Rättsbildning i en ny miljö — hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?

Domstolarnas roll då, nu och sedan

Av domaren i Europadomstolen ELISABET FURA-SANDSTRÖM

En bakgrundsbeskrivning, då och nu

”Being a judge is the best career in the world.
One is never contradicted,
one is never interrupted, and one always has the last word.”
Mr Justice Vaisey, The Law is an Ass, Gyles Brandreth, Pan Books Ltd, 1984.

Det är ett nöje att för andra året i rad få delta i överläggningarna på Häringe. Årets ämne är inspirerande och viktigt och jag antar gärna utmaningen att blicka framåt. Framtidsvisioner kan naturligtvis byggas med olika metoder. Jag har valt att först se bakåt för att utifrån vunna erfarenheter försöka skapa en bild av framtiden.

Det perspektiv jag valt är personligt. För 25 år sedan gjorde jag min tingsmeritering. Tiden fram till idag har för domstolarna i Sverige liksom för samhället i övrigt varit en tid präglad av förändringar, somliga till det sämre, men de allra flesta till det bättre. Mitt perspektiv är den utanförståendes. Inte sedan min tingsnotarietid har jag arbetat inne i domstolarna eftersom min roll har varit advokatens, och kanske i någon mån opinionsbildarens, då jag hade förmånen att leda Sveriges advokatsamfund.

För några månader sedan fick jag skifta perspektiv när jag började mitt nya arbete som domare i Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter (i fortsättningen ”Europadomstolen”). Mitt bidrag till debatten är en snabbskiss av framtiden för domstolarna i Sverige. Skissen är självfallet präglad av mina egna erfarenheter och redan på den grunden ofullständig.

Men det är min bild. Andra får ge sina. Avslutningsvis skall jag som en jämförelse något beröra Europadomstolens problem och utmaningar.

Rättsväsendet allt mer synligt

Domstolarna har fått mycket större uppmärksamhet än tidigare. När jag var tingsnotarie inträffade det ytterst sällan att referat från rättegångar gjordes i de rikstäckande nyheterna. Inte heller anmäldes domar eller andra beslut i någon större omfattning i tidningar och radio. Numera kan man nästan inte slå på TV-apparaten utan att det

visas bilder från en domstol eller debatteras innehållet i en lagregel. Allt fler beslut prövas rättsligt, bland annat beroende på att välfärdsstaten fått en större betydelse i all fler människors liv. Medias intresse för juridiken i vid mening har ökat vilket i sin tur medfört ökad kunskap hos medborgarna, som nu blivit mer medvetna om sina rättigheter och även mer benägna att hävda sin rätt, till exempel genom att gå till domstol.

Ökad fokus på individens rätt

Med det perspektiv bakåt på 25 år som jag valt syns en ökad fokusering på individens rätt, jämfört med tidigare generationers koncentration på kollektivets intressen. Välfärdsstatens förverkligande har haft betydelse för denna utveckling men influenser utifrån har också haft betydelse. Ett avgörande steg togs när Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna blev svensk lag eftersom den givit individen klagorätt mot staten. Medlemskapet i EU är en annan betydelsefull faktor i detta hänseende. Arbetsrätten är tydligt exempel på ett rättsområde där utvecklingen gått mot ett mer individorienterat synsätt.

Kompetens inte bara juridiskt kunnande

Domstolarna har fått känna av allt större krav på kompetens utöver den strikt juridiska. En ökad konkurrens om de bästa juristerna har lett till att domstolarna tvingats se över sin egen arbetsmiljö. Unga jurister ställer krav på meningsfulla och utvecklande arbetsuppgifter men även på bra chefer. Ett gott ledarskap blir ett konkurrensmedel för domstolarna.

En modern arbetsplats förutsätter upplysta ledare med kunskap om samhället i vid bemärkelse och med en fördjupad humanistisk bildning. Färdigheter i språk har också efterfrågats allt mer. Kravställarna har givit sig tillkänna såväl i domstolarna som utanför.

