

Domarna som konstitutionella aktörer

Av jur. dr MARTIN SUNNQVIST

Om och i så fall på vilket sätt domarna är konstitutionella aktörer har varit föremål för omfattande debatter. Debatten rörande huruvida domarna kunde utöva konstitutionell kontroll över lagstiftningen övergick på 1960-talet till en debatt om närmare bestämt hur domarna skulle utöva denna kontroll. Det är en debatt som inte är avslutad; diskussionen om hur domarna ska hantera olika typer av konstitutionella frågor pågår fortfarande. Debatten håller också på att övergå till en fördjupad diskussion om legitimiteten i dömandet i konstitutionella frågor. I denna artikel sammanfattas och analyseras de debatter som hittills förts och identifieras frågor som behöver diskuteras vidare.

1 Inledning

När Svensk Juristtidning grundades år 1916 hade Sverige sedan år 1888 inte haft någon tidskrift med inriktning på allmänna juridiska ämnen. De tre föregångarna Juridiskt arkiv, Juridiska föreningens tidskrift och Naumanns Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning hade varit aktiva åren 1830–62, 1850–61 respektive 1864–88. Några enstaka rättsvetenskapliga artiklar hade förekommit i NJA II. Å andra sidan fanns sedan år 1897 Statsvetenskaplig tidskrift för den svenska statsvetenskapliga och statsrättsliga debatten och sedan år 1888 Tidsskrift for Rettsvitenskap som främsta organ för den nordiska juridiska debatten (Lars Björne, Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del II, 1998, s. 194–197, Del III, 2002, s. 30–32 och 166–167, och Del IV, 2007, s. 23–28 och 218–220).

I denna artikel ska jag fokusera på dels de debatter som förts, främst i Svensk Juristtidning, om domarna som konstitutionella aktörer, dels den debatt som behöver föras framöver om hur domarna ska hantera konstitutionella frågor. Debatten kan delas in i tre frågor: Om, hur och varför. Den första frågan var *om* domarna har rätt att pröva frågor om lags förenlighet med konstitutionella normer, och den andra frågan var *hur* det ska ske och vad som ska krävas för ett åsidosättande. Den tredje frågan är *varför* det ska ske. I den frågan inkluderar jag frågan om legitimiteten i domarnas dömande i konstitutionella frågor.

2 Om?

Redan i 1800-talets tidskriftsdebatt uppmärksammades frågan hur domarna skulle hantera grundlagsstridig lag. I Juridiskt arkiv år 1837–38 publicerade Carl Schmidt den amerikanska domaren Joseph Storys artikel ”Om den amerikanska statsrätten”, som bl.a. tog upp att de amerikanska

domarna skulle åsidosätta grundlagsstridig lag. I Juridiska föreningens tidskrift, redigerad av samme Schmidt, togs år 1855 in en artikel av en jur. dr A. Vollert i Weimar på temat huruvida domaren fick tillämpa en lag som utfärdats utan ständernas erforderliga samtycke. Samma år avhandlades diskussionsämnet om en viss förordning utfärdad av kungen ensam skulle ha företräde framför två äldre bestämmelser till vilka ständerna samtyckt. En uppfattning var att den nya förordningen skulle tillämpas, en annan att de äldre bestämmelserna hade företräde och en tredje att en förmedlande tolkning kunde lösa problemet.

I 1871 års årgång av Naumanns tidskrift publicerade Christian Naumann en egen artikel om den svenske domarens förhållande till den lagstiftande makten. Artikeln var egentligen ett utdrag ur hans statsförfattningsrättsliga verk i fyra band. Naumann ställde höga krav för att domaren skulle kunna låta bli att tillämpa en föreskrift utfärdad av kungen trots att riksdagens samtycke hade behövt inhämtas, och han medgav ingen prövning av grundlagsenligheten hos lagar som stiftats av kung och riksdag tillsammans. Att han på andra platser i verket ansåg att grundlagsstridig lag kunde och borde åsidosättas komplicerar dock tolkningen av hans uppfattning (se Martin Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande, 2 uppl. 2014, s. 206–220).

Hugo Blomberg tog i Tidsskrift for Rettsvitenskap år 1896 upp frågan hur domaren skulle hantera frågor om lagars grundlagsenlighet. Hans uppfattning var att domarna inte skulle tillämpa en lag som beslutats av kungen ensam trots att riksdagens samtycke ”uppenbart och oomtvistligt” krävdes. Om en lag stiftats med ett innehåll som ”tydligen” stred mot ett grundlagsstadgande, skulle domarna åsidosätta lagen och föredra grundlagen. Däremot skulle lag inte prövas mot grundlagarnas ”allmänna innehåll”.

Så långt hade inläggen i tidskriftsdebatten om det konstitutionella dömandet kommit i ungefärligt genomsnitt vart tjugonde år. Någon kontinuerlig, sammanhållen debatt var det alltså inte fråga om. År 1903 tog statsvetenskapsdocenten Ludvig Widell upp frågan i Statsvetenskaplig tidskrift, och han menade att lagprövning saknade stöd i rättskällorna och dessutom skulle vara olämplig. Debatten intensifierades sedan i andra fora än Svensk Juristtidning. I Statsvetenskaplig tidskrift förespråkade Nils Stjernberg år 1920–21 lagprövning de lege ferenda, medan Carl Kuylenstierna år 1926 anförde att rättsläget var oklart och Halvar G. F. Sundberg år 1930 argumenterade för lagprövningens existens. I Tidsskrift for Rettsvitenskap gick Karl Olivecrona år 1925 till hårt angrepp mot tanken att grundlag kunde vara överordnad lag, medan Nils Herlitz år 1936 var åt det mer lagprövningsvänliga hållet.

När det nu äntligen är dags att vända blicken mot Svensk Juristtidning, kan konstateras att den konstitutionella rätten inte var särskilt framträdande i de tidiga årgångarna. Såväl egentliga uppsatser som

övriga texter hör främst till övriga rättsområden, med fokus på straff-, civil- och processrätt. Den första artikel där frågan om domstolars åsidosättande av grundlagsstridig lag behandlades var skriven av norrmannen Ragnar Knoph och behandlade norska förhållanden. Knoph framhöll att Høyesterett tillsammans med Norges övriga domstolar hade ett viktigt kontrollerande inflytande på den lagstiftande makten genom att inte låta någon grundlagsstridig lag gälla (Ragnar Knoph i SvJT 1930 s. 337). Det i jämförelse med Norge motsatta rättsläget i Finland efter 1919 års regeringsform diskuterades påföljande år av Rafael Erich (SvJT 1931 s. 217–220).

Ämnesindelade rubriker i registret kom inte förrän med årgången 1936, och då föll den konstitutionella rätten under rubriken "Statsrätt, förvaltningsrätt och finansrätt". År 1941 kom frågan om domarna som konstitutionella aktörer upp, åter i ett nordiskt perspektiv. Östen Undén redogjorde under rubriken "Norges strid för rätten" för Høyesteretts försök att värna sin oavhängighet mot ockupationsmakten (SvJT 1941 s. 889–895). Undén anknöt till Landshövdingen i Runebergs Fänrik Ståls sägner, och den relevanta delen av dikten återgavs av Birger Ekeberg efter befrielsen (SvJT 1945 s. 421–423). Att diskussionen om svenska domares ansvar för konstitutionella frågor fram till denna tid hade varit närmast obefintlig, hänger samman med sättet att se på regeringsformens funktion. I Sverige skulle regeringsformen i första hand hanteras av lagstiftaren, som utgjordes av kung och riksdag för den allmänna civil- och kriminallagstiftningen och kungen ensam för den ekonomiska lagstiftningen, inte av domaren (Sunnqvist a.a. s. 73–81, 289–292, 392–394). I det praktiska rättslivet hade därmed regeringsformen inte funktionen av en överordnad grundlag.

