

ANSÖKAN TILL NY MAKTPOSITION

Av Gustaf Almkvist¹

I en proposition som lagts fram under våren 2010 föreslås att det s.k. kallelseförfarandet avskaffas och att även de högsta domartjänsterna därmed öppet ska gå att söka av den som är intresserad. Medan det naturligtvis är positivt med öppenhet och insyn i domarrekruteringen ifrågasätter författaren om det inte finns en poäng med att särbehandla just domarna i våra högsta domstolar. Särskilt om det ungefär samtidigt framlagda förslaget om avskaffande av det s.k. uppenbarhetsrequisitet vid lagprövning går igenom kommer domarnas maktställning att öka. Att inte beakta detta genom tillsättningsförfarandets utformning framstår som ett förnekande av en trolig utveckling av domstolarnas roll i det svenska statsskicket.

Sedan länge har de högsta domartjänsterna i Sverige tillsatts på ett särskilt sätt, genom ett s.k. kallelseförfarande. Detta innebär att tjänsterna inte utlyses och att det heller inte är möjligt att söka dessa. När behov av en ny utnämning uppkommer bereds istället frågan i Justitiedepartementet, som tar fram ett förslag, vilket sedan på informell väg förankras i den aktuella domstolen. Regeringen utnämner – kallar – efter detta den utvalde till tjänsten. Det har rört sig om justitie- och regeringsråden, presidenterna i hovrätterna och kammarrätterna samt lagmännen i de största underrätterna.

I prop. 2009/10:181, som regeringen överlämnade till riksdagen i mitten av mars i år, föreslås att kallelseförfarandet avskaffas. Om förslaget går igenom, kommer således alla domartjänster att behandlas på samma sätt, från rådmän till justitieråd. Är man intresserad söker man tjänsten sedan denna utannonserats, varefter en oberoende nämnd, Domarnämnden, föreslår en kandidat. Regeringen beslutar därefter i frågan, varvid möjlighet finns att frångå förslaget. I sådana fall måste regeringen dock inhämta Domarnämndens yttrande.

I det följande kommer jag att kort diskutera frågan hur våra högsta domare ska rekryteras och tillsättas i ljuset av de större konstitutionella förändringar som Grundlagsutredningens förslag till ändringar i regeringsformen med stor sannolikhet kommer att innebära. