

# Maktfördelning, funktionsfördelning och maktfördelning igen

Martin Sunnqvist

## **Separation of powers, division of functions, and separation of powers again**

In the Swedish Instrument of Government from 1809, there was a balance of power between the King and the Parliament. From these two basic spheres of power (constituent powers), power was further divided into five parts (constituted powers). Through the introduction of parliamentarianism in the early 20th century, a redistribution of power took place in practice, but on paper the balance of power remained between King and Parliament. Through the 1974 Instrument of Government, popular sovereignty was introduced, and the head of state would lack political power. The concept of separation of powers was not used, as there was no question of balance between the King and the Parliament. But the legislative, executive and judicial powers remained, albeit under the designation 'division of functions' rather than 'separation of powers', something that was also accompanied by certain difficulties when the judicial power and the activities of the administrative authorities were to be defined in relation to each other. The statements that there was no separation of powers should be seen in the light of the fact that the balance of power between the King and the Parliament disappeared. Such statements have more to do with the constituent than the constituted powers. Through constitutional amendments implemented in the 2010s, and amendments which are now being prepared, the independence of the judiciary has been strengthened and will probably be strengthened even more. The principle of separation of powers is considered fundamental for rule of law both by the European Court of Human Rights and within EU Law. There is therefore much to suggest that the 1974 Instrument of Government has developed into a constitution now based on the principle of separation of powers. In the article, the constitutional development in Sweden is analysed using the distinction between constituent and constituted powers, following inspiration from the 18th-century French writer Sieyès.

Martin Sunnqvist är professor i rättshistoria vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet.  
E-post: martin.sunnqvist@jur.lu.se

## 1. Inledning

En grundlag kan tillkomma på olika sätt. Det kan vara en suverän härskare i form av en monark som bestämmer sig för att dela med sig av makten till en folkrepresentation men ändå behålla sin suveräna ställning. Det kan vara folkföreträdare som bestämmer sig för att inrätta en konstitution med en monarki eller en republik men ändå behålla suveräniteten hos folket. Eller det kan vara en monark som tillsammans med folkrepresentationen bestämmer sig för att göra en ny grundlag. Oavsett hur detta går till, kan den eller de grundlagsstiftande makterna sedan fördela makten vidare till olika organ, som kan kontrollera varandras maktutövning. Man kan tala om en skillnad mellan *konstituerande* makt (eller makter) och *konstituerade* makter.

I denna artikel ska jag analysera 1809 och 1974 års regeringsformer utifrån åtskillnaden mellan konstituerande makter och konstituerade makter, från antagandet av 1809 års regeringsform till den Europarättsliga kontext som nu gällande regeringsform ska fungera inom. Viss tonvikt läggs på ambitionen att avveckla maktdelningen mellan monark och folkrepresentation genom 1974 års regeringsform. Genom att diskutera om det var mellan de konstituerande eller de konstituerade makterna som maktfördelningen skulle avskaffas – en diskussion som inte har förts tidigare – ges ökad klarhet i vilka förändringar 1974 års regeringsform innebar. Resultatet av analysen är att 1974 års regeringsform mycket väl kan beskrivas som en maktdelningskonstitution. Detta är en tendens som dessutom har förstärkts under de senaste decennierna.

## 2. Konstituerande makt och konstituerad makt

När en suverän härskare i form av en monark bestämmer sig för att dela med sig av makten till en folkrepresentation men ändå behålla sin suveräna ställning kallas detta ofta "oktrojerad författning". Den teoretiska bakgrunden kom till uttryck genom den s.k. monarkiska principen enligt 1820 års Wiener Schlussakte, som reglerade Tyska förbundet. Principen innebar att hela statsmakten var förenad i monarkens person, medan en folkrepresentation kunde ges en rätt att medverka i lagstiftningen (Art. 57, Schluß-Acte der über Ausbildung und befestigung des deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen; Stolleis 1992: 102–105; Müßig 2008: 99–102 och Gusy 1985: 22). Ett exempel på att folkföreträdare bestämmer sig för att inrätta en konstitution med en ärftlig monarki är sedan 1830-talet Belgien (Caenegem 1995: 233–238; Müßig 2008: 108–109). När en monark tillsammans med folkrepresentationen bestämmer sig för att göra en ny grundlag finns två etablerade maktpoler, som är beroende av varandra och omförhandlar maktbalansen mellan sig genom grundlagen som ett kontrakt (Holmøyvik 2012: 236–237). När 1809 års regeringsform antogs var ambitionen att återställa balansen mellan kung och riksdag (Rönström 1997).

När man talar om maktdelning eller maktfördelning (jag gör här inte skillnad på de två begreppen och använder främst det senare) är det viktigt att skilja mellan de makter som inrättar en konstitutionell ordning och de makter som inrättas genom denna konstitutionella ordning. Ovan har vi i en 1800-talskontext sett exempel på att monarken kan agera ensam, att folket (en större eller mindre del av det) genom sin representation kan agera ensamt, och att folkrepresentation och monark kan agera gemensamt. Med ett ännu längre historiskt perspektiv kan man – ända från antiken – identifiera tre typer av statsmakt: monarki, aristokrati och demokrati. I ett system med "mixed government" samexisterar dessa grupper och delar på makten, och det kan – men måste inte – innebära att de tre maktcentra utövar olika statsmakter i Montesquieus mening (Palmer Olsen 2005: 97–98). Som Palmer Olsen (2005: 98) har uttryckt det: "Mixed government har til formål at forhindre en bestemt samfundsgruppe (stand) i at få monopol på hele statsmagten. Magtfordeling har til formål at sikre, at de forskellige statsorganers magt (kompetence) begrænses til udøvelsen af hver deres statsfunktion." Om de ursprungliga makterna dock gör en sådan fördelning av sin sammanlagda makt och inrättar nya maktcentra, kan dessa i sin tur också kallas statsmakter. Här kan förvirring uppstå – är det de grundlagsstiftande statsmakterna som avses, eller de som inrättats genom grundlagen?