Redan år 1947 kan man emellertid se ett ökat intresse för konstitutionella frågor. Förslaget om införande av kvarlåtenskapsskatt var konstitutionellt kontroversiellt och togs upp i tre artiklar (SvJT 1947 s. 190–193, 345–350 och 351–352). Några år senare presenterade Gustaf Petrén rättssäkerhetsfrågornas behandling i riksdagen (SvJT 1954 s. 279–282 och 483–485). Och året därpå satte den egentliga lagprövningsdebatten i gång, i vilken Gustaf Petrén och Östen Undén var de viktiga aktörerna. Docenten Uta Bindreiter har nyligen analyserat dessa debatter grundligt (Uta Bindreiter, *Lagprövningsdebatten 1955–1966. I skärningsfältet mellan juridik och politik*, 2009).

I första kammaren hade år 1954 förts en debatt mellan särskilt Östen Undén, Nils Herlitz och Ingrid Gärde Widemar om möjligheten till domstolsprövning av förvaltningsbeslut och den därtill eventuellt relaterade frågan om lagprövning. I *Svensk Juristtidning* år 1955 tog Gustaf Petrén upp Östen Undéns riksdagsuttalande om att lagars grundlagsenlighet inte kunde prövas i domstol. Petrén hade motsatt uppfattning (SvJT 1955 s. 618–633, särskilt s. 624). Undén svarade Petrén i *Svensk*

Juristtidning år 1956 (SvJT 1956 s. 260–263) och argumenterade för att domarna inte hade någon rätt att pröva lagars grundlagsenlighet och att Petrén's uppfattning var ett utslag av önsketänkande. Detta bemöttes samma år utförligt av Petrén (SvJT 1956 s. 500–509). Debatten kännetecknas av att kombattanterna hade helt olika uppfattningar om grundlagens funktion — var den en föreskrift enbart för lagstiftaren att tillämpa, eller en överordnad konstitution vars efterlevnad domstolarna skulle granska?

Undéns argumentationslinje antyder att Petrén hade kommit på en ny och oväntad idé som inte stämde med rättskällorna i övrigt och som därför inte kunde anses ha stöd i rättsordningen. Detta stämmer inte alldeles väl med den tidigare debatten, och enligt Riksåklagarens yttrande i NJA 1961 s. 253 (se s. 272–273) var Undén ganska ensam om sin uppfattning. Att Petrén hade gott stöd för sin uppfattning bekräftas också av 1963 års betänkande om en ny regeringsform och av remissvaren på detta (SOU 1963:17 och 1965:2, se SvJT 1963 s. 290–306 och 1966 s. 447–467). Det är därför motiverat att, som Uta Bindreiter har gjort (se Bindreiter a.a. s. 10), anse frågan om lagprövningens existens avslutad här och övergå till frågan om lagprövningens omfattning. I förbigående kan dock dessförinnan nämnas en liten tidstypisk polemik mellan Petrén och Gunnar Sträng i fråga om vad som var värst, grundlagsbrott eller sprithamstring (se SvJT 1962 s. 486–489).

3 Hur?

År 1964 togs debatten upp i Statsvetenskaplig tidskrift genom inlägg av Stig Jägerskiöld och Håkan Strömberg. Jägerskiölds inriktning var lagprövningsskeptisk, även om han ville att kombinationen av en fri- och rättighetskatalog och lagprövning borde belysas närmare inom ramen för grundlagsreformarbetet. Även Strömberg önskade en närmare genomlysning av dessa frågor. Gustaf Petrén återknöt i ett inlägg till sina tidigare framlagda synpunkter och var angelägen att få lagprövningen att framstå i ett "avdramatiserat och så att säga 'icke-rättspolitiskt-laddat' skick" (Bindreiter a.a. s. 32). Om lagprövningen var en självklar följd av normhierarkin, var den kvarstående frågan hur stort utrymme domarna skulle ge lagstiftaren att själv tolka grundlagen. Efter NJA 1964 s. 471 kunde Petrén i Svensk Juristtidning år 1966 (SvJT 1966 s. 432) knyta ihop de båda debatterna och konstatera att lagprövningens existens var klar men att ett uppenbarhetsrekvisit gällde i fråga om omfattningen av prövningen.

