Domstolar och rättslig argumentation

Av professor Jes Bjarup

Detta symposium har titeln ”Rättsbildning i ny miljö — hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?” Jag skall försöka besvara frågan genom att ställa frågor utifrån allmän rättslära som teoretisk disciplin som har praktisk betydelse. Det påstås ofta att teori är något annat än praktik, men detta påstående är fel därför att vad som är korrekt i teorin också måste fungera i praktiken, och om det inte är fallet är det något fel med teorin. Något har förbisetts och härav följer att vad som är fel i praktiken också är ett fel i teorin. Jag skall illustrera detta med exempel från svensk rättsteori. Mina studenter i allmän rättslära vill få svar på frågor men inom allmän rättslära är jag mera intresserad av att förstå vilken fråga som ställs. Symposiets frågeställning förutsätter att domstolarnas roll och betydelse har förändrats, men är det fallet, och i så fall på vilket sätt?

Min utgångspunkt för att besvara dessa frågor är den svenska regeringsformen som en normativ reglering av domstolar som en politisk och rättslig institution, jfr RF 1 kap. 8 §. En synpunkt är att domstolar har en roll som förmedlare mellan riksdag och befolkning. Riksdagen stiftar lagar enligt RF som domstolar tillämpar för att träffa konkreta avgöranden mellan parter och därmed bidraga till att upprätthålla rättssäkerheten i meningen att personers rättigheter respekteras.[1] En annan synpunkt är att domstolar har en roll som förmedlare mellan befolkningen och riksdagen och regering på det sättet att parter kan framställa ett yrkande som en domstol skall ta ställning till och träffa ett konkret avgörande som kan få betydelse för riksdag eller regering därför att en dom kan påverka personers rättigheter i relation till lag och lagstiftning, jfr målet mot Harry Franzén, C-189/95.

Båda synpunkterna har gemensamma drag därför att domstolar är en politisk men också en rättslig institution som har auktoritet att träffa bindande avgöranden för parterna, jfr RF 1 kap. 9 § som fastslår att ”Domstolar ... skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet”.

Domstolar är en politisk institution men är som rättslig institution oavhängig i relation till andra politiska institutioner som Riksdag och Regering beträffande organisation och också opartisk eftersom det inte får förekomma någon anvisning från Riksdag eller Regering hur ett konkret mål skall avgöras, jfr RF 11 kap. 2 §. Oavhängighet har också betydelse i relation till parterna i ett konkret rättsfall som inne-

[1]Se min artikel Rättssäkerhet såsom Rättighetssäkerhet. Några reflexioner om begreppsanalys, i Festskrift till Åke Frändberg, red. Anders Fogelklou och Torben Spaak, Uppsala 2003 s. 39 ff.

bär att sakens parter skall behandlas lika, dvs. med respekt för deras rättigheter, härunder rättigheten att få ett avgörande av tvisten och opartiskhet innebär att ingen personlig relation får förekomma mellan domare och sakens parter.

Sakens parter har en rättighet i meningen ett rättskrav på att få målet bedömt som motsvaras av att domstolar har en rättslig skyldighet att avgöra målet, där ett krav på likhet icke innebär att sakens parter skall behandlas lika i meningen att de har ett rättskrav på samma resultat. Härav följer att domstolar nödvändigtvis är avhängig och partisk i relation till sakens parter.

Domstolar är avhängiga av lagar eller rättsregler som Karl Olivecrona påstår är ”fristående imperativer” som definieras som ”uttryck för fantasiföreställningar för våldets utövande”, som Ingemar Hedenius ansluter sig till med påståendet att lagar är ”äkta rättssatser” som definieras som ”suggestions- eller påtryckningsfraser utan teoretisk mening”.[2] Om denna teori är hållbar saknar lagar teoretisk mening och därmed information och här finns möjligen en förklaring till varför man i Sverige hänvisar till lagens förarbeten för att finna meningen med en lag. Men teorin är knappast hållbar därför att det förbises att lagar har ett teoretiskt eller kognitivt meningsinnehåll i form av information som uttrycker skäl eller rättesnöre for människors handlingar och som också är skäl eller måttstock härför när en domstol skall träffa rättsliga avgöranden. Riksdagen är rättsskapande när den stiftar lagar som är generella och abstrakta rättsregler vid tillämpningen av Regeringsformen och domstolar tillämpar dessa lagar och skapar därvid en individuell och konkret rättsregel i en dom som avgör det konkreta målet.

Domstolar är därför en rättsskapande institution som har auktoritet att ta ställning till vilken av parterna som har rätt. Det beror på ett val där domaren är partisk i den meningen att hon eller han måste ta parti för en av parterna, men det måste krävas saklighet, jfr att domaren har en skyldighet ”i alla domar rätt göra”, jfr RB 4 kap. 10 § om domareden. Domarens rättstillämpning är ett auktoritativt avgörande av en tvist mellan sakens parter som har stor betydelse för människors existens. Bas för rättstillämpningen är RF och de härav härledda rättsregler, härunder EU-rätten. Stig Strömholm framhäver i det sammanhanget ”det rättsliga beslutfattandets *auktoritära* prägel” och fortsätter att ”ett annat uttryck för det juridiska beslutsfattandets särprägel är domarens auktoritära roll: han är principiellt *inte* en förhandlingsordförande, som med varsam hand skall spela fram *kompromisser* mellan parterna. Han skall i sista hand avgöra vad som är rätt och vad som är orätt, vilken av två parter som skall ’tappa’ och vilken

[2]Karl Olivecrona, Om Lagen och Staten, Lund 1940, s. 35, 54 och 133, Ingemar Hedenius, Om Rätt och Moral, Stockholm (1941) 1965 s. 57. Samma uppfattning hos Alf Ross, Om Ret og Retfärdighed, Köbenhavn 1953, s. 19 som i stället för termen ”fristående imperativ” använder termen ”direktiv” som definieras som ”ytringer uden repräsentativ mening, men med påvirkningsintention”.

som skall 'vinna'".[3] Det är korrekt att domaren skall avgöra vad som är rätt och orätt, men domarens roll är inte att vara auktoritär utan att ha auktoritet, något som innebär att beslutsfattandet inte har en auktoritär utan en auktoritativ prägel. Strömholm förväxlar att vara auktoritär med att ha auktoritet som i sin tur innebär att hans redogörelse för domstolarnas roll och det rättsliga beslutsfattandet är vilseledande.