Emmanuel Joseph Sieyès (1748–1836) lanserade begreppen konstituerande makt (*pouvoir constituant*) och konstituerade makter (*pouvoirs constitués*), även om den sakliga skillnaden hade identifierats redan tidigare (Müßig 2008: 61; Holmøyvik 2012: 132). När han talade om konstituerande makt var det folket han syftade på, och när väl folket genom sina representanter hade antagit en konstitution var det de institutioner som därigenom hade inrättats som hade makten. Dessa institutioner kunde enbart handla inom de begränsningar som konstitutionen ställde upp (Rubinelli 2020: 33–74). Det tredje ståndet i de franska generalständerna förklarade sig 1789 vara en nationalförsamling, som ensam företrädde nationen såsom suverän. Genom införandet av nationen trädde en andra referenspunkt in vid sidan av monarkin ("Mit der Einführung der Nation tritt neben die Monarchie ein zweiter Bezugspunkt", Müßig 2008: 45).

Sieyès begreppsbildning utgår från att folket (nationen) genom sina representanter antar en konstitution. Jag använder här begreppet konstituerande makt på ett bredare sätt: jag syftar på den eller de makter som har antagit grundlagen, oavsett om de är folket, monarken eller båda tillsammans (jfr Müßig 2008: 44–46, 107). Detta beror på att mitt syfte är att göra en åtskillnad mellan de makter som antar grundlagen och de makter som därigenom blir inrättade. Med hjälp av begreppen använda så, kan maktfördelningen i 1809 och 1974 års regeringsformer beskrivas på ett tydligare sätt.

### 3. Maktfördelningen i 1809 års regeringsform

1809 års regeringsform byggde, under inflytande av maktindelningstankar, vidare på dualismen mellan kung och ständer. Karl XIII representerade som riksföreståndare en vid tidpunkten ytterst försvagad kungamak. Statskuppen mot Gustav IV Adolf kunde ha gått så långt att riksdagen antog en grundlag utan någon medverkan från monarkens sida, och i så fall hade den konstituerande makten redan år 1809 kunnat vara folket (genom sina representanter) ensamt. Utgångspunkten är emellertid att 1809 års regeringsform antogs av folkets representanter och monarken genom ömsesidigt samtycke, genom ett kontrakt (Holmøyvik 2012: 236–237; Nilsén 2013: 151–153).

Inför regeringsformens antagande formulerade konstitutionsutskottet genom Hans Järta grundprincipen på det sätt som senare ofta kommit att återges:

Utskottet har sökt att bilda en Styrande Magt, werksam inom bestämda former, med enhet i beslut och full kraft i medlen att dem utföra; en Lagstiftande Magt, wisligt trög till verkning, men fast och stark till motstånd; en Domare-Magt, sjelfständig under Lagarne, men ej sjelfherrskande öfwer dem. Det har vidare sökt att rigta dessa Magter till inbördes bewakning, till inbördes återhåll, utan att dem sammanblanda, utan att lemna den återhållande något af den återhållnas verkningförmåga. (Konstitutionsutskottets memorial 1809 i Sveriges konstitutionella urkunder)

Med tanke på att regeringsformen antogs av monark och folkrepresentation, vilka tillskapade fem makter – lagstiftande, verkställande (eller styrande), dömande, beskattande och kontrollerande, där monarken var inblandad i de tre första – var rättsläget mer komplicerat än konstitutionsutskottet antydde. I 90 § regeringsformen återgavs också maktfördelningsläran grunder genom att förbjuda riksdagen att besluta i frågor som hörde till den dömande och den verkställande (eller styrande) makten, och detta har förklarats med erfarenheter från frihetstiden, då ständerna ”hade – till föga båtnad för riket – hos sig samlat såväl den lagstiftande som den styrande och dömande makten” (Malmgren 1921: 80). Gudmund Jöran Adlerbeth, som var ledamot av konstitutionsutskottet, uttalade sig också i riksdagsdebatten på ett sätt som antyder kopplingen mellan konstituerande och konstituerade makter:

Efter Statsläran grunder och Historiens Witnessbörd synes det wara tämmeligen afgjort, at säkerheten bäst bewaras, då Lagstiftande Magten tilhör Nationen och dess Regent gemensamt, Lagskipande Magen vissa Corpser, som hvarken af Nationen och dess Representanter eller af Regeringen böra lida imposition,

den executiva Magten odelt innehafwes af Regenten, och den Beskattade odelt af Folket. (Ridderskapet och Adelns protokoll 1809:I: 480)

Om 1809 års regeringsform ska beskrivas i termer av konstituerande och konstituerade makter, kan konstateras att monark och folkrepresentation var de konstituerande makterna, vilka sedan inrättade fem konstituerade makter. Den lagstiftande makten behölls av monark och folkrepresentation gemensamt. Den enda skillnaden mellan stiftande av å ena sidan grundlag och å andra sidan allmän civil-, kriminal- och processlag var att monarkens och samtliga ständers samstämmiga beslut krävdes för ändring av grundlag, och frågan skulle ha vilat sedan föregående riksdag (81 §), medan lag kunde ändras genom beslut av monark och tre ständer tillsammans (87 §). Detta visar att skillnaden mellan de konstituerande makternas grundlagsstiftning och den konstituerade lagstiftningsmaktens stiftande av lag var mycket liten – skillnaden bestod i antalet ständers godkännande och tidsaspekten.