Förarbetenas minskade betydelse

Det har påpekats tidigare men förtjänar att upprepas; förarbetenas betydelse har fortsatt att minska och praxis betydelse har ökat. När det gäller rättsbildning i en internationell miljö är detta förhållande särskilt påtagligt eftersom förarbetena, i den mån de alls existerar, har en helt annan roll och status än vad vi svenska jurister har varit vana vid. Även rättsbildningen på nationell nivå påverkas av denna omständighet. Europakonventionen är numera svensk lag och skall tillämpas av svenska domstolar och myndigheter. De olika rättigheternas innebörd förstås utifrån konventionstexten som den har tolkats av Europadomstolen.

Samma sak gäller för EG-rätten. Detta måste, så vitt jag kan förstå, leda till en delvis annorlunda arbetsmetod i de svenska domstolarna.

Kreativa domare

Domarna har blivit modigare och mer kreativa. Det är en välkommen utveckling. Domarna är då som nu satta att skipa rätt och slita tvister. Denna uppgift skall domarna lösa genom att tillämpa lagen. Men om lagen är så vag eller otydlig så att den inte går att använda så kan domaren inte vända den rättssökande ryggen utan måste lösa uppgiften. Domaren måste då fylla ut, tolka och skapa rätt. Annorlunda uttryckt måste domaren använda sitt eget omdöme. Det är en falsk debatt som förs om juridikens ökade betydelse på politikens, det vill säga det folkliga inflytandets bekostnad. Lagarna stiftas fortfarande till större delen av riksdagen, det vill säga av våra folkvalda politiker, även om en del av den lagstiftande makten numera har gått tillbaka till regeringen, via EU-kommissionen, men det avhandlas på annan plats i detta nummer. Nationalstaternas roll är förändrad i en globaliserad värld och det påverkar naturligtvis även rättsväsendet.

Pekka Hallberg, president i Finlands högsta förvaltningsdomstol uttryckte saken så här när han talade vid ett symposium i Strasbourg nyligen om nödvändiga reformer för Europadomstolen:

”In the process of globalisation, even the state is a kind of ’learning organisation’, the success of which depends on respect for the fundamental values, good governance, protection of fundamental rights, as well as on the functioning of democracy. A weak state is a risk in globalisation, whereas a state effectively governed by the rule of law is a competitive advantage.”[1]

Om domstolarna fått ökad makt så är det för att politikerna har velat det. Domarna skall uppmuntras att använda de nya möjligheter de fått utan att be om ursäkt.

Gränser försvinner

Omvärlden tränger sig på. Domarna har lyft blicken utanför den egna domsagan och lär av varandra mer än sina företrädare i ämbetet. Domarna i Sverige lär av sina kolleger i andra länder och vice versa. De studerar andra domstolar och inspireras eller avskräcks av vad de ser. Vad spelar mindre roll, det viktiga är att se sig om. Resandet har ökat men det är min personliga övertygelse att mycket kan vinnas av ett ännu större utbyte domare emellan.

Varför inte låta sig inspireras av hur andra gör;

—Ledamöterna i Norges högsta domstol företar varje år en resa i landet för att på ort och ställe se och lära.

—Cour de Cassation (Frankrike) rekryterar domare med specialistkompetens utanför domarbanan. Dessa domare får en introduktionsutbildning som bland annat innehåller praktik på domstolarna i Luxemburg och i Strasbourg samt i en ”hovrätt” i Frankrike.

[1]Citerat med upphovsmannens tillstånd ur anförande ”Rule of law as a strategy for governance”, Strasbourg 17 november 2003.

—Domstolsverket i Sverige anordnar kurser för domare som får åka ut i Europa och studera domstolarna i Luxemburg och Strasbourg och kanske någon lokal domstol.

—”Juge de proximité” kallas en kontroversiell nydaning i Frankrike. Ett slags kvartersdomare som på deltid skall lösa enklare vardagskonflikter snabbt och utan appell.

—Europadomstolen tar emot allt fler studiebesök från nationella domstolar på olika nivåer, inte bara högsta instans. Dessa utbyten är ännu viktigare nu än tidigare då Europadomstolen inte var permanent och det fanns ett naturligt flöde av information mellan Europadomstolen och de nationella domstolarna. Europadomstolens roll har definitivt och oåterkalleligen förändrats med Europas utvidgning. Det står fullständigt klart för var och en som iakttar Europadomstolens utveckling att den för närvarande kämpar för att finna sin nya identitet, en fråga jag återkommer till.

