

Juridik och statsvetenskap

Hur ser en jurist på statsvetarens sätt att studera politik (samt juridik)?

Joakim Nergelius

INLEDNING

Genren juridik och statsvetenskap, eller kanske mer specifikt förhållandet mellan statsrätt och statsvetenskap är, slår det mig när jag nu blivit ombedd att bidra till denna jubileumsskrift och därmed fått anledning att gå igenom drygt femtio års doktrin på området, ingalunda ny. Nils Stjernquist ställde exempelvis 1958 upp några i allt väsentligt ännu gällande kriterier för vad som i grunden skiljer ämnena åt (Stjernquist 1958). Som jag själv senare konstaterat (Nergelius 1995: 39) är statsrätten en juridisk vetenskapsgren, en normvetenskap vilken därmed är bunden vid den juridiska metoden som arbetsredskap, medan statsvetenskapen typiskt sett är en mer empiriskt inriktad samhällsvetenskap eller, med Stjernquists ord, ”inriktad på ... hur det faktiskt går till, däri inbegripet författningsbestämmelsernas tillämpning” (Stjernquist 1958: 371).

Utifrån dessa rimligen relativt okontroversiella utgångspunkter var det sedan möjligt för Stjernquist att, delvis i polemik med en artikel av den gamle statsrättsnestorn C.A. Reuterskiöld från 1929 (Reuterskiöld 1929), föra ett djupare resonemang om huruvida de båda disciplinerna egentligen var så väsensskilda eller inte. Mot detta talade enligt Stjernquist att ämnena hade ett gemensamt objekt, statsförfattningen eller med ett modernare ord grundlagen, även om de betraktar denna ur skilda synvinklar, men också att skillnaden i metodik ämnena emellan egentligen inte var så stor (Stjernquist 1958:371):

Statsrätten är nämligen i sitt letande efter tolkningsargument även empiriskt intresserad, den vill ha kunskap om en rättsregels förarbeten, syfte och faktiska tillämpning (praxis). Och samtidigt har det hävdats, att även statskunskapen har att anlägga ”rättsliga” synpunkter. Statsrätten har stundom betraktats såsom en del av statskunskapen eller rentav som dess kärna.

Mot Stjernquist skulle här i dag, 2010, kunna anföras att den sistnämnda åsikten, som han i en ymnig fotnot underbyggde med åtskilliga hänvisningar till auktoriteter som Andrén, Castberg, Herlitz, Lagerroth och Tingsten, i dag knappast förfäktas av särskilt många statsvetare. Lagerroths något magistrala utgjutelser torde exempelvis spela en marginell roll i dagens, vågar jag utan djupare fackkunskaper i ämnet hävda, betydligt mer mångförgrenade, omfångsrika eller om man så vill spretiga svenska statsvetenskapsdisciplin, som snarare utmärks av att dess delar är så påtagligt disparata än av förekomsten av någon som helst kärna. (Det har, märker jag nu, sina fördelar att medverka som ämnesmässig outsider i denna typ av antologi.)

Stjernquists diskussion med eller kritik mot Reuterskiöld gällde emellertid i grunden något helt annat, nämligen att den senare menade att statsrätten i grunden hade ett annat syfte än statsvetenskapen, därigenom att den till skillnad från statsvetenskapen och som en del av rättsordningen och den ”objektiva, positiva rätten” strävade efter att skapa *rättssäkerhet*, inte enbart avseende ”enskildas förhållande till domstolar och administrativa myndigheter ... utan lika mycket och principiellt deras förhållande till de suveräna statsorganen. Maktfördelningen och maktbalansen är till, icke för att skapa rättssäkerhet för de organ mellan vilka den skapats och upprätthålles, utan för att giva medborgarna rättssäkerhet mot godtycklig lagstiftning, förvaltning och beskattning” (Reuterskiöld 1929: 75). Och tänk så aktuell, modern och relevant för dagens debatt Reuterskiöld här låter, drygt åttio år senare!

I ett enda slag förenar han nämligen här tre olika viktiga frågeställningar: Dels behovet inom juridiken av att precisera vad statsrätten är snarare än att på nytt, som under större delen av 1900-talet, låta den sjunka in i djup slummer undangömd längst inne i någon allmän harmlös sörja benämnd ”offentlig rätt” eller liknande, varefter all eventuell juridisk tankeskärpa och forskarmöda inom området på nytt kan ägnas åt i sak, för samhället i stort, tämligen betydelselösa och perifera områden av förvaltningsrätten. Vidare berörs en klassisk diskussion och distinktion inom inte minst den äldre tyska statsteorin, lanserad främst av Georg Jellinek och sannolikt välkänd av Reuterskiöld, enligt vilken staten kan studeras antingen som en modell för mänsklig samlevnad, varvid de faktiska samhällsförhållandena står i förgrunden, eller som en rättslig institution, varvid naturligtvis de rättsliga förhållandena mellan staten och individen eller om man så vill rättssäkerheten hamnar i förgrunden.¹ Slutligen tangerar

han just därigenom också en fråga som varit aktuell under hela efterkrigstiden i olika svenska diskussioner om behovet av grundlagsreformer, nämligen frågan om vilken slags regler grundlagen rätteligen bör innehålla. Det perspektiv som härvidlag dominerade på 1970-talet och alltså är vanligt bland svenska politiker, enligt vilket grundlagen innehåller regler som beskriver statsskicket och beskriver hur riksdag och regering bör agera t.ex. då lagar stiftas, men i övrigt till stor del mest innehåller rättsligt oförpliktande principstadganden är enligt min mening på väg bort, för att ersättas av ett mer normativt synsätt, där grundlagen både ger uttryck för de värderingar som styr samhällsutvecklingen och sätter en rättslig ram för de valda politiska organens agerande, vilken det sedan blir domstolars och andra övervakande organs uppgift att kontrollera att de följt. Grundlagsutredningen har tveklöst påskyndat en utveckling i denna riktning (Se SOU 2008:125 samt prop. 2009/10:80). Svensk statsrätt kan därför just nu sägas befinna sig i ett intressant brytningskede mellan gammalt och nytt och det är intressant att konstatera att Reuterskiöld 1929 härvidlag tycks ha sett längre än flertalet av hans efterföljare inom juridiken under 1900-talet. Den stora frågan här, emellertid, är naturligtvis om och i vilken mån 2000-talets svenska *statsvetare* är mottagliga för denna typ av konstitutionella resonemang.