Detta uppenbarhetsrekvisit kom som bekant in i 11 kap. 14 § regeringsformen när lagprövningen grundlagsfästes med verkan från den 1 januari 1980. Detta innebar å ena sidan att lagprövningens existens slogs fast men också att dess omfattning inte lätteligen kunde utvecklas vidare i rättspraxis. Vid samma tid aktualiserades emellertid betydelsen

av EKMR. Det förhållandet att Sverige inte hade accepterat Europadomstolens jurisdiktion hade debatterats mellan den norske Høyesterettsjustitiarius Terje Wold och Östen Undén redan vid 1960-talets mitt. (SvJT 1963 s. 657–661 och 1964 s. 541–542.) När Sverige — efter att år 1966 ha accepterat Europadomstolens jurisdiktion — fälldes i Europadomstolen i Sporrang och Lönnroth mot Sverige (dom den 23 september 1982 i mål 7151/75 och 7152/75) ledde det till en debatt i främst Svensk Juristtidning under 1980-talet, bl.a. i anslutning till olika domstolsavgöranden, om vad detta kunde ha för konsekvenser i olika avseenden (se dessförinnan ”Europarådet och de mänskliga rättigheterna” i SvJT 1979 s. 14–42 samt därefter bl.a. SvJT 1985 s. 621–633, 1986 s. 12–22, 325–337, Sunnqvist a.a. s. 801–803).

År 1983 ersattes i Svensk Juristtidning den år 1936 införda rubriken ”Statsrätt, förvaltningsrätt och finansrätt” med ”Offentlig rätt”. Den mer principiella frågan om domarens uppgift diskuterades år 1987 av Bertil Bengtsson, Kjell Å Modéer och Erik Holmberg. Rubrikerna ”Om domstolarnas lagprövning”, ”En god domare är bättre än en god lag” och ”På spaning efter rättigheterna” antyder de skilda angreppssätten (SvJT 1987 s. 229–247, 248–268 och 653–676). Bertil Bengtsson utvecklade som sin uppfattning år 1988 (SvJT 1988 s. 671–682) att lagprövningen skulle tillämpas med stor försiktighet, men han anknöt också till den i det norska rättsfallet Rt. 1976 s. 1 definierade skillnaden mellan lagprövningens intensitet i fråga om olika typer av grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Han tog också upp frågan om grundlagskonform tolkning. Redan år 1973 hade Rolf Almering tagit upp frågan om Europakonventionen som lagtolkningsfaktor (SvJT 1973 s. 774–788). Joakim Nergelius publicerade år 1996 en utförlig artikel om grundlagsstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag (SvJT 1996 s. 835–870, se även 1997 s. 426–457). Sammanfattningsvis kan sägas att det grundlagsreglerade uppenbarhetsrekvisitet visserligen gjorde domstolarna återhållsamma, men det hindrade inte den rättsvetenskapliga diskussionen om hur domarna borde hantera grundlagsfrågorna.

Med EU-inträdet och inkorporeringen av EKMR i svensk rätt kom debatten om hur lagprövningen skulle ske att intensifieras. Frågan om domarna alls borde beakta normer i grundlagen och EKMR var inte längre aktuell, i synnerhet som det inte kunde hävdas att domarna skulle bortse från EU-rätten. Vad som komplicerade bilden var att normhierarkin nyligen hade accepterats, vilket innebar att grundlagens överordning var klar, samtidigt som EKMR svårigen kunde placeras in i en sådan hierarki. Ett ’klart stöd’-kriterium tillämpades i dubbelbestraffningsfallen men inte i övrigt. (Se härtill Martin Sunnqvist, ’Klart-stöd’-doktrinens historia och dubbelförfarandeförbudets framtid, Europarättslig tidskrift 2014 s. 389–399.) Några frågeställningar ställdes på sin spets år 2005 i NJA 2005 s. 33 (partiell grundlagsstridighet och grundlagskonform tolk-

ning) och 2005 s. 805 (förhållandet mellan svensk grundlag, EKMR och Europadomstolens praxis samt grundlagskonform tolkning). En debatt om hur rättsfallen skulle tolkas uppstod (se Martin Sunnqvist, SvJT 2008 s. 645–656 med hänvisningar). År 2007 — då den konstitutionella rätten framhävdades genom att ämnesrubriken i Svensk Juristtidnings register blev ”Offentlig och konstitutionell rätt” — ägnades ett helt häfte (s. 769–926) åt temat ”Lagprövning och andra frågor om normkontroll”.

Att omfattningen av normprövningen (eller vad jag med ett vidare begrepp kallar konstitutionellt kritiskt dömande) numera är stor har bekräftats av Högsta domstolen i bl.a. NJA 2013 s. 502 och 746 samt av Högsta förvaltningsdomstolen i bl.a. HFD 2013 ref. 71. Uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § regeringsformen har tagits bort och ersatts av en erinran om att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag (se SOU 2008:125 och härtill Anders Eka i SvJT 2009 s. 382–395). Det råder ingen tvekan om att domarna är konstitutionella aktörer och att något begränsande uppenbarhetsrekvisit inte är aktuellt. Hur prövningsintensiteten ska beskrivas, i vilken grad den styrs av svenska domstolar eller domstolar på europeisk nivå (se NJA 2012 s. 1038) och om den skiljer sig mellan olika kategorier av frågor — processuella garantier, grundläggande fri- och rättigheter, ekonomiska rättigheter, förhållandet mellan de andra statsmakterna (se Sunnqvist a.a. s. 1061–1070) — är ännu en öppen fråga. Det gäller också i viktiga avseenden växelspelet mellan nationella högsta domstolar och Europadomstolen när det gäller tolkningen av EKMR (Se Dag Victor och Jens Edvin A. Skoghøy i SvJT 2013 s. 343–396 respektive 397–424).

Det kan alltså konstateras att det konstitutionellt kritiska dömandet kan bli ganska omfattande. Det är oklart var gränserna går, vilket kan leda till både försiktighet och oförvägenhet. Det är därför dags att mera på djupet ställa sig frågan Varför?

4 Varför?

Även om frågan Varför? ställdes i en del av inläggen i Svensk Juristtidning 2007 s. 769–926, märks ännu tydligare under år 2014 en förskjutning i tematiken i Svensk Juristtidnings artiklar på området. Presidenten i 400-årsjubilerande Svea hovrätt, Fredrik Wersäll, inledde med att ifrågasätta om Högsta domstolen gått längre än nödvändigt i sin rättsskapande verksamhet (SvJT 2014 s. 1–8, se även s. 101–104 och 335–347). Dag Mattsson sammanfattade ett seminarium inom ramen för 400-årsjubileet där en viktig fråga var just legitimiteten i domarmakten (SvJT 2014 s. 587–596). Och år 2015 knöt Carl Josefsson dessa frågeställningar till Jürgen Habermas rättighetsbaserade demokratisyn.

Legitimitetsfrågorna är inte bara intressanta för att ge stöd för domarnas i Sverige successivt etablerade konstitutionella dömande eller för att begränsa domarnas alltför fria rättsskapande. Legitimitetsfrå-

gorna är också — och framför allt — intressanta eftersom de sätter in det konstitutionella dömandet i sitt sammanhang och bidrar till utformningen av en domarkultur. Det finns tre aspekter på legitimiteten som jag särskilt vill lyfta fram.

För det första finns frågan vad som över huvud taget gör att domarna kan pröva lagars grundlagsenlighet. Denna fråga kan besvaras inom ramen för rättsordningen. Legitimitet inom rättsordningens ram handlar om att en enskild föreskrift eller ett enskilt rättsfall stöds av rättsordningens djupare skikt, rättskulturen och djupstrukturen (Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism* 2002, s. 243–281).