Christian Naumann kunde under 1800-talets andra hälft konstatera att den lagstiftande makten var ”den högsta i staten; den föreställer hela nationen, den bestämmer sjelfva stats- och rättsordningen” (Naumann 1881–83: 122–123). Uttryckssättet visar, att den lagstiftande makten – monark och folkrepresentation – hade en särskild tyngd eftersom den som konstituerad makt var i det närmaste identisk med de konstituerande makterna. Det har också förekommit ifrågasättanden av om den dömande makten verkligen kunde betraktas som en statsmakt. Caroline Taube har utifrån regeringsformens disposition och innehåll och behandlingen av den dömande makten i litteraturen kommit fram till att domstolarna var så sammanflätade med förvaltningen och den verkställande makten att de inte kunnat betraktas som en självständig statsmakt (Taube 2009). Om man skiljer mellan konstituerande och konstituerade makter blir det dock tydligare hur domstolarna – om än till viss del lydande under monarken och dessutom granskade av folkrepresentationens organ – fungerade som en särskild statsmakt.

## 4. Ombalansering genom parlamentarismens genombrott?

När parlamentarismen fick sitt genombrott efter borggårdskrisen 1914 innebar det att maktbalansen mellan kung och folkrepresentation upphörde att fungera inom den lagstiftande makten. Eftersom denna konstituerade makts två beståndsdelar var i det närmaste identisk med de konstituerande makterna påverkade detta även den bakomliggande maktbalansen. Gustaf V accepterade parlamentarismens princip genom att underteckna 1918 års proposition om ändringar i förordningen om kommunalstyrelse på landet, eftersom

statsministern Nils Edén där uttalade sig principiellt för denna princip (von Sydow 2009). Med godkännandet av parlamentarismens princip följde också en försvagning av monarkens ställning som konstituerande makt – skulle monarken kunna vägra en grundlagsändring men inte en lagändring?

Vid samma tid, 1909, inrättades Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen), och kungens två röster i Högsta domstolen avskaffades. Detta innebar att den lagstiftande makten och styrande makten å ena sidan, och den dömande makten å andra sidan, blev tydligare åtskilda såsom konstituerade makter.

Att parlamentarismens införande, och bl.a. det förhållandet att regeringen mer och mer blivit ett politiskt organ, innebar en ombalansering med mer vittgående följder, även för domstolarnas ställning som statsmakt, uppmärksammades av Carl Axel Reuterskiöld:

Om det konstitutionella ansvaret sjunkit ned till en formalitet, så snart K. M:t och riksdagen äro ense, så finnes ingen annan garanti för ett verkligt rättstillstånd än just domstolarna. (Reuterskiöld 1918: 95)

Östen Undén raljerade över Reuterskiölds uttalande och tillerkände det ”uteslutande kuriositetsintresse” (Undén 1956: 261), men det bör uppmärksammas att Reuterskiöld såg till maktbalansen i dess helhet. Han fäste vikt vid den bärande tanken i 1809 års regeringsform att Kungl. Maj:t uppträdde i olika skepnader, och regeringens beroende av riksdagen i stället för av kungen kunde balanseras om de numera reellt från kungen frikopplade domstolarna prövade lagars grundlagsenlighet (Petrén 1956; Nergelius 1996: 662; Sunnqvist 2014: 356–359).

Detta innebär att under perioden från parlamentarismens införande på 1910-talet till antagandet av 1974 års regeringsform, var maktbalansen en annan än den hade varit under perioden från 1809 till 1910-talet. Då hade monark och folkrepresentation varit de konstituerande makterna, nu var monarkens ställning som konstituerande makt försvagad. Då hade den lagstiftande makten varit nära knuten till balansen mellan monark och folkrepresentation, nu var det folkrepresentationen som utgjorde den egentliga lagstiftande makten, regeringen hade den styrande makten och den dömande makten var mera frikopplad från den styrande makten.

## **5. Makt- och funktionsfördelningen i 1974 års regeringsform**

När arbetena inför 1974 års regeringsform pågick, uppstod frågan vilken innebörd maktfördelningen kunde och skulle ha. Från Författningsutredningens betänkande SOU 1963:17 kan citeras:

Stundom brukar man [---] framhäva som ett karakteristiskt drag hos en författning att den skall förverkliga något slag av maktindelning eller maktbalans. Denna beskrivning är tillämplig på äldre författningar, där bakom de olika statsorganen stod skilda faktiska maktgrupperingar i samhället. Författningen betraktades då ofta som ett avtal mellan dessa olika grupperingar, t. ex. mellan fursten och det i skilda stånd organiserade folket. En författning som bygger på folksuveränitetens princip räknar däremot ej med några av folket oberoende 'makter'. (SOU 1963:17: 150)