Inom ramen för denna framställning tänkte jag dock nu försöka bli lite mer personlig och närmast återge hur jag under tjugo års juridisk konstitutionell forskning upplevt den samtida svenska statsvetenskapliga forskningen vid de – i och för sig inte alltför frekventa – tillfällen då den befattat sig med konstitutionella och i synnerhet statsrättsliga frågor. Detta inkluderar såväl vilken nytta och glädje den i olika skeden gett mig som vilka tillkortakommanden jag tycker den präglats av, både – i sin tur – vid debatt om nationella konstitutionella ämnen och om EU-frågor. Härvid står då frågor om den s.k. *judikaliseringen*, dvs. domstolarnas ökade samhällliga betydelse, naturligt nog i fokus, eftersom de relativt stora skillnaderna mellan juristers och statsvetares sätt att nalka sig denna näppeligen låter sig förklaras endast av deras olikartade metodval eller liknande ting.

STATSVETARE – OCH STATSVETENSKAP – SOM JAG MÖTT

Trots att jag i mitt konstitutionella forskningsarbete genom åren sannolikt legat närmare typiskt statsvetenskapliga frågeställningar och citerat fler statsvetare än någon annan svensk jurist under denna period (faktiskt

även någon gång med det resultatet att jag låtit mig influeras av en och annan statsvetare), så bör redan från början bekännas att jag inte läst en enda kurs eller tagit något enda akademiskt poäng i ämnet statsvetenskap. Inomvetenskapliga frågor om ämnets metodval och liknande känner jag mig därför milt uttryckt lite främmande för.

Vissa allmänna uppfattningar om vad ämnet kan innebära från en låt vara ovanligt hög akademisk utgångspunkt fick jag dock redan under tidigt 1980-tal, när jag i skarven mellan gymnasium och universitetsstudier tillbringade en sommar djupt försjunken i läsning av bland annat Herbert Tingstens mästerliga memoarer. Låt gå för att del 3-4, vilka främst handlar om hans tid på DN 1946-60, var roligast och att passionen, glöden inte minst för litteratur och existentiella frågor fängslade mer än beskrivningarna av hans vetenskapliga göranden och låtanden, vilka stundtals nästan framstod som en bisak; Tingsten har hursomhelst en alldeles påfallande förmåga att bli en tung del av det intellektuella bagaget hos den som möter honom tidigt och är öppen för hans kompromisslösa moraliska och ideologiska ställningstaganden.

Desto större blev i viss mån min besvikelse eller vad man nu ska kalla det när jag under 1990-talet hade anledning att närmare granska vad han egentligen skrivit, tyckt och tänkt i konkreta konstitutionella frågor. Detta hänger samman med hur min konstitutionella ”världsbild” formades som juridikstudent under 1980-talet. Företrädare för 68-vänstern brukar vara duktiga på att klargöra hur de omstöptes i radikal riktning under 1960-talet, till följd av händelser i Vietnam och annorstädes. Som liberalt sinnad svensk juridikstudent med ovanliga ideologiska intressen under det annars så materiella 1980-talet präglades jag av helt andra saker, så som fällande domar mot Sverige i Europadomstolen, Jan Guillous TV-program *Rekord-Magazinet* med dess klassiska reportage om orättvist förföljda kurder och andra som oförskyllt kommit i kläm i myndighets-Sverige, så småningom Berlinmurens fall och den begynnande europeiska politiska integrationen, som tände ett hopp om att själva idén om den i grunden förhatliga och ålderdomliga nationalstaten måhända började sjunga på sista versen.²

Så småningom, och inte minst när det kring 1991 blev dags att formulera och fixera ramarna för ett avhandlingsarbete som jag egentligen aldrig önskat påbörja, hur märkligt det än kan låta, var det dags för att summera impulser och influenser av detta slag till en sammanhängande konstitutionell och rättsfilosofisk eller statsteoretisk idé. Detta var egentligen inte

så svårt; det jag vände mig mot, insåg jag snart, var den av Hägerström djupt influerade skandinaviska rättsrealismen med alla dess verkliga eller måhända mer indirekta följdverkningar så som den svaga svenska konstitutionella rättstraditionen, domstolarnas starka beroende av förarbetsuttalanden, bristen på maktindelning och inte minst bristen på respekt för enskildas grundläggande fri- och rättigheter.³ Hägerström var måhända inte ensam upphovet till allt detta mörker som i så hög grad präglade rättslivet i Sverige under 1900-talet och vars negativa effekter mot seklets slut började bli så påtagliga – den svaga konstitutionella traditionen hänger till exempel främst samman med det totala haveriet för 1809 års grundlag kring 1920⁴ – men han var, så filosof han var, utan tvekan den enskilde person som påverkade den svenska 1900-talsjuridiken mest.

På senare år har i idéhistorisk forskning starkt lyfts fram hur han även påverkade övriga delar av den svenska samhällsvetenskapen;⁵ inte minst Gunnar Myrdal tycks ha varit en mycket trofast eller rentav devot lärjunge (jfr Eliaeson 2009: 215ff). Mot denna bakgrund, och med min tidigare nämnda beundran för Tingsten i bagaget, var det faktiskt en smula trist att erfara att även denne under sin tid som student och doktorand i Uppsala kring 1920 uppenbarligen tagit djupa intryck av den beryktade filosofen. Detta har han, om än mer i förbigående berört i memoarerna (Tingsten 1961: 145) – där han för övrigt även antyder att fördjupning i den Hägerströmska värdenihilismen för hans egen del hade kunnat leda till en betänklig uppluckring av privatmoralen (Tingsten 1962: 50f) – men intrycket förstärks faktiskt då Tingstens konkreta konstitutionella insatser granskas.