Det som över huvud taget gör att domarna kan pröva lagars grundlagsenlighet är att grundlagen är överordnad lagarna. Det är det klassiska argumentet för lagprövningen, formulerat bl.a. i det klassiska amerikanska rättsfallet *Marbury v. Madison* år 1803 och i Norden i Høyesterettsjustitiarius P. C. Lassons votum i ett norskt rättsfall år 1866. Det har också varit det återkommande argumentet i den svenska debatten för lagprövning. En viktig faktor för att konstatera grundlagens överordning har varit att den är svårare att ändra än vanlig lag, och att det särskilda förfarandet för grundlagsändring skulle vara meningslöst om inte grundlagsstridig lag ska åsidosättas. Argumentet återkommer i formuleringen ”grundlag går före lag”, ett av de två förhållanden domstolarna enligt 11 kap. 14 § regeringsformen ska beakta vid lagprövning. Behovet av en demokratisk grund för normprövningen, vilket diskuteras av Dag Mattsson i den nämnda seminariesammanfattningen, ligger i ett inomjuridiskt perspektiv häri. Skyddet för den enskilde följer av att det finns en grundläggande demokratisk överenskommelse om att majoriteten inte ska kunna missbruka sin makt.

Enligt min uppfattning räcker argumentet om grundlagens överordning långt för att försvara och legitimera domarnas prövning av lagars grundlagsenlighet. Inom den svenska rättsordningen är det numera inte bara klarlagt att grundlag är överordnad lag, det är också klarlagt att EU-rätten är överordnad lag, och även överordnad grundlag med det förbehållet att EU-rätt som strider mot grundläggande fri- och rättigheter utan att EU-domstolen ingriper mot detta kan åsidosättas (se här till NJA 2014 s. 79, Thomas Bull och Fredrik Sterzel, *Regeringsformen*. En kommentar, 2010, s. 253, jfr i dansk rätt UfR 1998 s. 800). Det är vidare någorlunda klarlagt att EKMR, tolkad av Europadomstolen, har ungefär den särskilda ställning i förhållande till lag som Högsta domstolen förespråkade vid inkorporeringen av EKMR som lag (NJA 2012 s. 1038, jfr prop. 1993/94:117 s. 36–38). I Sverige uppkommer därmed inte den motsättning som finns i bl.a. Tyskland och Italien mellan en författningsdomstols grundlagstillämpning och Europadomstolens tillämpning av EKMR.

Även om överordning och underordning fortfarande är en viktig parameter när det gäller domarens val mellan olika normer, är den inte alltid utslagsgivande. När olika fri- och rättigheter bryts mot varandra, och när de skyddas i olika avseenden av olika domstolar, har vi en diversifierad rättsordning där andra kriterier måste användas. En viktig iakttagelse är i det sammanhanget att det inte finns en ensam lagstiftare som har sista ordet om hur fri- och rättigheter som kan härledas till nationella grundlagar, EKMR och EU-rätten ska avvägas mot varandra. Detta måste då ske i den domstol där avvägningen aktualiseras i ett konkret fall, helt enkelt därför att det inte finns någon annan möjlighet (med undantag för möjligheten att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen). Här finns anledning att hämta ledning från tidigare epoker, före nationalstaternas monopoliserande av rätten runt år 1800, då rätten var diversifierad (se Seán Patrick Donlan, "Remembering: Legal Hybridity and Legal History" i *Comparative Law Review* 2011).

För *det andra* finns frågan hur domarna legitimerar sin bedömning i det enskilda fallet. Även denna fråga kan besvaras inom ramen för rättsordningen, och svaret finns i sättet att se på rättsordningens olika delar. Det handlar här om att uttryckligen ange hur det enskilda avgörandet är förankrat i rättsordningens djupare skikt.

Domarna legitimerar sin bedömning i det enskilda fallet genom att anföra argument. När en väsentlig del av preciseringen av rättsläget sker i serier av domstolsavgöranden, antingen från en och samma domstol eller i form av växelverkan mellan Europadomstolen, EU-domstolen, Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, uppkommer frågan hur denna rättspraxis ska kunna bli så tydlig att rättsläget är förutsebart. Den amerikanske professorn George C. Christie har anfört att tre kriterier bör vara uppfyllda: 1/ att det finns ett tillräckligt stort antal fall med liknande omständigheter att de som helhet kan bilda ett mönster, 2/ att den instans som avgör frågorna har samma sammansättning under en betydande tidsperiod och 3/ att det finns någon typ av lekmanna-medverkan i denna instans (se George C. Christie, *Philosopher Kings? The Adjudication of Conflicting Human Rights and Social Values*, 2011, s. 129–135). Vad gäller det första kriteriet är det lätt att hålla med. Ett antal fall på samma tema men med varierande omständigheter gör att rättsläget kan analyseras, även om fallen avgjorts av olika domstolar, och slutsatser kan dras om vilka gränsdragningar som varit väsentliga. Det andra kriteriet kan appliceras på USA:s högsta domstol men knappast på det system av flera olika höga domstolar som finns i Europa. Det tredje kriteriet är intressant och för i en europeisk kontext närmast tankarna till den sammansättning som författningsdomstolar ofta har.