Förändringstakten ökar

Förändringarna sker allt snabbare. Rättsväsendets aktörer har fått lära sig att ta egna initiativ till reformer exempelvis avseende arbetssätt. Det duger inte att nostalgiskt blicka tillbaka och hävda att allt var bättre förr, lika lite som det är trovärdigt att hävda att den domstolsorganisation vi hade för 25 år sedan passar idag. Det är nödvändigt och viktigt att inte kasta alla goda traditioner eller den rättskultur som vuxit fram under generationer över bord i ambitionen att göra ”tabula rasa” och skapa något helt nytt. Ingen kan eller bör frigöra sig från sitt arv, det är en del av vår identitet som vi har rätt att vara stolta över.

Däremot skall vi bygga vidare, precis som de som var före oss har gjort. Ett byggande som måste ske på alla plan och hela tiden. Det finns inget jämviktsläge, ingen status quo där vi kan pusta ut. ”The only thing that will never change is change itself” har någon klok person uttalat.

En blick framåt till år 2030

Konstitutionella frågor

Vi kommer att intressera oss mer för konstitutionella frågor och detta får betydelse för domstolarna. Förslaget till en ny grundlag för Europa (se särskilt artikel 7 paragraf 2 enligt vilken EU skall söka tillträde till Europakonventionen) och den diskussion om maktfördelning, demokrati och rättigheter som så sakteliga har kommit igång i Sverige kommer att sätta domstolarna ännu mer i centrum än vad som är fallet idag. Exempelvis finns det debattörer som gärna vill se Europadomstolen som en utpräglad konstitutionell domstol i framtiden.

EU och Europakonventionen

När EU ges möjlighet att skriva på Europakonventionen kommer ännu fler rättigheter att bli processbara och kunna verkställas.

Kompetensfördelningen mellan domstolarna i Strasbourg och Luxemburg måste mejslas ut ytterligare så att praxis på området för mänskliga rättigheter kan fortsätta att utvecklas på ett entydigt och harmoniserat sätt.

Värderingar i centrum

Det är min alldeles bestämda övertygelse att vi alla kommer att diskutera och analysera värden och värderingar oftare än idag. Existerar det verkligen några eviga värden? Finns det några rättigheter som är okränkbara, alltid och i alla sammanhang? Personligen är jag övertygad om det. Har domarna från Centraleuropa en annan rättsuppfattning i grunden än de domare som har sina rötter i Västeuropa? Det är inte så säkert. Kanske handlar det snarare om olika nivåer av välfärd och utveckling. Frågorna är många fler.

Europadomstolens subsidiära roll och rättsbildning modell 2030, tolkningsmetoder och arbetssätt

Den subsidiära rollen för Europadomstolen är tydlig och klar. Domstolen slipper klagomål av ”fjärdeinstansnatur” och kan koncentrera sig på prejudikatsbildning inom sitt specialområde, skyddet för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Denna utveckling sätter ytterligare press på Europadomstolen att skriva begripliga avgöranden för att möjliggöra för de nationella domstolarna (och för medborgarna) att följa praxis och anpassa sig till de nya normer som bildas på detta sätt.

Europadomstolen har två officiella språk men hanterar över 30 språk för närvarande. Risken för missförstånd och oprecis rättsbildning som denna faktor isolerad utgör får inte underskattas.

Vi har blivit inbjudna till Häringe för att diskutera bland annat hur rättsbildningen kommer att gå till år 2030 och i förlängningen hur domstolarna i Sverige skall vara utrustade för att klara den uppgiften. Om utgångspunkten är att internationaliseringen fortsätter vilket är min tes, kan man fråga sig vilken roll de nationella domstolarna kan ha i en internationell rättsbildning. Enligt min uppfattning är de nationella domstolarnas roll absolut avgörande för att Europaprojektet skall lyckas.

Det kan inte vara de internationella domstolarnas uppgift att ta hela ansvaret för en hållbar internationell rättsbildning. Ansvaret ligger i första hand och till största delen på de nationella domstolarna. De internationella domstolarnas uppdrag är att skapa prejudikat och att i sin subsidiära roll lösa de nya problem som uppkommer och på så sätt skapa förutsättning för en harmoniserad normbildning, nödvändig för att åstadkomma ett gränslöst Europa.