Tingsten, som tillsammans med Alf Ross åtminstone under 1940- och 1950-talen måste sägas ha dominerat den nordiska demokratidebatten, definierade demokratin i formella termer, som ”en uppfattning om statsstyrelsens form, om tekniken för politiska avgöranden, icke om de statliga beslutens innehåll och samhällets struktur” (Tingsten 1963: 42). Denna formella eller närmast proceduriella demokratidefinition, som alltså torde vara inflytelserik bland svenska statsvetare, har den obestridliga fördelen att den markerar en skarp gräns mot alla försök att vidga demokratibegreppet till att gälla områden utanför statslivets gränser (av typen ”skoldemokrati” eller ”demokrati på arbetsplatsen”). Samtidigt innebär det en bestämd avgränsning mot alla försök att inkludera skyddet för enskildas fri- och rättigheter i själva demokratibegreppet, på ett sätt som i dag från konstitutionella utgångspunkter känns mindre självklart.⁶

Tingsten ansåg att termen ”majoritetsstyrelse” var den enda adekvata för att känneteckna formen för demokratiska avgöranden (Tingsten 1963: 71). Härav framgår att han inte önskade ställa några materiella krav på de beslut som fattas i demokratisk ordning för att de ska kunna betecknas som demokratiska. Men ansåg han då verkligen att det fria utövandet av medborgerliga rättigheter saknade betydelse för demokratin?

Nja, kanske ändå inte riktigt. I mycket allmänna ordalag hävdade han nämligen att majoriteten, även om den hade rätt att bestämma, inte fick använda sin ställning till att genomföra ”en maktkoncentration, som innebär att den demokratiska beslutsmetoden begagnas till sitt eget avskaffande” (Tingsten 1963: 71). Majoriteten måste därför enligt Tingsten ”upprätthålla de medborgerliga friheter, som är direkt förenade med politisk verksamhet, och alltså respektera även minoritetens aktivitet”. Majoriteten är således skyldig att upprätthålla de fri- och rättigheter som är direkt förenade med politisk verksamhet, men inga andra, eftersom majoriteten i en demokrati måste ”i erkända och fasta former kunna förvandlas till minoritet och minoriteten till majoritet” (Tingsten 1963: 71). Rättigheternas funktion är således endast att kunna möjliggöra maktskifte, medan de enligt Tingsten inte ska kunna åberopas av medborgarna gentemot staten i andra sammanhang. Detta får helt enkelt beskrivas som en tidstypisk, mycket försiktig inställning, vilken knappast kunde ses som progressiv eller visionär vid 1990-talets början.

Samma intryck förmedlas faktiskt av Tingstens mest konkreta konstitutionella reforminsats, nämligen som ordförande i en utredning – allmänt benämnd den Tingstenska utredningen – om förstärkt rättighetsskydd i den svenska grundlagen som tillsattes av KU 1938 (KU 1938:16). Bakgrunden var att högerpartiet 1938 krävt att rättighetsskyddet borde förstärkas. I dess motion föreslogs att möjligheten att införa grundlagsskydd för förenings-, församlings-, yttrande- och religionsfriheten samt äganderätten borde utredas.⁷ Utredningen bestod av Tingsten som ordförande och en representant för vart och ett av de fyra stora riksdagspartierna. I dess betänkande, SOU 1941:20,⁸ föreslogs att § 16 i 1809 års RF skulle byggas ut och omfatta både vad motionärerna önskat samt skydd för den personliga friheten, näringsfrihet och några sociala rättigheter samt förbud mot retroaktiv strafflagstiftning och skydd för brevhemlighet samt telehemligheter och liknande. Samtliga rättigheter utom förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning och skyldigheten för staten att vid expropriation betala

skäligen ersättning föreslogs kunna begränsas genom lag. Någon förändring beträffande lagprövningsrätten föreslogs inte. Utredningens i sak mycket modesta förslag ledde för övrigt aldrig till några grundlagsändringar, utan kom snarast att förebåda efterkrigstidens långvariga konstitutionella reformarbete.

Motiveringarna till de föreslagna ändringarna var synnerligen tidstypiska. Behovet av ett förstärkt rättighetsskydd i politiska orostider betonades, liksom de nationella värdena:

”De fri- och rättigheter, varom här är fråga, höra till grundvalarna för det svenska statsskicket och det svenska rättssamhället överhuvud, och det synes då i och för sig påkallat, att de klart och tydligt inskrivas i vår främsta grundlag. Att så icke redan skett ... sammanhänger med ... att ett praktiskt behov av grundlagsfästade icke med någon styrka gjort sig gällande. I nuvarande utrikes- och inrikespolitiska situation synes emellertid ett auktoritativt fastställande av dessa principer angeläget ... Det är av betydelse att här, såsom på andra områden, våra omistliga nationella värden klarläggas, förkunnas och, såvitt det är möjligt, säkerställas gentemot växlingar och påfrestningar ... Det är här icke i första rummet fråga om att skydda de enskilda medborgarna, utan att stärka den svenska rättsordningen och därmed den svenska staten ... ”. (SOU 1941:20, s 14)

Formuleringar som dessa fick närmast grundlagsfästandet av de medborgerliga rättigheterna att framstå som ett led i den svenska krigsberedskapen. Deras principiella värde betonades knappt alls. Det hela blev inte bättre av att utredningen även motiverade den föreslagna utformningen av det förstärkta skyddet för rättigheterna med att den ansåg ”att författningens föreskrifter icke böra alltför starkt binda statsmakternas handlingsfrihet.” Regleringen av medborgerliga fri- och rättigheter fick nämligen ”icke givas en så absolut och ovillkorlig karaktär, att hinder uppstå för de ökade statsingripanden och de intrång i den enskildes frihet och självbestämmanderätt, som under särskilda förhållanden kunna vara erforderliga” (SOU 1941:20, s 15). Statens intressen skulle gå före den enskildes rätt, med andra ord.