Domarens skyldighet är att legitimera sin dom där Regeringsformens 1 kap. har betydelse, jfr 2 § första stycket: "Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människas frihet och värdighet", och andra stycket: "Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd skall vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Det skall särskilt åligga det allmänna att trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt att verka för social omsorg och trygghet och för en god levnadsmiljö".

2 § uppfattas ofta som rena politiska programförklaringar som för en snävare rättspositivistisk uppfattning saknar rättslig relevans.[4] Strömholm anknyter till denna uppfattning och ställer frågan: "hur det kommer sig att lagstiftaren använder sig av ett förfaringssätt, som måste anses vara principiellt främmande för hans uppgift". Hans svar är att det "kan framstå som en åtminstone harmlös, om ock föga hederlig, politisk kompromiss, som gör alla mindre missnöjda: bestämmelsens tillskyndare får åtminstone det verbala välljudet; dess motståndare får glädjen att veta, att detta välljud inte betyder något".

Strömholm förbiser att lagstiftning alltid är en ändamålsbestämd aktivitet med stöd i politiska och moraliska principer. Härav följer att det självfallet är en uppgift för lagstiftaren att ange vilka ändamål som man försöker uppnå vid lagstiftningen som är politikerns verktyg. Lagstiftning är rättstillämpning av RF och härav följer att RF:s 1 kap. 2§ har relevans eftersom där ges uttryck för politiska och moraliska principer, nämligen principen om respekt för frihet och värdighet som kan sägas korrespondera med deklarationer om naturliga rättigheter eller enligt nutida språkbruk mänskliga rättigheter, och principen om att främja människors välfärd korresponderar med utilitarismen. Dessa principer är skäl för riksdagens stiftande av lagar och för prövningen av om lagar står i strid med bestämmelser i grundlag, jfr RF 11 kap. 14 §.

Därmed kan de politiska programförklaringarna också ha rättslig relevans som tolkningsdatum för domstolarnas rättstillämpning. Det medger Strömholm men avstår från en diskussion till fördel för hans teori att juridisk argumentation endast är en argumentationsteknik som använder skilda tekniska grepp och maximer. Det är anmärk-

[3]Stig Strömholm, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, 5. uppl. Stockholm 1996, s. 303, hans kursiv.
[4]Strömholm, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, s. 262 ff., citat s. 264.

ningsvärt att Strömholm förkastar att juridisk argumentation är en form av praktisk argumentation som kan återföras till Aristoteles' uppfattning av retorik som är en uppgörelse med Platons uppfattning att endast den teoretiska argumentationen har vetenskaplig halt.[5] Strömholm förbiser att domstolars rättstillämpning är en form för praktisk eller normativ argumentation som har stöd i rättsliga principer där en domare har en skyldighet att träffa beslut som implicerar ett rättsligt och moraliskt ställningstagande för att kunna avgöra det konkreta målet. Här kan principen om den enskilda människans frihet och värdighet komma i konflikt med principen om att främja människors välfärd. Det är det så kallade ”svåra fall” där domaren skall träffa ett val som har avgörande betydelse för sakens parter i synnerhet och samhället i allmänhet. Jag har icke svaret men jag kan ställa frågan om tillämpningen av moraliska principer i domstolarnas rättstillämpning som i sin tur har betydelse för domstolarnas roll i samhället och därför också skulle tas på allvar i den juridiska undervisningen vid universitet i Sverige.

Om domaren har min företrädare vid Stockholms universitet, Ivar Strahl skrivit:

> ”Från sociologisk synpunkt är det naturligtvis av intresse att utreda orsakerna till att rättsregler efterlevs eller icke efterlevs, och för lagstiftningspolitiken är detta naturligtvis också av vikt, ty vid lagstiftning bör man besinna att det finns gränser för vad man genom lagstiftning kan få människor att göra eller underlåta. För den vanliga juristen inställer sig däremot icke frågan om dessa orsaker. *För en svensk domare är det en självklar sak, att han skall döma efter svenska lagar och prejudikat, och han saknar anledning att överväga varför han skall göra det*”.[6]

Kanske finns det ingen anledning för en domare att ställa den sociologiska frågan om *orsaker* till att rättsregler efterlevs. Men en domare måste ställa den normativa frågan om det finns skäl eller *grund* till att lyda och tillämpa en rättsregel i konkret fall. Och svaret är inte en självklar sak. Strahls teori kan resultera i en dålig praktik och här finns grund till att ändra uppfattning. En domare har anledning att överväga vilka lagar han skall döma efter för att göra rätt i sin dom. Frågan är därför om ”en god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne”, för att citera Domarreglerna från 1734 års lag. Har det ändrat sig?

[5]Strömholm, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, s. 145 jfr s. 450.
[6]Makt och Rätt, (1957) oförändrat i 11. uppl. Ombesörjd av Stig Strömholm, Uppsala 2003, s. 149, min kursiv.