Här är det balansen mellan de konstituerande makterna som är i fokus. Att det inte skulle finnas någon balans mellan olika konstituerande makter, hindrade i och för sig inte en funktionsfördelning eller funktionsuppdelning. I den fortsatta texten diskuterades en författning med olika balanserande faktorer, som skulle begränsa varandra men inte förlama handlingsförmågan. Det diskuterades också en författning utgående från "en i huvudsak enhetlig princip vid författningskonstruktionen", men där maktutövningen ändå inte är obegränsad. Begränsningarna skulle ligga i "mångfalden av inbördes mer eller mindre oberoende organ för politisk representation, intresserepresentation och åsiktpåverkan"; dessa skulle skapa "ett vida mera finfördelat system av vikter och motvikter än något grundlagsfäst maktindelningssystem kan åstadkomma". När det gäller funktionsuppdelningens utformning fortsatte texten:

Funktionsuppdelningen, som alltså icke innebär detsamma som maktindelning i äldre betydelse, kan sägas vara motiverad av följande allmänna överväganden. Statens många uppgifter är av så inbördes skiftande natur att de bör anförtros åt skilda organ, sammansatta med hänsyn just till vad de särskilda uppgifterna kräver och verksamma i former som anpassats efter uppgifterna. Funktionsuppdelningen betingas av kravet på en ändamålsenlig arbetsfördelning. Härtill kommer, att en bestämd och klar funktionsuppdelning underlättar den offentliga insynen i statsorganens verksamhet liksom att den också kan läggas till grund för olika slag av ansvarsreglering och kontroll. De huvudtyper av statsorgan som man i förevarande sammanhang har anledning att uppmärksamma är – förutom statschefen – riksdagen, regeringen, förvaltningsmyndigheterna och domstolarna. (SOU 1963:17: 151)

Av intresse här är framför allt att "funktionsuppdelningen" inte skulle innebära detsamma som maktindelning i äldre betydelse. Så långt skulle man kunna se begreppen i ljuset av skillnaden mellan konstituerande och konstituerade makter. Uppdelningen mellan olika konstituerade makter skulle då kunna fungera som garant för att ingen makt överskred de gränser för maktutövningen som

konstitutionen ställer upp. Men det är – i bästa fall – ett underordnat intresse. Det som framhävs är i stället en rad skäl av mer praktisk natur: de skilda organen ska vara ”sammansatta med hänsyn just till vad de särskilda uppgifterna kräver” och de ska vara ”verksamma i former som anpassats efter uppgifterna”. Det är ”kravet på en ändamålsenlig arbetsfördelning” som är viktigt, även om ”en bestämd och klar funktionsuppdelning underlättar den offentliga insynen i statsorganens verksamhet liksom att den också kan läggas till grund för olika slag av ansvarsreglering och kontroll”. Kontrollen av maktutövningen enligt maktfördelningens princip underordnades alltså praktiska hänsyn och önskan om att folksuveränitetsprincipen skulle få fullt genomslag (Möller 2024: 24; Peterson 2024: 337–338).

I Grundlagberedningens betänkande SOU 1967: 26 om en partiell författningsreform genom vilken parlamentarismen skulle skrivas in i grundlagen uttrycktes bekymmer beträffande hur parlamentarismen skulle kunna förenas med balansen mellan monark och folkrepresentation: ”Det är enligt grundlagberedningens mening tydligt att de grundsatser som vår skrivna författning bygger på inte överensstämmer med parlamentarismens principer” (SOU 1967:26, 103). Problemet var att regeringsformen byggde på ”uppfattningen om konungen och folkrepresentationen som jämbördiga maktfaktorer i statskicket medan parlamentarismen utgår från att all statlig maktutövning ytterst skall emanera från folket” (SOU 1967:26: 103).

I Grundlagberedningens betänkande SOU 1972:15 var utgångspunkten densamma som i 1967 års betänkande, mestadels underförstått men ibland uttryckligen: ”Grundlagberedningen föreslår nu att parlamentarismen skall befästas ytterligare. Den nya grundlagen skall över huvud taget inte konstituera ett system med krafter som balanserar varandra” (SOU 1972:15: 76). Detta fick ledamoten Allan Hernelius att i ett särskilt yttrande påtala:

Betänkandet saknar historiska perspektiv liksom mera ingående redogörelser för den konstitutionella praxis som utbildats. Det saknar också en analys av de grundläggande problem som sammanhänger med konstruktionen av en ny författning på folksuveränitetens i stället för maktindelningens grund. Vidare har grundlagberedningen inte företagit någon samlad utvärdering av förslagens totala effekter för statskicket. De olika delfrågorna och deras lösningar har inte satts in i något helhetsperspektiv. (SOU 1972:15: 336)

Han fortsatte med att ange varför detta var problematiskt:

Alla är ense om att man, om en modern grundlag skall antagas, måste överge den gamla klassiska maktindelningläran och bygga grundlagen på folksuveränitetens princip. Därmed förskjuts hela



det konstitutionella perspektivet. Ett nytt system skall byggas upp enligt vilket all makt utgår från folket. Principen om folkets suveränitet medför vissa praktiska konsekvenser. Bl. a. blir det nödvändigt att finna vägar att trygga den enskilde individen från olika synpunkter. (SOU 1972:15: 336)

Här aktualiserades skyddet för individer och minoriteter mot en majoritets beslut. Bl.a. nämndes möjligheten att inrätta en författningsdomstol (SOU 1972:15: 336–337).

Att den nya grundlagen inte skulle ”konstituera ett system med krafter som balanserar varandra” (SOU 1972:15: 76) hindrade inte att den kunde ange grunderna för ”fördelningen av offentliga funktioner mellan riksdagen, regeringen, övriga förvaltningsmyndigheter, domstolarna och kommunerna” (SOU 1972:15: 120).