Det stod därför ganska tidigt under avhandlingsarbetet klart för mig att Herbert Tingsten inte skulle bli någon idol, ledstjärna eller förebild i konstitutionella frågor, oavsett hans mycket stora förtjänster i övrigt (och oaktat att detta var omkring 1992, då Tingsten annars fick något av en renässans till följd av Berlinmurens fall och nyutgåvor av flera av hans skrifter).⁹ Frågan är då vilka intryck på detta professionella område som under åren stått att få från andra svenska statsvetare.

Jag är som sagt ingen statsvetare av facket, men fick ändå ganska tidigt en tämligen klar uppfattning om att den statsvetenskap som bedrevs i Lund hade en viss inriktning mot internationell politik och möjligen allmänna förvaltningsfrågor, medan Göteborg hade och alltjämt har en huvudinriktning mot val- och partiforskning, med Bo Rothstein som notabelt undantag. Intresset för klassiska konstitutionella frågor hölls däremot vid liv i Uppsala, om än möjligen på sparlåga jämfört med första halvan av 1900-talet. Jag hade sålunda både under avhandlingsarbetet och senare stor nytta av Karl-Göran Algotssons gedigna arbeten om lagråd och rättighetsskydd, av vilka jag nog håller *Medborgarrätten och regeringsformen* från 1987 med dess grundliga genomgång av det konstitutionella reformarbetet fram till 1979 högst. Något senare, 1998, kom så Barry Holmströms digra *Domstolar och demokrati*,¹⁰ ett annat verk som jag i och för sig uppskattat men också tillåtit mig att vara kritisk mot, både vad gäller faktafel, språk och mer principiella frågor rörande inte minst hur demokrati eller ”god demokrati” kan och bör definieras.¹¹

Det var också i Uppsala som ett av få seminarier på senare år som försökt belysa både förhållandet mellan statsrätt och statsvetenskap samt förändringar på det konstitutionella området särskilt vad gäller domstolarnas roll i ljuset av Europarättens inflytande ägde rum. Detta var den 12 maj 1998, vid ett symposium som de juridiska och statsvetenskapliga ämnena i Uppsala gemensamt ordnade till den avgående rektorn Stig Strömholms ära.¹² Symposiet hölls i en trevlig anda, lustigt nog i den s.k. Brusewitzsalen i juristernas och statsvetarnas gemensamma hus, vilken naturligtvis är uppkallad efter Axel Brusewitz, en av Uppsalas mer skarpskurna statsvetarprofiler genom tiderna, tung debattör inte minst rörande hur 1809 års RF borde tolkas vid tidpunkten för demokratins genombrott drygt hundra år senare (Brusewitz 1913) samt faktiskt även Tingstens lärofader och mentor (vilket del 2 av dennes memoarer ger värtaligt belägg för). Det förebådade dock inte riktigt de skarpa skillnader mellan många ledande jurister och statsvetare i synen på judikalisering och Europarättens roll som däremot skulle bli desto tydligare något år senare.¹³

Detta skedde vid millennieskiftet inte minst genom Demokratiutredningens försorg. Ordföranden Bengt Göransson och sekreteraren Erik Amnå valde klokt nog att lyfta in de konstitutionella frågorna som ett centralt ämne i den samtida demokratianalys som då erfordrades, vilket märks

såväl i utredningens slutbetänkande (SOU 2000:1) som i några av dess tidigare utgivna forskarrapporter eller antologier (se SOU 1999:58 respektive SOU 1999:76; se även Amnå i denna volym). Intressant nog tycks den förra ha påverkats av några av de till maktdelning och judikalisering tämligen positiva rapporterna eller artiklarna/ uppsatserna i de tidigare antologierna; denna millenniets första statliga utredning är nämligen, trots att den inte innehåller några konkreta grundlagsförslag eller andra lagförslag, det första statliga betänkande som föreslog ett avskaffande av det s.k. uppenbarhetskravet i RF.¹⁴

Statsvetarnas bidrag i denna debatt återfinns främst i antologin SOU 1999:76 – *Maktdelning* – där både Jörgen Hermansson och Barry Holmström medverkar med artiklar (Hermansson 1999, Holmström 1999) som från delvis likartade utgångspunkter varnar för maktdelning och judikalisering.¹⁵ Som jag själv konstaterade i samma volym (Nergelius 1999) har det traditionella *majoritetsparadigmet*, enligt vilket ökad makt till domstolar omedelbart innebär ett demokratiproblem, ensidigt och i alltför hög grad tillåtits dominera den svenska demokrati-debatten. Hermanssons och Holmströms skrifter från denna tidpunkt är naturligtvis uttryck för detta (Nergelius 2001), men för att bilden ska bli komplett bör faktiskt nämnas att några av de statsvetare som under dessa år kring millennieskiftet närmade sig den i svensk doktrin nya och plötsligt smått ”heta” frågan om maktdelning och konstitutionalism gjorde det med ett väsentligt mer öppet sinne.