För svenskt vidkommande finns det anledning att fästa sig främst vid 1/ att det finns ett tillräckligt stort antal fall med liknande omständigheter att de som helhet kan bilda ett mönster, 2/ att varje domare genom

sin argumentation i det enskilda fallet passar in det i rättsordningen i övrigt så bra som möjligt. Om splittringen i rättsordningen riskerar att försvaga legitimiteten (jfr Dag Mattssons sammanfattning i SvJT 2014 s. 592–593) ger kravet på argument till stöd för avgörandet i sig självt en ram för domarna att hålla sig inom (Sionaidh Douglas-Scott, *Law after Modernity*, 2013, s. 45). Även om man inte kan hitta det enda rätta svaret, kan man skilja mellan flera riktiga och oriktiga svar, och bättre och sämre svar (Christie a.a. s. 21–33, 77–87 och 119–128). Här krävs inte bara en mer utvecklad prejudikattolkninglära utan också avgöranden där det preciseras vilka omständigheter som domarna har fäst vikt vid. För att argumentationen ska bli fullödlig krävs också att parterna lägger fram sina argument så att de kan bedömas av domstolen. Inför domstolen kan även en individ vars röst inte kommit fram i den allmänna debatten göra sin röst hörd.

Viktiga frågor, som kräver en ytterligare fördjupad prejudikatbildning, är hur de grundläggande fri- och rättigheterna enligt regeringsformen och EKMR ska hanteras. De begränsas på två olika sätt, dels genom de undantag som får göras enligt de bestämmelser som definierar dem, dels genom att de olika rättigheterna kan åberopas av motstående parter eller motstående intressen och därmed kolliderar (se Christie a.a. s. 35–73 och i svensk rätt bl.a. NJA 2005 s. 805 och 2012 s. 400). När det gäller dessa frågor är proportionalitet och avvägning viktiga begrepp, som bör analyseras vidare (se Moshe Cohen-Eliya och Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013). Frågan är också om liknande fri- och rättigheter i RF och EKMR ska läsas samman (se NJA 2007 s. 805) eller ska skiljas åt i bedömningen (se NJA 2005 s. 805 och för danskt vidkommande Jens Peter Christensen i *Højesteret* — 350 år, 2011, s. 250–259). Denna del av legitimiteten innebär att det enskilda avgörandet hänger samman med normer och andra avgöranden på ett sätt som låter sig förklaras med rationella argument.

För det tredje finns frågan vad som i förhållande till det omgivande samhället legitimerar att domarna är konstitutionella aktörer.

En aspekt som Carl Josefsson tog upp (SvJT 2015 s. 67) var behovet av en stark och vital offentlighet på europeisk nivå. I avsaknad av en sådan saknas ”en grundläggande förutsättning för legitimiteten i Europa- och EU-domstolens författningspraxis”. Josefsson knyter detta med hjälp av Habermas till behovet av en demokratiskt förankrad lagstiftare på EU-nivå. Legitimiteten i dömandet är nämligen beroende av rättens demokratiska tillkomst.

Även här är enligt min mening ett historiskt perspektiv betydelsefullt. Om EKMR och EU:s rättighetsstadga uppfattas som innehållande rättsordningens grundläggande värden, är det inte svårt att iakttä att dessa för vidare ett naturrättsligt kulturarv. Dessa grundläggande normer behövde tecknas ned för att återupprätta människovärdet och utgöra ett

fundament för demokratin. Det förhållandet att grundlagsstiftaren och lagstiftaren inte som i nationalstaten är nära kopplade till varandra, utan att det finns ännu mer grundläggande grundlagar i form av EKMR och EU-stadgan vilka tolkas av domstolar som saknar en nära koppling till en viss lagstiftare, gör systemet bättre rustat mot påfrestningar.