I propositionen blev uttalandena ännu tydligare, när huvudgrunderna i grundlagberedningens slutbetänkande sammanfattades:

Den nya grundlagen bryter helt med det maktdelningssystem, som från början präglade 1809 års RF. Riksdagen framhåvs som det centrala statsorganet. Regeringen skall grunda sin ställning på riksdagens sammansättning och ansvara inför riksdagen. Statschefen, som enligt förslaget alltjämt skall vara en monark, skall inte ha någon politisk makt. Regeringen bör enligt beredningen få de befogenheter som krävs för att den skall kunna agera med den kraft och snabbhet som fordras i ett utvecklat samhälle som vårt. Riksdagens dominerande ställning bör emellertid komma till uttryck i grundlagen inte bara i fråga om regeringsbildningen och den parlamentariska kontrollen utan också beträffande funktionen att fatta grundläggande beslut genom lag eller budgetreglering. (Prop. 1973:90: 91)

Vidare anförde justitieministern att han såg som ”en betydande vinning och ett väsentligt inslag i reformen” att ”folksuveränitetens princip, såsom den vuxit fram i vår konstitutionella praxis, konsekvent kommer till uttryck i vår skrivna författning och att den i nu gällande RF ännu formellt kvarstående maktdelningsprincipen därmed försvinner” (Prop. 1973:90: 156).

En huvuduppgift för regeringsformen var att ge grunderna för det representativa och parlamentariska systemet och ”för fördelningen av offentliga funktioner mellan riksdagen, regeringen, förvaltningsmyndigheterna, domstolarna och kommunerna” (Prop. 1973:90: 226–227). Härutöver borde regeringsformen ”innehålla regler om medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter” (Prop. 1973:90: 226).

Detta hindrade i och för sig inte att den lagstiftande, den styrande eller verkställande, och den dömande makten fanns kvar som separata statliga funktioner; till dessa funktioner kan även föras det kommunala självstyret. Det ansågs emellertid svårt att definiera vad den dömande funktionen egentligen var för något och hur dess maktutövning förhöll sig till förvaltningsmyndigheternas beslutsfattande funktioner (Sunnqvist 2020: 251-254). Därför formulerades i 1 kap. 8 § regeringsformen (enligt 1976 års paragrafnumrering) den ganska intetsägande bestämmelsen att det "[f]ör rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter".

I delar av litteraturen kom fördelningen av uppgifter mellan riksdag, regering och domstolar att kallas "funktionsfördelning" (Jermsten 1992: 34; Strömberg 1974: 62; Holmberg m.fl. 2012: 52-53; Warnling m.fl. 2022: 42-47; jfr även tidigast Sterzel 1969: 248 där dock "funktionsfördelning" är ett felcitat av "funktionsuppdelning"). Joakim Nergelius har kritiserat detta språkbruk (Nergelius 2000: 551) med hänvisning särskilt till Håkan Strömberg, som dock menade att skillnaden mellan funktionsfördelningen och maktfördelningen inte var så stor: "Gränsen mellan de olika statsorganens kompetensområden är minst lika klart markerad som förut, och regler om deras inbördes kontroll finns fortfarande" (Strömberg 1974: 62; samma formulering kvar i Strömberg och Lundell 2019: 93 – kapitlet heter dock numera "Uppgiftsfördelningen" i stället för "Funktionsfördelningen").

Nils Herlitz fortsatte att använda begreppet maktdelning: Även om den gamla "'maktdelningen' och 'balansen'" skulle ersättas av "den enhet [---], som följer av regeringens beroende av riksdagen" skulle fortfarande regeringsformen "reglera regeringens (liksom förut kungens) och riksdagens funktioner och särskilt deras kompetens": "För den, som hitintills varit van att kalla sådan reglering av kompetens för maktdelning, är det naturligt att fortsätta därmed." (Herlitz 1972: 527.) Men när "maktfördelning" omnämndes i namnet på Maktutredningen, en "[u]tredning om maktfördelning och demokrati i Sverige" (SOU 1990:44), handlade det om att "analysera fördelningen av makt och inflytande inom olika områden av det svenska samhället" (SOU 1990:44: 411), inte om maktfördelningen mellan olika statsmakter.

Historiskt sett är, som Henrik Palmer Olsen har uttryckt det i ett annat sammanhang, "[e]rkendelsen af, at der eksisterer forskellige statsførelsesfunktioner, [---] langt fra identisk med erkendelsen af et behov for at gennemføre en magtfordeling" (Palmer Olsen 2005: 97). Men en grundlag kan, som Eirik Holmøyvik har skrivit, vara ett uttryck för ett suveränt folks vilja och därmed "eit delegasjoninstrument frå folket, som den konstituerande makta i staten, til statsmaktene som dei konstituerte maktene" (Holmøyvik 2012: 235). I ett sådant sammanhang är det folksuveränitetsprincipen som ligger till grund för grundlagen, och vid grundlagsändring aktualiseras "ei vertikal maktfordeling mellom det suverene folket og statsmaktene" (Holmøyvik 2012: 235).

Genom att godkänna parlamentarismen på 1910-talet och slutligen 1974 års regeringsform tog den svenska monarken ett steg tillbaka från att vara en konstituerande makt. Folksuveränitetsprincipen låg därmed till grund för att folkrepresentationen var den enda konstituerande makten. Detta behövde inte alls innebära att de konstituerade makterna förändrades, och folksuveränitet och maktindelning behöver inte ställas mot varandra, om man inte enbart diskuterar de konstituerande makterna (jfr dock Nergelius 2014: 446). Skillnaden mellan de konstituerade makterna tonades ändå ned, och begreppet maktfördelning kom att associeras med maktbalansen mellan kung och riksdag och därmed med monarkens politiska makt (Bull & Cameron 2023: 630).