Detta gällde inte bara Nils Karlson, som jag under årens lopp gett ut åtskilliga skrifter tillsammans med och som 1998-2001 ansvarade för det särskilda forskningsprojektet *Demokrati och konstitutionalism* vid dåvarande Cityuniversitetet,¹⁶ utan också Olof Petersson, som ungefär samtidigt initierat ett liknande men större projekt vid SNS och redan 1996 i någon mån ”kommit ut” som konstitutionalist genom boken *Rättsstaten* (jfr Olof Peterssons bidrag i denna jubileumsskrift).¹⁷ Möjligen hade båda dessa, även om de förvisso inte alltid var eniga (Rothstein 2001), lättare än många statsvetarkollegor att bejaka nya konstitutionella tankar, till följd av att de är och var verksamma inom *think tanks* som SNS och Cityuniversitetet/Ratio i stället för inom akademien, men detta får i så fall noteras mer i förbigående.¹⁸

En svala gör dock som bekant ingen sommar och huvudintrycket är nog ändå att flertalet svenska statsvetare under den konstitutionellt synnerligen vitala perioden från 1990 till i dag antingen helt enkelt

intresserat sig för andra frågor¹⁹ och/eller i allt väsentligt suddigt och kanske rentav sitter fast i traditionella, formella demokratibegrepp, där demokrati alltid jämföras med folksuveränitet och maktens eller åtminstone majoritetens rätt att bestämma på sätt den finner bäst. Varvid naturligtvis tankar om maktindelning och ökad makt till domstolar lätt blir något som man instinktivt värjer sig mot, utan lust att närmare bekanta sig med.

SLUTSATSER

Intrycket att svenska statsvetare generellt sett haft svårt inte bara att bejaka judikaliseringen, i form av ökad makt till domstolar och andra rättsliga organ runtom i västvärlden, personifierad i viss mån genom de båda Europadomstolarnas starka ställning i dagens europeiska rättssystem, utan också att de är obenägna att tillmäta denna utveckling någon betydelse för synen på själva demokratibegreppet, har snarast förstärkts under 2000-talet. En bred och ambitiös genomgång av några av de centrala, principiella implikationerna för svensk del av denna utvecklingsprocess 2004 gjordes exempelvis av Olof Petersson och Eivind Smith, i inledningskapitlet till den av dem utgivna antologin *Konstitutionell demokrati*, vilken är en slutrapport för det ovan nämnda SNS-projektet (se Petersson & Smith 2004). Detta är ett av de få tillfällen under 2000-talet då en känd statsvetare och dito statsrättsexpert uttalat sig gemensamt om dessa frågor, men resultatet är även här tämligen modest och anspråkslöst, om än till stor del framåtblickande.

Utgångspunkten för Peterssons och Smiths resonemang är att en fungerande, modern demokrati måste inkludera såväl de aspekter på demokrati i bemärkelsen folkstyre och flertalsstyre som hittills dominerat i svensk debatt, dvs. folksuveränitet och parlamentarism, som de värden vilka förknippas med konstitutionalism, dvs. normbundenhet också för de högsta politiska organen, rättsstat med skydd för grundläggande fri- och rättigheter och ett visst mått av maktindelning (Petersson & Smith 2004: 8ff). Samtidigt menar de, vilket enligt min mening är mer tveksamt, att termen konstitutionalism saknar en närmare preciserad innebörd. För egen del är jag här mer benägen att se konstitutionalism som ett uttryck för att grundlagens högre rättsliga status jämfört med vanlig lag säkerställts på rättslig väg, vilket normalt innebär att lagarnas grundlagsenlighet kan bli föremål för domstolsprövning.²⁰ Denna tolkning har

också åtskilligt stöd i äldre konstitutionell doktrin, inte minst i USA. En annan sak är att det naturligtvis inte går att fastställa en gång för alla vilka former för maktindelning som generellt sett är lämpliga i en demokrati; detta följer redan av att stater är olika, med skilda historiska traditioner, och därför inte kan eller bör ha exakt samma regler (Nergelius 1995: 27ff).

Rent terminologiskt ville de båda författarna alltså reservera termen demokrati för det renodlade majoritetsstyret, samtidigt som de alltså menar att den moderna demokratin även måste inkludera de värden som brukar förknippas med begreppet konstitutionalism, som t.ex. domstolsmakt och skydd för enskildas fri- och rättigheter (Petersson & Smith 2004: 31). Själv menar jag nog att detta förhållande är så uppenbart att aspekter av detta slag även kan inkluderas i själva termen demokrati (Nergelius 1995, bl.a. kapitel 3), men detta är omstritt och flertalet svenska statsvetare håller uppenbarligen inte med om det.²¹ Däremot tycks det råda något större enighet i doktrinen om själva behovet av att begränsa majoritetsstyret; här framhåller Petersson & Smith förutom skyddet för enskildas och minoriteters rättigheter, vilket är ett traditionellt argument, även hänsynen till den demokratiska beslutsprocessen som sådan, så att inte majoriteten kan avskaffa den över en natt, liksom önskan om stabilitet och förutsebarhet i det politiska beslutsfattandet som goda skäl för att begränsa majoritetsstyret.²² Detta ligger som synes väl i linje med vad Tingsten hävdade redan för drygt sjuttio år sedan. Författarna tycks, såvitt vi kan se, inte vilja ansluta sig exempelvis till Ronald Dworkins resonemang om rättigheter som individens *trumfkort*, vilka ibland men inte alltid övertrumfar majoritetens vilja, eller till dennes distinktion mellan *policies*, vilka valda politiker generellt har rätt att besluta om, respektive *principles* av högre vikt, oftast men inte alltid fastslagna i grundlagen, vilka majoriteten aldrig förfogar fritt över (se särskilt Dworkin 1985). I stället framstår deras resonemang som försiktigt och i hög grad anpassat till en mer måttfull, samtida nordisk konstitutionell kontext.

