt och objektivt konstaterbart meningsinnehåll. Jag är skeptisk till detta synsätt. För egen del ser jag ingen annan utväg än att acceptera rättens kringskurna objektivitet och se tolkningen som rättens ständiga förutsättning. Även vi jurister måste erkänna juridikens begränsningar.

Förutom att jag kanske heller inte delar Peczeniks syn på balansen mellan juristmakt och politikermakt finns det anledning att avslutningsvis resa frågan om vilken grundfilosofi som skall genomsyra det juridiska beslutsfattandet: Skall domaren och rättsvetenskapsmannen utgå från ett utilitaristiskt synsätt eller skall lagtolkningen se till vilka rättigheter den enskilde kan tänkas åtnjuta i det konkreta fallet? Skall domens effekter premieras framför den enskildes legala rättigheter?

Diskussionen går vidare.

Författarpresentation

Ola Wiklund (född 1962) är universitetslektor och docent i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet och har tidigare tjänstgjort vid EG-domstolen i Luxemburg. Bland hans publikationer kan nämnas EG-domstolens tolkningsutrymme (Norstedts 1997), Europa – från gemenskap till union (Juristförlaget 1995) och Offentlighetsprincipen vid ett svenskt medlemskap i EU (tillsammans med Sten Heckscher, 1994).

Litteratur

De intressantaste allmänna bidragen till diskussionen om domstolars tolkningsutrymme och förhållandet mellan politik är:

A Barak, *Judicial Discretion* (New Haven/London 1989), *J Habermas*, *Between Facts and Norms* (Cambridge Massachussets 1996) samt *J Raz*, *Ethics in the Public Domain* (Oxford 1995). Samma ämne diskuteras i anslutning till EG-domstolen av:

H Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice* (Dordrecht 1986), J Weiler, *The Court of Justice on Trial* (Common Market Law Review 1987 s. 555) och O Wiklund, *EG-domstolens tolkningsutrymme* (Stockholm 1997).

Är ni intresserade av de mer teoretiska aspekterna av domstolars tolkningsutrymme rekommenderar jag:

B Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* (Oxford 1993), D Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, *Journal of Legal Education* 1986 s. 527 och

Intressanta vetenskapsteoretiska problem inom rättsvetenskapen analyseras i W Eskridge och G Pellar, The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form, *Mich L Rev* 1991 s. 707, C Joerges, Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration, *European Law Journal* 1996 s. 105 och M Koskenniemi, The Politics of International Law, *EJIL* 1990 s. 7.

KUNGL. BIBL.
1999 -06-28
STOCKHOLM

DEMOKRATI
Utredningen

så arbetar

Demokrati utredningen

Demokratiutredningen analyserar den svenska folkstyrelsens förutsättningar inför 2000-talet. Det sker i ljuset av bl.a. globaliseringen, EU-medlemskapet, förändringarna i medielandskapet, den nya IT-tekniken, förnyelsearbetet inom offentlig förvaltning och folkrörelsernas förändringar. Kommittén har också fått i uppdrag att förklara det sjunkande valdeltagandet samt stimulera det demokratiska engagemanget. Vid sekelskiftet skall utredningen presentera en sammanvägd analys i form av ett slutbetänkande.

Utredningen vill redan under arbetets gång bidra till att fördjupa demokratidebatten genom

- en skriftserie
- offentliga seminarier
- en webbplats för debatt och information

Skrifter

Demokratiutredningen kommer fortlöpande under arbetets gång att publicera en skriftserie med essäer, debattartiklar, seminarieinlägg och forskarantologier.

Den omfattande demokratiforskning som bedrivs vid våra universitet och högskolor ställs på detta vis till förfogande för alla som är intresserade av demokratifrågor.

Information om titlar, utgivningsdag, priser m.m. finns på utredningens webbplats.

Seminarier

En av utredningens uppgifter är att stimulera det offentliga samtalet.

Därför anordnar vi offentliga seminarier runt om i landet.

Till seminarierna bjuder vi in forskare och idédebattörer att bidra med sin kunskap och sina värderingar kring de frågor vi tycker är värdefulla att samtala kring.

Varje seminarium dokumenteras i form av en skrift.

www.demokratitorget.gov.se

är adressen till Demokratiutredningens webbplats. Här finns möjlighet att föra en fri debatt kring demokratin – demokratitorget är öppet för alla.

Ett antal krönikörer kommer att kommentera demokratiproblem och andra demokratidebatter.

Här kan Du också informera dig om och föra dialog kring utredningen. Direktiv i fulltext, arbetsplan och utredningens protokoll är dokument man kan hämta hem.

Här informerar vi också fortlöpande om aktuella skrifter och seminarier. Man kan dessutom ta del av debattinlägg vid seminarier samt beställa utredningens skrifter.

Länkar finns till andra delar av nätet där demokratifrågor dryftas på olika sätt.

Information

Vi svarar gärna på frågor och lämnar ytterligare information om utredningens arbete. Adress och telefonnummer till utredningens kansli finns på nästa sida.