## 6. Maktfördelningens renässans?

Inom Demokratiutredningen publicerades 1999 en forskarvolym på temat "Maktindelning" (SOU 1999:76). I den skrev 14 statsvetare och jurister texter med historiska och internationella perspektiv på maktindelningen i Sverige. Även om texterna inte är inriktade på att tolka den gällande svenska grundlagen utifrån den (skenbara) motsättningen mellan folksuveränitet och maktfördelning, kan redan bokens tema sägas ha möjliggjort en sådan diskussion i förlängningen. Som Jörgen Hermansson uttrycker det i det första bidraget: "När konstitutionalismen fogas samman med folksuveränitetstanken kan [...] resultatet bli lite olika. Konstitutionalismen kan ta sig flera olika uttryck, men det gemensamma draget är att det i större eller mindre utsträckning handlar om att tämja den makt som utgår från folket självt" (SOU 1999:76: 10). Maktfördelningen i Sverige fick inte något större utrymme i slutbetänkandet (SOU 2000:1).

När en åtskillnad gjordes den 1 januari 2011 mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter genom att de fick separata kapitel i regeringsformen nämndes inte maktfördelning eller funktionsfördelning uttryckligen. Enligt SOU 2008:125 handlade det om att "tydliggöra domstolarnas särställning i det konstitutionella systemet och att markera vikten av ett oberoende och opartiskt domstolväsende" (SOU 2008:125: 347). Det fanns samtidigt "anledning att slå vakt om förvaltningens betydelse och självständighet i normtillämpningen" (SOU 2008:125: 347). Inte heller i prop. 2009/10:80, som ledde till att uppenbarhetsrekvisitet togs bort och domstolarnas oavhängighet stärktes, nämndes maktindelning eller maktfördelning.

I den nu aktuella SOU 2023:12, "Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende", nämns inte maktindelning eller maktfördelning, men väl att 11 kap. 4 § regeringsformen "ger uttryck för en principiell funktionsfördelning av uppgifter mellan lagstiftaren och domstolarna" (SOU 2023:12: 279–280). Det föreslås att domstolarnas oavhängighet förtydligas i 1 kap. 8 § regeringsformen genom att bestämmelsen delas upp i två stycken, varav det första formuleras: "Rättskipningen utövas av oberoende domstolar" (SOU

2023:12: 59 och 287–290). Detta gör det tydligare att domstolarna är oberoende i förhållande till övriga statsmakter.

I den aktuella debatten är det dock inte alla som medger att maktfördelning är förenlig med regeringsformens uppbyggnad. Mikael Mellqvist har i några artiklar hävdad att "[n]ågon maktindelningstanke [inte finns] inbyggd i regeringsformen (Mellqvist 2023a: 90–91). Genom folksuveränitetsprincipen skulle hela makten "vara samlad hos folket" (Mellqvist 2023a: 106). Mellqvist har också hävdad att svensk rätt och svenskt rättstänkande felaktigt har ansetts påverkade "av den s.k. 'europeseringen'", särskilt när det gäller domstolarnas ställning (Mellqvist 2023b). När det gäller maktfördelningen finns emellertid tydliga krav på vad som från Europarättsliga rättskällor förväntas av svensk konstitutionell rätt.

## 7. Maktfördelning i ett europeiskt perspektiv

Den Europarätt, som svensk rätt är en del av, förutsätter inte bara att Sverige är en rättsstat utan också att maktfördelning förekommer (Sunnqvist 2023). I Europaparlamentets och rådets förordning 2020/2092 av den 16 december 2020 om en generell villkorlighetsordning för skydd av unionsbudgeten nämns – som en del av rättsstatsbegreppet – att principen om maktindelning respekteras (preambeln p. 3 samt artikel 2). Utgångspunkten är här några avgöranden från EU-domstolen; Kovalkovas (10 november 2016, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, p. 36), Poltorak (10 november 2016, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, p. 35) och DEB (22 december 2010, C-279/09, EU:C:2010:811, p. 58). Dessa fall handlar om hur den dömande makten ("judiciary") ska tolkas. Begreppet kan inte inkludera regeringens departement eller förvaltningsmyndigheterna, utan den dömande makten ska "enligt principen om maktindelning, som är kännetecknande för hur en rättsstat fungerar, [---] särskiljas från den verkställande makten" (Kovalkovas p. 36). Med "rättsliga myndigheter" som kan utfärda en europeisk arresteringsorder "förstås traditionellt sett myndigheter som deltar i rättskipning, till skillnad från bland annat ministerier eller andra regeringsorgan, vilka är hänförliga till den verkställande makten" (Kovalkovas p. 36). Polismyndigheterna omfattas inte av begreppet "rättslig myndighet", eftersom de hör till den verkställande makten (Poltorak).