Härom är de dock, som torde ha framgått ovan, ingalunda ensamma. Generellt tycks få av landets statsvetare vara beredda att delta i en öppen diskussion om maktindelning, judikalisering och Europarättens ökade betydelse.²³ I något eller några fall kan detta helt enkelt ha berott på ovilja eller oförmåga från juristers sida att bjuda in kända företrädare för statsvetenskapen till pågående debatter.²⁴ Inte heller är situationen nödvändigtvis annorlunda eller ”bättre” i andra nordiska länder (även om bredden i den

norska statsvetenskapen, med namn som Jon Elster och Johan P. Olsen, förvisso imponerar). Likaså bör det erinras om att även åtskilliga jurister av olika skäl ogillar eller motsätter sig judikaliseringen.²⁵

Faktum är dessutom att det finns en motsvarighet till den här påvisade tendensen, dvs. en ovilja eller oförmåga bland statsvetare i allmänhet att i tid reagera på och förstå judikaliseringens innebörd och betydelse, inom EU-rätten och den allmänna EU-diskussionen. Jag syftar här på att så gott som samtliga världens statsvetare helt enkelt inte förstod och knappt ens intresserade sig för den långsiktiga politiska betydelsen av EU-domstolens starkt integrationsinriktade praxis förrän kanske omkring 1990, då den pågått runt trettio år och plötsligt blev ett ämne av intresse för unga, ambitiösa statsvetare som t.ex. Alec Sweet Stone. Förhållandet har i ett berömt citat av Eric Stein beskrivits på följande sätt (Stein 1981: 1).

Tucked away in the fairyland Duchy of Luxemburg and blessed, until recently, with benign neglect of the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe. From its inception a mere quarter of a century ago, the Court has construed the European Community Treaties in a constitutional mode rather than employing the traditional international law methodology. Proceeding from its fragile jurisdictional base, the Court has arrogated to itself the ultimate authority to draw the line between Community law and national law.

Den kände juridikprofessorn Joseph Weiler har rentav, i en träffande beskrivning av EU:s utveckling, sagt att om någon under vad han kallar gemenskapens "Foundational Period" från cirka 1958 till mitten av 1970-talet, samtidigt skulle ha bett en statsvetare respektive en jurist att jämföra EU:s utveckling med federalismens utveckling i USA knappt tvåhundra år tidigare, så skulle vederbörande ha fått diametralt motsatta svar av de två experterna. Medan juristen skulle ha sagt att EU utvecklades allt mer och med hög fart i federal riktning, så skulle statsvetaren ha sagt att EU för varje dag blev allt mer olik USA (Weiler 1991; se även Hadenius bidrag i denna volym). Det dröjde egentligen tills den politiska integrationen inom EU blev tydlig, efter Maastrichtfördragets ingående vid 1990-talets början, tills statsvetare runtom i Europa och USA på allvar började intressera sig även för EU:s juridiska dimension och dess obestridliga betydelse för att omforma EU från en frihandelsorganisation till en stark politisk aktör. Så svenska statsvetare kan, i sitt relativa ointresse för diskussioner om

maktindelning och konstitutionalism, i viss mån sägas vara i gott sällskap. Någon ursäkt för en fortsatt fridsam törnrosasömn är detta naturligtvis i längden dock inte. Låt oss därför hoppas att de vaknar upp under 2010-talet, lagom till hundraårsminnet av Brusewitz' och andras frejdiga diskussioner rörande den rätta uttolkningen av 1809 års RF, och på nytt med glöd och hetta börjar debattera grundlagen.²⁶

Noter

- 1 Se Jellinek 1905:10f. Jfr även Bobbio 1989: 47: "This reconstruction of the state as a legal structure, however, should not allow us to forget that the state, through law, is also a form of social organization and as such cannot be dissociated from society and from underlying social relations."
- 2 Dessa tankar utvecklades mer utförligt i Nergelius 1994.
- 3 Se härom bl.a. Zaremba 1987 och Nergelius 1995: 94ff.
- 4 Varefter det s.k. författningslösa halvseklet inleddes; se härom bl.a. Sterzel 1998: 11f.
- 5 Se härom allmänt Källström 1986 samt 1991, liksom Nordin 1984.
- 6 En pedagogisk artikel, där skillnaden mellan formella och materiella eller "substantiella" demokratibegrepp behandlas förtjänstfullt, med utgångspunkt både från nordisk och internationell doktrin, är Gunneflo 2008.
- 7 Motioner: FK 1938:128 (Domö m.fl.) samt AK 1938:232 (likalydande av Bagge m.fl.). Det idéhistoriskt något särpräglade i att det konservativa partiet därmed blev först i landet med att förorda en anslutning till franska revolutionens idé- och rättighetsarv har framhållits av Zaremba (1987:105), som rentav menar att detta är något världsunikt.
- 8 Betänkande med förslag till ändrad lydelse av § 16 Regeringsformen. I bil. 3 till denna utredning förekommer f.ö. en utförlig genomgång, gjord av Jörgen Westerståhl (1941), av lagprövningsrättens historia.
- 9 Se bl.a. Ahlmark 1992, liksom Arvet efter Tingsten 1992. Ungefär samtidigt utkom också flera akademiska studier om Tingsten, däribland Lundborg 1991, Skovdal 1992 och Johansson 1995.
- 10 Dess fullständiga titel är *Domstolar och demokrati – Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*. Boken recenserades av mig i *Svensk Juristtidning* (SvJT) (2001: 188–203).
- 11 Även flera andra statsvetare i Uppsala kan här harangeras för att de medverkat i en konstruktiv konstitutionell debatt under 1990- och 2000-talen; Sverker Gustavsson är t.ex. något av en meningsmotståndare – åtminstone i EU-frågor – som jag emellertid alltid tyckt att det varit ovanligt roligt att samtala och debattera med.

