

I SvD 12 feb. 2014-02-15

Källa http://www.svd.se/kultur/fran-romersk-ratt-till-europakonventionen_8982144.svd

Från romersk rätt till Europakonventionen

Under Svea hovrätts första år var den romerska rätten och Bibeln rättesnören. På söndag fyller hovrätten 400 år och i en festskrift diskuteras domstolarnas ökade makt och vad den betyder för demokratin.

12 februari 2014 kl 01:00 , uppdaterad: 12 februari 2014 kl 13:56

Under senare tid har domstolarnas makt i Sverige ökat. I somras underkände Högsta domstolen (HD) systemet med dubbla sanktioner vid oriktiga skatteuppgifter, alltså både skattetillägg och brottspåföljd. Bakgrunden var att EU-domstolen slagit fast att nationella domstolar ska säkerställa att rättigheterna i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ges full verkan; om det behövs ska nationella domstolar låta bli att tillämpa nationella bestämmelser som strider mot stadgan. HD fann att systemet med dubbla sanktioner gjorde det.

Också i flera andra avgöranden under senare tid har HD underkänt eller omtolkat lagstiftning med stöd av våra grundlagar, EU-rätten eller Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande rättigheterna.

Utvecklingen väcker frågor om hur domstolarna ska förstå sin förändrade roll och hur de bör utöva sin ökande makt. Om det går snett riskeras inte bara medborgarnas förtroende för domstolarna, det kan också få följder för demokratin i stort.

Frågorna står i fokus när Svea hovrätt firar 400 år. I festskriften som ges ut i samband med jubileet, "Svea hovrätt 400 år" (Norstedts Juridik 2014), är domstolarnas förändrade roll och ökande makt ett genomgående tema.

Diskussionen vinner som jag ser det på att sättas i ett större sammanhang. Den behöver föras mot bakgrund av en övergripande förståelse av vad den demokratiska rättsstaten går ut på. Samhällsteoretikern och filosofen Jürgen Habermas kan då vara till stor hjälp. För Habermas har den demokratiska rättsstatens framväxt inneburit det gradvisa – men aldrig fullkomliga – förverkligandet av föreställningen att vi är fria och lika och lagstiftar över oss själva. Jubilaren Svea hovrätt har stått mitt i denna utveckling och har varit scenen för omvälvande förändringar. Romersk rätt och Bibeln räknades till rättskällorna under hovrättens första tid.

Nu lever vi i ett modernt och sekulariserat samhälle. Habermas betonar att rätten nu i stället vinner sin legitimitet ur demokratiska förfaranden. Rättvisan garanteras ytterst av storheterna grundläggande rättigheter och ett demokratiskt styrelseskick. De står inte emot varandra utan är intimt sammanflätade. Rättens legitimitet vilar på att den tillkommit i ett demokratiskt förfarande. Men det räcker inte med ett bara formellt demokratiskt förfarande. Förfarandet måste leva upp till skydd för privata, politiska och sociala rättigheter. Demokratin har sin kärna i ett rättighetssystem. Den kan alltså inte reduceras till en princip om majoritetsbeslut. Utredningsväsende, regeringsförslag, remissförfarande, lagrådsbehandling, riksdagsbehandling och riksdagsbeslut kan ses som försök att förverkliga ett ideal om en fri diskussion mellan medborgare med lika rättigheter. Syftet är att skapa lagar som alla kan acceptera. Demokratins livsnerv är en offentlig debatt där alla tänkbart berörda intressen kommer till tals. Ju mer oenighet som kommer till uttryck, desto starkare

blir demokratin. Den demokratiskt alstrade rätten upprätthålls av självständiga och oberoende domstolar. De har till uppgift att värna grundläggande rättsstatliga principer som likhet inför lagen. Ett centralt syfte när domstolar upprätthåller grundläggande rättigheter är att skydda grundförutsättningarna för den demokratiska diskussionen och det demokratiska stiftandet av lagar.

Domstolars prövning av lagars förenlighet med grundläggande rättigheter brukar kallas för normprövning. I Sverige gäller i detta avseende att domstolar inte får tillämpa lagar som strider mot grundlag. Europeiseringen av svensk rätt har ökat normprövningens betydelse. Europakonventionen gäller som lag. Såväl de grundläggande rättigheterna i regeringsformen som vanliga lagar tolkas i ljuset av konventionen och den praxis Europadomstolen i Strasbourg utvecklar om den. Lagar får inte heller stiftas i strid med konventionen.

Före detta respektive nuvarande hovrättspresidenterna Johan Hirschfeldt och Fredrik Wersäll samt justitierådet Anders Eka med flera tar i sina bidrag till festskriften upp utvecklingen av och debatten om normprövningen. I mångt och mycket har en motsättning mellan å ena sidan folksuveränitetstanken – ”All offentlig makt utgår från folket” – och å andra sidan grundlags- och rättighetsskyddet – domstolarna måste upprätthålla gränser för det politiska beslutsfattandet – manifesterats. Habermas argumentation går ut på att lösa upp denna motsättning och visa att det är fråga om storheter som i själva verket är varandras förutsättningar.