I DEB-målet, som handlade om rätten att beviljas rättshjälp i ett mål om en medlemsstats skadeståndsansvar enligt unionsrätten, uppkom frågan hur rätten till en rättvis rättegång kan tillgodoses när svaranden i det nationella målet är den stat som också ska garantera ett effektivt domstolsskydd. EU-domstolen konstaterade att unionsrätten inte utgör "hinder för att en medlemsstat på en och samma gång utövar funktionerna som lagstiftare, myndighet och domare, under förutsättning att dessa funktioner utövas med iakttagande av principen om maktindelning, vilken kännetecknar en rättsstat" (DEB p. 58). Översättningen

”lagstiftare, myndighet och domare” kan jämföras med engelskans ”legislative, administrative and judicial functions” eller tyskans hänvisning till att en medlemsstat ”Legislative, Exekutive und Judikative zugleich verkörpert”. Det kan konstateras att maktfördelning, rättsstat och rätten till en rättvis rättegång inför en oavhängig och opartisk domare är nära förbundna.

Detsamma kan sägas utifrån Europadomstolens praxis. I storkammaravgörandet *Stafford mot Storbritannien* (28 maj 2002, nr 46295/99) konstaterade Europadomstolen att beslut av en minister i fråga om tidsbestämning av straff för livstidsdömda hade blivit en alltmer problematisk ordning; den hade blivit ”increasingly difficult to reconcile with the notion of separation of powers between the executive and the judiciary, a notion which has assumed growing importance in the case-law of the Court” (*Stafford* § 78). I flera andra storkammaravgöranden, bl.a. *Maktouf och Damjanović mot Bosnien-Hercegovina* (18 juli 2013, nr 2312/08 och 34179/08, § 49) och *Ástráðsson mot Island* (1 december 2020, nr 26374/18, § 207) har Europadomstolen återknutit till samma formulering. I *Ástráðsson*-avgörandet konstaterade domstolen dessutom att det inte finns något krav på staterna att ”comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers’ interaction” (§ 215). Det var domstolens uppfattning att ”a certain interaction between the three branches of government is not only inevitable, but also necessary, to the extent that the respective powers do not unduly encroach upon one another’s functions and competences” (§ 215).

Att Europadomstolen och EU-domstolen kräver att maktodelningsprincipen iakttas kan inte i sig leda till att denna princip tolkas in i svensk grundlag, men eftersom det förutsätts att principen iakttas skulle ett dilemma uppstå, om den svenska grundlagen inte skulle anses bygga på den. Då skulle skillnaden mellan svensk grundlag och Europarätten behöva hanteras på något sätt, och man skulle kunna ställa frågan om Sverige uppfyllde de grundläggande kraven på en europeisk rättsstat.

Dilemmat kan lösas genom distinktionen mellan konstituerande och konstituerade makter. Det finns inga Europarättsliga problem med att den svenska konstitutionen bygger på folksuveränitetstanken och att det alltså enbart finns en konstituerande makt. Att denna konstituerande makt sedan har inrättat flera olika statsmakter, däribland en oavhängig dömande makt, är tillräckligt för att svensk konstitutionell rätt ska uppfylla de krav som Europadomstolen och EU-domstolen ställer.

## 8. Slutsatser

1809 års regeringsform byggde på en dualism mellan monark och folkrepresentation. Dessa två konstituerande makter inrättade fem konstituerade makter, den lagstiftande, verkställande, dömande, beskattande och kontrollerande

makten. Den lagstiftande makten hade en särställning, eftersom de två konstituerande makterna samverkade inom den.

Med parlamentarismens genombrott upphävdes dualismen mellan monark och folkrepresentation inom den lagstiftande makten. Då avstod också monarken från sin funktion som konstituerande makt och folkrepresentationen blev ensam kvar som sådan. Dualismen mellan monark och folkrepresentation ersattes av folksuveränitet. Denna rättsutveckling bekräftades genom 1974 års regeringsform.

Det var inte nödvändigt att i detta sammanhang sluta tala om maktfördelning mellan lagstiftande, verkställande och dömande makt, eller för den delen beskattande och kontrollerande makt. Denna maktfördelning kunde, som jag har visat ovan, finnas kvar oavsett vad som hände med de konstituerande makterna. När 1974 års regeringsform antogs var det symboliskt viktigt att markera skillnaden i förhållande till de principer 1809 års regeringsform vilade på. Detta gällde främst de konstituerande makterna, och monarkens förändrade roll. Delvis därför tonades även fördelningen av makt mellan de konstituerade makterna ned, och man började tala om funktionsfördelning.

Begreppet funktionsfördelning är diffust och mera otydligt än maktfördelning. Det är också missvisande, eftersom det har satts i samband med en förhållandevis praktiskt inriktad arbetsfördelning mellan de olika funktionerna, snarare än en principiellt inriktad kontroll i syfte att stävja maktmissbruk. Denna principiella syn på maktfördelningen har emellertid återkommit, inte minst när det gäller domstolarnas lagprövning. Domstolarna har en viktig uppgift i att förhindra tillämpning av lagstiftning som strider mot högre rättsnormer, och de fungerar på så sätt som en självständig statsmakt. Europarätten ställer krav på maktfördelning, särskilt när det gäller domstolarnas ställning.

Mot denna bakgrund är det dags att utmönstra begreppet funktionsfördelning och helt enkelt konstatera att regeringsformen numera måste anses bygga på en maktfördelningsprincip. Detta gör det tydligare vad det handlar om. Så här 50 år efter det att 1809 års regeringsform upphörde att gälla är risken försumbar för att detta ska missuppfattas som en återgång till dualismen mellan monark och folkrepresentation som konstituerande makter.

## Referenser

- Bull, Thomas & Cameron, Iain, 2023. "The Evolution and Gestalt of the Swedish Constitution", i Armin von Bogdandy m.fl. (red.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- van Caenegem, Raoul Charles, 1995. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Europaparlamentets och rådets förordning 2020/2092 av den 16 december 2020 om en generell villkorlighetsordning för skydd av unionsbudgeten.