- 12 Inläggen från symposiet, förutom från mig själv även av Karl-Göran Algotsson, Bertil Bengtsson, Barry Holmström, Fredrik Sterzel och Nils Stjernquist, finns återgivna i Håstad 1999.
- 13 Min recension av Holmströms bok i SvJT (2001: 188–203) är därvidlag mer ”arttypisk”.
- 14 Den som vill följa lagprövningsfrågans utveckling under de därefter följande åren kan sedan se en röd tråd från Demokratiutredningen via ett krav från majoriteten i KU (mp och fyra borgerliga partier) om att uppenbarhetskravets avskaffande borde utredas (KU 2000/01:11) samt direktiven (2004:96) till Grundlagsutredningen, där det klargjordes att så skulle ske till, slutligen, utredningens eget förslag (SOU 2008:125) respektive den färdiga propositionen (2009/10:80).
- 15 Dessa termer är knappast identiska, eftersom maktindelning utgår från klassiska teorier från Locke, Montesquieu samt Madison med flera amerikanska grundlagsfäder om hur staten bör styras och makten delas, medan judikalisering åsyftar ökad makt åt domstolar och andra rättsliga organ i allmänhet.
- 16 Inom detta projekt utkom antologierna *Makt utan motvikt – Om demokrati och konstitutionalism* 1999, *Why Constitutions Matter* 2000, *Demokratiens konstitutionella val* 2001 samt slutrapporten *Den konstitutionella revolutionen* 2001, samtliga utgivna av mig tillsammans med Niklas Berggren och Nils Karlson.
- 17 Bokens fullständiga titel är *Rättsstaten – Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik*. Den recenserades av mig i *Juridisk Tidskrift* (1996/97).
- 18 Även Algotssons bok från 2001, *Sveriges författning efter EU-anslutningen*, kan f.ö. ses som uttryck för ett konstitutionellt öppet sinnelag, även om den är påfallande starkt inriktad på den politiska debatt som sedan 1975 och i några fall även tidigare förts kring de olika bestämmelserna i RF.
- 19 Ett undantag värt att uppmärksamma här är den av Neal Tate och Torbjörn Vallinder 1995 utgivna *The Global Expansion of Judicial Power*, vilken bygger på ett temanummer om judikalisering av *International Political Science Review* från 1994, redigerat just av Vallinder.
- 20 Se närmare Nergelius 1995: 30ff, där resonemanget utvecklas.
- 21 Se t.ex. Holmström 1998. En i viss mån förmedlande ansats mellan de båda demokratibegreppen har prövats av Algotsson; se dennes arbeten 1993 samt 2001. Se även Lundquist 2001, där frågan behandlas osedvanligt ingående och förutsättningslöst.
- 22 Peterson & Smith 2004: 29. Sistnämnda aspekt behandlas också tämligen ingående i Berggren, Karlson & Nergelius 1999.
- 23 Se även min kritik häremot i Nergelius 2007.
- 24 Ett flagrant exempel på detta var när *Svensk Juristtidning* 2007 presenterade ett särskilt temanummer om normprövning (nr 8, SvJT 2007, s 769–928) men inte inbjöd eller fann möjlighet att bereda en enda statsvetare tillfälle att medverka. Utgångspunkten för detta specialnummer av SvJT var den särskilda expertgrupps-

rapport om normprövning och normkontroll som tagits fram inom ramen för GLU:s arbete (SOU 2007:85). I arbetsgruppen, som leddes av justitierådet Göran Regner, ingick en statsvetare, nämligen Barry Holmström. Övriga ledamöter var förutom jag själv generalsekreteraren i Advokatsamfundet Anne Ramberg samt professorerna Thomas Bull och Hans-Heinrich Vogel.

- 25 Se för ett aktuellt exempel Lambertz 2007.
- 26 Hoppingivande är här Bo Rothsteins upprepade trumpetstötar till stöd för att grundlagen bör tas på allvar både bland jurister och statsvetare. Se t.ex. Rothstein 2006.

Referenser

AHLMARK, PER (red), 1992. *Tyranniet begär förtroende*. Stockholm: Ratio.

ALGOTSSON, KARL-GÖRAN, 1987. *Medborgarrätten och regeringsformen*. Stockholm: Norstedts.

ALGOTSSON, KARL-GÖRAN, 1993. *Lagrådet, rättsstaten och demokratin*. Stockholm: Norstedts.

ALGOTSSON, KARL-GÖRAN, 2001. *Sveriges författning efter EU-anslutningen*. Stockholm: SNS Förlag.

Arvet efter Tingsten. Debatt förd i *Dagens Nyheter* januari-mars 1992, DN Eftertryck 2/92.

BERGGREN, NICLAS, KARLSON, NILS & NERGELIUS, JOAKIM (red), 1999. *Makt utan motvikt – Om demokrati och konstitutionalism*. Stockholm: City University Press.

BERGGREN, NIKLAS, KARLSON, NILS & NERGELIUS, JOAKIM, 2000. *Why Constitutions Matter*. Stockholm: City University Press.

BERGGREN, NIKLAS, KARLSON, NILS & NERGELIUS, JOAKIM, 2001. *Demokratis konstitutionella val*. Stockholm: City University Press.

BERGGREN, NIKLAS, KARLSON, NILS & NERGELIUS, JOAKIM, 2001. *Den konstitutionella revolutionen*. Stockholm: City University Press.

BOBBIO, NORBERTO, 1989. *Democracy and Dictatorship: the nature and limits of state power*. Oxford: Polity Press.

BRUSEWITZ, AXEL, 1913. *Representationsfrågan vid 1809–10 års riksdag*. Uppsala.