När behovet av en stark och vital offentlighet diskuteras, måste också de pågående tekniska förändringarna vägas in. Även om varje domare ger rationella argument för sitt avgörande är frågan om och hur dessa argument kan nå ut i den allmänna samhällsdebatten, något som i sin tur skulle kunna stärka legitimiteten för det konstitutionella dömandet på ett mer generellt plan. Ofta förmedlas avgörandet genom nyhetsrapporteringen, där kanske andra aspekter än de rent juridiska anses vara av större intresse. Viktigt att notera är dock att juridiskt initierade analyser — oavsett om författaren är jurist eller journalist — mer och mer förekommer t.ex. i Svenska Dagbladet (Mårten Schultz) och Aftonbladet (Oisín Cantwell). Här har emellertid även bl.a. domare ett ansvar att föra fram de argument som varit viktiga för ett avgörande. Vi ser början på en sannolikt långtgående förskjutning från traditionella pappers- och sändningsmedia till internetbaserade och sociala media, vilket innebär möjligheter till billig och enkel nyhetsförmedling men också en stor risk för vilseläda nyhetsförmedling där helhetsbilden försvinner i det enorma informationsflödet. Här finns i gengäld nya möjligheter för domare att förklara vilka bedömningar de har gjort och varför. Den inomjuridiska diskussionen i bl.a. Svensk Juristtidning fördjupar och breddar kunskapen om rättsordningens komplexitet och kan ge en historisk och komparativ bas för dömandet. Den diskussionen kan sedan kompletteras med och ligga till grund för en nyhetsförmedling till och interaktion med det omgivande samhället.

Även om rättsordningen bygger mer på argument än på auktoritet (jfr Cohen-Eliya och Porat s. 111–132), har domarna också en auktoritet genom oavsättligheten som ger oavhängighet som i sin tur ger möjlighet för domarna att trots medial och annan snålblåst stå upp för rättsstatens värden. Detta har varit av betydelse, för att nämna några exempel, när sydafrikanska domstolar markerade mot apartheid-systemets införande (se Max Sørensen i *Juristen* 1959 s. 451), när norska Høyesterett år 1941 markerade mot ockupationsmaktens försök att kringskära domstolarnas oavhängighet, under ofärdsåren i Finland 1899–1905 och 1908–17 samt i den kurhessiska författningsskampen år 1850 (se B. W. Pfeiffer, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes*, 1851). Mot detta finns exempel på att domare inte har stått upp för rättsstatens värden (se t.ex. Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7 uppl. 2012).

Behovet av att makten är underordnad rätten har funnits länge. Ingen har kanske sagt det mer uttrycksfullt än Eleonora av Akvitanien,

när hon år 1193 skrev till påven, som högsta företrädare för den kyrkliga rättskipningen, för att få hjälp mot tysk-romerske kejsaren Henrik VI som höll hennes son Rikard Lejonhjärta som gisslan (Alison Weir, *Eleonor of Aquitaine*, 2000, s. 293). Hon skrev:

”Yet the Prince of the Apostles still rules and reigns in the Apostolic See, and his judicial rigour is set up as a means of resort. It rests with you, Father, to draw the sword of Peter against these evildoers, which for this purpose is set above peoples and kingdoms. The Cross of Christ excels the eagles of Ceasar, the sword of Peter is a higher authority than the sword of Constantine, and the Apostolic See higher than imperial power. [—] Perhaps you will say that this power is given to you over souls, not bodies: so be it, I will certainly be satisfied if you bind the souls of those who keep my son bound in prison.”

Eleonora av Akvitanien sökte ett ”judicial rigour [—] set up as a means of resort [—] above peoples and kingdoms”. Hon hade behövt art. 5 EKMR och Europadomstolen men var drygt 750 år före sin tid.