- Gusy, Christoph, 1985. *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Herlitz, Nils, 1972. "1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag", *Svensk Juristtidning*.
- Holmberg, Erik m.fl., 2012. *Grundlagarna. Regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*. Stockholm: Norstedts juridik, 3 uppl.
- Holmøyvik, Eirik, 2012. *Maktfordeling og 1814*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Jermsten, Henrik, 1992. *Konstitutionell nödrätt*. Stockholm: Juristförlaget.
- Konstitutionsutskottets memorial 1809 i *Sveriges konstitutionella urkunder*.
- Malmgren, Robert, 1921. *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, Stockholm: Norstedts, 1 uppl.
- Mellqvist, Mikael, 2023a. "Domstolen och dess domare. En essä om skillnader och likheter mellan institution och person", *Svensk Juristtidning*.
- Mellqvist, Mikael, 2023b. "De fanatiska protokollförarna. En kritisk essä rörande 'europeiseringen'", *Svensk Juristtidning*.
- Müßig, Ulrike, 2008. *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Möller, Tommy, 2024. "Från folksuveränitet till maktindelning. Författningens grundprinciper", i Tommy Möller (red.), *En författning i tiden. Regeringsformen under 50 år*. Stockholm: Medströms.
- Naumann, Christian, 1881-83. *Sveriges statsförfattningsrätt*, bd 3. Stockholm, 2 uppl.
- Nergelius, Joakim, 1996. *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Stockholm: Norstedts.
- Nergelius, Joakim, 2014. "Räcker grundlagsändringar för att stärka domstolarna?", i Fredrik Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Nergelius, Joakim, 2000. "Domstolar och demokrati. Är det dags för maktindelning?", *Svensk Juristtidning*.
- Nilsén, Per, 2013. "Tradition och modernitet. Argument på vägen till 1974 års regeringsform", i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkningar av grunnlöva. Om författningsutvecklinga 1814-2014*. Oslo: Pax Forlag.
- Palmer Olsen, Henrik, 2005. *Magtfordeling. En analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt*. København: Jurist- og økonomiforbundet.
- Petersson, Olof, 2024. "Så hur blev det? En utvärdering av 1974 års regeringsform", i Tommy Möller (red.), *En författning i tiden. Regeringsformen under 50 år*. Stockholm: Medströms.
- Petrén, Gustaf, 1956. "Domstols lagprövningsrätt", *Svensk Juristtidning*.
- Prop. 1973:90.
- Prop. 2009/10:80.
- Reuterskiöld, Carl Axel, 1918. "Vår rättsordnings omvandling", *Statsvetenskaplig Tidskrift*, årg 21.
- Ridderskapet och Adelns protokoll 1809:I.
- Rubinelli, Lucia, 2020. *Constituent Power. A History*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi-org.ludwig.lub.lu.se/10.1017/9781108757119>.
- Rönström, Emma, 1997. "Forskardebatten kring 1809 års regeringsform", *Statsvetenskaplig tidskrift*, årg 100, ny följd 79.

- Schluß-Acte der über Ausbildung und befestigung des deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen.
- SOU 1963:17.
- SOU 1967:26.
- SOU 1972:15.
- SOU 1990:44.
- SOU 1999:76.
- SOU 2000:1.
- SOU 2008:125.
- SOU 2023:12.
- Sterzel, Fredrik, 1969. *Riksdagens kontrollmakt*. Stockholm: Norstedts.
- Stolleis, Michael, 1992. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd 2. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914. München: Beck.
- Strömberg, Håkan, 1974. *Sveriges författning*. Lund: Studentlitteratur, 6 uppl.
- Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, 2019. *Sveriges författning*. Lund: Studentlitteratur, 23 uppl.
- Sunnqvist, Martin, 2014. *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2 uppl.
- Sunnqvist, Martin, 2020. "Domstolsliknande myndigheter och myndighetsliknande domstolar? Några idé- och begreppshistoriska gränsdragningsproblem", i *Den svenska förvaltningsmodellen*, Rättshistoriska studier bd 28. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning.
- Sunnqvist, Martin, 2023. "«EU's legal history in the making». Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law", *Journal of Constitutional History/Giornale di Storia Costituzionale* n. 45 / 2023-I.
- von Sydow, Björn, 2009. "1809 års författningsverk – vad kan vi lära för framtiden", i Brundin, Margareta & Isberg, Magnus (red.), *Maktbalans och kontrollmakt. 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv*. Stockholm.
- Taube, Caroline, 2009. "En tredje statsmakt? Domstolarna under 1809 års regeringsform", i Brundin, Margareta & Isberg, Magnus (red.), *Maktbalans och kontrollmakt. 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv*. Stockholm.
- Undén, Östen, 1956. "Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagsenlighet", *Svensk Juristtidning*.
- Warnling Conradson, Wiweka m.fl., 2022. *Statsrättens grunder*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Kovalkovas (10 november 2016, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861).
- Poltorak (10 november 2016, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858).
- DEB (22 december 2010, C-279/09, EU:C:2010:811).
- Stafford mot Storbritannien (28 maj 2002, nr 46295/99).
- Maktouf och Damjanović mot Bosnien-Hercegovina (18 juli 2013, nr 2312/08 och 34179/08).
- Ástráðsson mot Island (1 december 2020, nr 26374/18).