DWORKIN, RONALD, 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- DWORKIN, RONALD, 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge: Clarendon Press.
- ELIAESON, SVEN, 2009. ”Gunnar Myrdal som en Weberiansk offentlig intellektuell – Arvet efter Max Weber”, i *StvT* 111 (3), s 215–238.
- GUNNEFLO, MARKUS, 2008. ”Demokrati och lagprövning – Om rättfärdigandet av en positiv respektive negativ inställning till lagprövning”, *StvT* 110(2), s 135–159.
- HERMANSSON, JÖRGEN, 1999. ”Om att tämja folkmakten”, i SOU 1999:76 *Maktdelning*, s 9–42.
- HOLMSTRÖM, BARRY, 1998. *Domstolar och demokrati – Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*. Uppsala: Skytteanum.
- HOLMSTRÖM, BARRY, 1999. ”Demokrati och juridisk kontroll”, i SOU 1999:76 *Maktdelning*, s 127–46.
- HÅSTAD, TORGNY (red), 1999. *Politik och juridik – Grundlagen inför 2000-talet*. Uppsala: Iustus.
- JELLINEK, GEORG, 1905. *Allgemeine Staatslehre*, 2:a uppl. Berlin: Häring.
- JOHANSSON, ALF W., 1995. *Herbert Tingsten och det kalla kriget – Antikommunism och liberalism i Dagens Nyheter 1946–1952*. Stockholm: Tiden.
- KÄLLSTRÖM, STAFFAN, 1986. *Den gode nihilisten – Axel Hägerström och striderna kring Uppsalafilosofin*. Stockholm: Rabén & Sjögren.
- KÄLLSTRÖM, STAFFAN, 1991. *En filosof i politiken – Vilhelm Lundstedt och äganderätten*. Stockholm: Stockholms universitet, Avd. för idéhistoria.
- LAMBERTZ, GÖRAN, 2007. ”Normprövning och demokrati”, *Svensk Juristtidning*, årg. 92, s 809–26.
- LUNDBORG, JOHAN, 1991. *Ideologiernas och religionens död: en analys av Herbert Tingstens ideologi- och religionskritik*. Nora: Nya Doxa.
- LUNDQUIST, LENNART, 2001. *Medborgardemokratin och eliterna*. Lund: Studentlitteratur.
- NERGELIUS, JOAKIM, 1994. *Till Västerlandets försvar – Två idéessäer om nationalism, globalisering och betydelsen av värden*. Stockholm: Nerenius & Santérus.
- NERGELIUS, JOAKIM, 1995. *Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Stockholm: Norstedts.
- NERGELIUS, JOAKIM, 1996/97. ”Recension av Olof Peterson: Rättsstaten – Frihet, rättssäkerhet och maktdelning i dagens politik”, *Juridisk Tidskrift* 1996/97, s 813–15.

- NERGELIUS, JOAKIM, 1999. "Grundlagsmodeller och maktindelning", i SOU 1999:76, s 113–26.
- NERGELIUS, JOAKIM, 2001. "Recension av Holmström, Domstolar och demokrati," *Svensk Juristtidning*, årg. 86, s 188–203.
- NERGELIUS, JOAKIM, 2007. "Constitutionalism in change – A Short essay on (the lack of) Contemporary Perspectives in the Swedish Debate", s 46-57 i Nergelius, Joakim & Zetterquist, Ola (red), *Law, State and Democracy in Multi-Level Governance*. Stockholm Studies in Democratic Theory Vol. II. Stockholm: Filosofiska institutionen vid Stockholms universitet.
- NORDIN, SVANTE, 1984. *Från Hägerström till Hedenius. Den moderna svenska filosofin*. Lund: Doxa.
- PETERSON, OLOF, 1996. *Rättsstaten – Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik*. Stockholm: SNS.
- PETERSSON, OLOF & SMITH, EIVIND, 2004. "Konstitutionell demokrati som begrepp och som ideal", s 7-41 i Petersson, Olof & Smith, Eivind (red), *Konstitutionell demokrati*. Stockholm: SNS.
- REUTERSKIÖLD, C.A., 1929. "Statsrätt och statskunskap", *Tidskrift for Rettsvitenskap*, s 69–86.
- ROTHSTEIN, BO, 2001. "'Den goda författningen'. En spekulativ idé", *Svenska Dagbladet*, 2001-08-05.
- ROTHSTEIN, BO, 2006. "Grundlagen i det mångkulturella samhället", s 117-133 i Blückert, Kjell & Österberg, Eva (red), *Gränslöst – forskning i Sverige och i världen. Festskrift till Dan Brändström*. Stockholm: Natur och Kultur.
- SKOVDAL, BERNT, 1992. *Tingsten, totalitarismen och ideologierna*. Stockholm/Stehag: Symposion.
- STEIN, ERIC, 1981. "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", *American Journal of International Law*, s 1–27.
- STERZEL, FREDRIK, 1998. *Författning i utveckling*. Uppsala: Justus.
- STJERNQUIST, NILS, 1958. "Statsrätt och statskunskap", s 371-82 i *Festskrift till Poul Andersen*. Köpenhamn: Juristforlaget.
- Svensk Juristtidning*, nr 8, 2007, s 769–928
- TATE, NEAL & VALLINDER, TORBJÖRN (red), 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- TINGSTEN, HERBERT, 1961. *Mitt liv. Del 1, Ungdomsåren*. Stockholm: Wahlström & Widstrand.

TINGSTEN, HERBERT, 1962. Mitt liv. Del 2, *Mellan trettio och femtio*. Stockholm: Norstedts.

TINGSTEN, HERBERT, 1963. *Demokratins problem*. Stockholm: Aldus/Bonniers.

WEILER, JOSEPH, 1991. "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, s 2403–83.

WESTERSTÅHL, JÖRGEN, 1941. "Frågan om domstolarnas judiciella lagprövningsrätt i Sverige", i *SOU 1941:20*, bil. 3.

ZAREMBA, MACIEJ, 1987. "Byalagets diskreta charm eller folkhemmets demokratiuppfattning", i *Du sköna gamla värld*. Stockholm: Sekretariatet för framtidsstudier.

KU 1938:16

KU 2000/01:11

Direktiv (2004:96) till Grundlagsutredningen

Motioner FK 1938:128 (Domö m.fl.) samt AK 1938:232 (Bagge m.fl.)

SOU 1941:20. *Betänkande med förslag till ändrad lydelse av 16 § Regeringsformen.*

SOU 1999:58. *Löser juridiken demokratins problem?*

SOU 1999:76. *Maktdelning.*

SOU 2000:1. *En uthållig demokrati.*

SOU 2007:85. *Olika former av normkontroll.*

SOU 2008:125. *En reformerad grundlag.*

Prop 2009/10:80