Ordförande
Bengt Göransson
f.d. statsråd
tel: 08-453 41 04

Kommittéledamöter
Elisa Abascal Reyes (mp)
tel: 08-88 29 76

Stefan Attefall (kd)
ledamot av riksdagen
tel: 08-786 54 46

Nils Fredrik Aurelius (m)
ledamot av riksdagen
tel: 08-786 46 85

Britt Bohlin (s)
ledamot av riksdagen
tel: 08-786 47 80

Per Gustafsson (c)
informationschef
tel: 08-787 58 40

Jeanette Hillding (m)
företagare
tel: 0431-88 300

Gunnar Larsson (s)
klubbordförande
tel 031-703 73 07

Eva Marcusdotter (s)
frilansskribent
tel: 019-36 36 48

Olle Schmidt (fp)
utredningssekreterare
tel: 040-34 10 64

Pernilla Zethraeus (v)
kommunalråd
tel: 026-17 81 22

Experter
Lars Bryntesson
Kulturdepartementet

Wanja Lundby-Wedin
LO:s andra ordförande

Carl-Gunnar Peterson
Justitiedepartementet

Elisabeth Rynell
författare

Marcus Storch
direktör

Sekretariat
Huvudsekreterare
Erik Amnå, *fil dr*
tel: 019-30 30 67

Biträdande sekreterare
Margareta Meyer
tel: 08-405 49 16

Seminarieansvarig
Anders Ljunggren
tel: 08-405 16 54

DEMOKRATI
Utredningen

Postadress: 103 33 Stockholm. Besöksadress: Regeringsgatan 30-32
Tel: 08-405 49 16. Fax: 08-411 24 67
E-post: margareta.meyer@justice.ministry.se

Demokratiutredningens skriftserie

Redaktör Erik Amnå

1. **Demokratins räckvidd.** Dokumentation från ett seminarium (SOU 1998:55)
2. **En god affär i Motala.** Journalisternas avslöjanden och läsarnas etik (SOU 1998:63)
3. **Att rösta med händerna.** Om stormöten, folkomröstningar och direktdemokrati i Schweiz (SOU 1998:85)
4. **Gör barn till medborgare!** Om barn och demokrati under 1900-talet (SOU 1998:97)
5. **Det unga medborgarskapet**. Dokumentation från ett seminarium (SOU 1998:101)
6. **Lekmannastyre i experternas tid**. Dokumentation från ett seminarium (SOU 1998:102)
7. **Demokrati på europeisk nivå?** (SOU 1998:124)
8. **Läsarna och demokratin**. Ett brev till det läsande Sverige (SOU 1998:134)
9. **Lokala Demokratiexperiment**. Exempel och analyser (SOU 1998:155)
10. **På Marginalen**. En intervjubok från Socialtjänstutredningen (SOU 1998:161)
11. **Allas frihet**. Demokratin möter marknaden. Tre ronder (SOU 1998:164)

12. **EU – ett demokratiprojekt?** Dokumentation från ett seminarium (SOU 1998:145)
13. **Invandrarskap och medborgarskap.** Dokumentation från ett seminarium (SOU 1999:8)
14. **Att slakta ett får i Guds namn.** Om religionsfrihet och demokrati (SOU 1999:9)
15. **Etik och demokratisk statskonst.** (SOU 1999:13)
16. **Elektronisk demokrati.** (SOU 1999:12)
17. **Den skyddade provinsen.** En essä om demokratins värde och värdighet (SOU 1999:22)
18. **Lobbning** (SOU 1998:146)
19. **Demokratin i den offentliga sektorns förändring.** Dokumentation från ett seminarium (SOU 1999:40)
20. **Bemäktiga individerna.** Om domstolarna, lagen och de individuella rättigheterna i Sverige (SOU 1998:103)
21. **Bör demokratin avnationaliseras?** (SOU 1999:11)
22. **Globaliseringen och demokratin.** Dokumentation från ett seminarium (SOU 1999:56)
23. **Löser juridiken demokratins problem?** (SOU 1999:58)

Den parlamentariskt sammansatta Demokratiutredningen analyserar den svenska folkstyrelsens förutsättningar inför 2000-talet. Det sker i ljuset av bl.a. globaliseringen, EU-medlemskapet, förändringarna i medielandskapet, den nya IT-tekniken, förnyelsearbetet inom offentlig förvaltning, folkrörelsernas förändringar och det sjunkande valdeltagandet. Vid sekelskiftet ska utredningen presentera en sammanvägd analys i ett slutbetänkande.

Utredningen vill redan under arbetets gång bidra till att fördjupa demokratidebatten genom

- offentliga seminarier runt om i landet
- webbplatsen *www.demokratitorget.gov.se* med fria debatter och möjligheter att informera sig om och föra dialog kring Demokratiutredningen
- en skriftserie med essäer, debattartiklar, seminarieinlägg och forskarantologier.

Om juristerna i domstolarna fick bestämma mer och politikerna i riksdag, fullmäktige och nämnder fick bestämma mindre, skulle det lösa en del av demokratins problem? Skulle det ge besluten en större legitimitet och minska förtroendeklyftan mellan medborgare och förtroendevalda?

I den här debattskriften konfronteras tre rättsvetenskapsmän som har olika uppfattningar om vad som är problemet och hur det borde lösas. Problemet är dock inte hypotetiskt, hävdar de. Genom medlemskapet i EU utmanas folkstyrelsemodellen mycket konkret genom att vi ger betydande makt åt jurister i våra förtroendevaldas ställe.

fakta info direkt

Tel 08-587 671 00. Fax 08-587 671 71
Box 6430. 113 82 Stockholm
order@faktainfo.se www.faktainfo.se

ISBN 91-7610-987-9
ISSN 0375-260X