När det gäller unionsrätten slog nuvarande EU-domstolen redan på 1960-talet fast att den gäller framför nationell rätt. Unionsrättens företrädare gäller också i förhållande till medlemsstaternas grundlagar. Det sistnämnda är inte helt oomstritt. Professorn Sverker Gustavsson argumenterar i sitt bidrag till festskriften för att nationella domstolar tvärtom bör pröva unionsrätten mot nationell grundlag. Men i mina ögon handlar unionsrättens företrädare i grund och botten inte om normprövning. Som före detta domaren i EU-domstolen Pernilla Lindh framhåller i sitt bidrag är det här inte heller fråga om nationella domstolars aktivism. Det avgörande är som jag ser det i stället att vi sedan länge lagstiftar över oss själva genom Europaparlamentet och EU:s ministerråd. Det finns en tydlig och rimlig logik i att unionsrätten inte kan överprövas nationellt. Att nationella domstolar ändå hamnar i fokus när unionsrätten går före beror väl på att de nationella politiska arenorna har svårt att ta till sig att vi numera i betydande utsträckning lagstiftar gemensamt i EU. (Och visst, jag håller med om att EU akut lider av ett demokratiskt underskott. Men det kan inte avhjälpas domstolsvägen.)

Till bilden hör numera också att nationella domstolar ska säkerställa att rättigheterna i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ges full verkan. Om det behövs ska nationella domstolar låta bli att tillämpa nationella bestämmelser som strider mot stadgan. Det har EU-domstolen alltså slagit fast i bland annat det mål som låg bakom HD:s underkännande av dubbla sanktioner för oriktiga skatteuppgifter. Stadgan trädde i kraft samtidigt som Lissabonfördraget den 1 december 2009. Den gäller för unionsrätten, men slår också till när nationell rätt står i strid med eller undergräver unionsrättens enhetlighet eller effektivitet.

Stadgan får visserligen enligt sin lydelse inte ge sämre skydd än Europakonventionen, som därför nog väsentligen behåller sin betydelse i sak. Men den innebär att EU-domstolen kommer att få en viktigare roll än tidigare för tolkningen av rättighetsskyddet. Och det kan få stor betydelse för nationell rätt. Om det inte står klart vad som gäller är medlemsstaternas domstolar skyldiga att fråga EU-domstolen. Unionsrätten omfattar mycket och det kommer att finnas skäl som talar för att det rättighetsskydd som följer av stadgan får genomslag också för nationell rätt över huvud taget.

Sammantaget öppnar sig ett brett fält av möjliga situationer för EU-domstolen och medlemsstaternas domstolar att ta upp frågor om innebörden av grundläggande rättigheter. Sådana rättigheter kan få genomslag inte bara vid normprövning utan också genom att lagar tolkas i ljuset av dem. Det är ett allt vanligare inslag i den alltmer komplexa rättstillämpning som vi står inför.

Mot denna bakgrund och i ljuset av Habermas förståelse av den demokratiska rättsstaten kan det vara värt att hålla följande i minnet: att tillämpa grundläggande rättigheter är sällan enkelt. De är inte en palett av enkla svar på svåra frågor. Ofta handlar det om konflikter mellan olika rättigheter. Avgörandena måste inte bara vara begripliga och övertygande, utan också garantera likabehandling, förutsebarhet och konsekvens. På motsvarande sätt som för annan rättstillämpning behöver en systematik utvecklas, som förklarar vad rättigheterna konkret innebär och omfattar samt hur de hierarkiskt förhåller sig till varandra. Det behövs alltså rättsvetenskaplig analys och kritik, som i sin tur ytterst måste vara inbäddad i en stark offentlig debatt.

Också när de bärs upp av en stark systematik är det dock slående att inte heller mycket välmotiverade avgöranden klarar av att bära den legitimationsbörda som svåra avgöranden innebär. Dömandet riskerar därför att uppfattas som baserat på politiska värderingar snarare än juridik. En konsekvens som är mycket svår att undvika, och som före detta justitierådet Sten Heckscher och danske landsretspresidenten Bent Carlsen nämner i sina bidrag till festskriften, blir då att domstolarna politiseras. Advokaten Ola Wiklund förutspår i sitt bidrag att framtidens domare, på grund av sin jämfört med sina historiska föregångare lägre status i samhällshierarkin, i dömandet kommer att realisera politiska visioner om social sammanhållning och jämlikhet.

Även om man mot det invänder att domarnas värdemässiga objektivitet inte bara är en fiktion, så finns det en viktig poäng i iakttagelsen att mäktigare domstolar innebär mer fokus på var domare hör hemma politiskt och värdemässigt. Alla vet vilken politisk betydelse domarutnämningarna till USA:s högsta domstol har. När jag för tjugo år sedan pluggade i Frankfurt am Main var mina tyska studiekamrater väl förtrogna med de tyska författningsdomarnas politiska färg och grundhållning i centrala politiska frågor. Möjligen kan man redan skönja ansatser till en liknande utveckling också här – vill vi ha den?

En rimlig slutsats tycker jag är att domstolars skyldighet att upprätthålla grundläggande rättigheter inte kan ifrågasättas. Ibland är den alldeles nödvändig. Inte minst för att skydda minoriteter, som inte förmår göra sig gällande i offentligheten. Men domstolars normprövning är inte ett självändamål. Huvudspåret bör vara att i de demokratiska lagstiftningsförfarandena på EU- och medlemsstatsnivå se till att de grundläggande rättigheternas betydelse för regleringen i fråga blir ordentligt belyst, stött, blött – och beaktad. Rätten måste huvudsakligen komma till genom demokratiska förfaranden, annars undergrävs dess legitimitet.

CARL JOSEFSSON

Hovrättsråd tillika vice ordförande på avdelning i Svea hovrätt