En internationell domstol som Europadomstolen har ingen enskild lagstiftande församling eller statsmakt att förhålla sig till. Mandatet Europadomstolen fått ligger i Europakonventionen och indirekt hos

de 44 stater som skrivit under och därigenom åtagit sig att följa och respektera Europadomstolens avgöranden. I framtiden är de höga fördragsslutande parterna kanske ännu fler än nu vilket gör att ”statsmakterna” får allt svagare konturer och Europadomstolens tolkningsmetoder och arbetssätt kommer självklart att påverkas av detta förhållande. Domarna konsulterar sällan eller aldrig ”les travaux préparatoirs” eller ens litteraturen utan sköter sin rättsbildning genom att bygga vidare på sin egen praxis. Detta navelskåderi medför förvisso faror. Kontinuitet och oberoende blir helt avgörande för att Europadomstolen skall förbli framgångsrik, det vill säga inte bara genom att målen avverkas i en rimlig takt utan också genom att kvaliteten bibehålls och förbättras. Detta är en utmaning av gigantiska mått när klagomålen fortsätter att strömma in i ett aldrig sinande flöde vilket för närvarande innebär att Europadomstolen ökar sin balans med cirka 980 klagomål per månad. Med hänsyn till att omkring 40 % av denna balans utgörs av så kallade kammarmål (prövas av Europadomstolen i en sammansättning av 7 domare) och att domstolen avkunnade 844 domar år 2002 skulle Europadomstolen behöva över tio år för att beta av balansen, utan inflöde av nya mål.

De som formulerade Europakonventionen för mer än 50 år sedan såg den som en kollektiv försäkring mot risken för en återgång till totalitära regimer och diktaturer. Konventionen och Domstolen var tänkt att fungera som en väckarklocka som snabbt skulle avslöja och stävja antidemokratiska tendenser och begynnande förtryck. Den var och är fortfarande unik i sitt slag bland annat därför att den ger alla individer inom Europarådets område, för närvarande cirka 800 miljoner människor, direkt access till Europadomstolen. Utvecklingen har inte stått still och idag väcker frågan om den individuella klagorättens vara eller icke-vara heta känslor i reformdebatten. Jag nöjer mig med att konstatera att reformer är nödvändiga för att Europadomstolen skall överleva. Riktigt framgångsrik blir den först då den inte längre behövs. De eventuella kränkningar av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som ändå förekommer hanteras av de nationella domstolarna, helst redan i första instans. Men även i en sådan framtid fordrar en harmoniserad utveckling av praxis på detta område en prejudikatsinstans, gemensam för alla de nu 800 miljoner individer för vilka skyddet gäller.

Kanske är det dags att införa ett system med förhandsbesked enligt modell från domstolen i Luxemburg så att Europadomstolen kan koncentrera sig på sin prejudikatsbildande verksamhet med full kraft?

Självbild

Domarnas syn på sig själva och sin roll i samhället i allmänhet och för rättsbildningen i synnerhet har förändrats år 2030. Domarna ses med rätta som opinionsbildare och har tagit konsekvenserna av det. Tuffa krav på legitimitet från den rättssökande allmänheten har bidragit till

att få fram ett nytt slag av domare. Domstolarna i Sverige fylls av oberoende och självständiga individer som uppfattar rättskipningen som en kreativ process. Med utgångspunkt i sina olika yrkeserfarenheter skipar de rätt. Ett instrumentellt förhållningssätt till lagarna är inte gångbart.

Paradoxalt nog har domarna samtidigt blivit mer av lagspelare då ”bristen” på förarbeten uppvägs av dialogen med andra domare. Eftersom det är så ensamt att döma måste rika möjligheter ges domarna att utvecklas genom dialog, fortbildning mm. En ökad specialisering gör domarens arbete ännu mer intressant och attraktivt samtidigt som den höjer kvalitén på besluten. Framtidens domare är en stolt och skicklig yrkesman som har mod att med högburet huvud fatta även politiskt inkorrekta beslut.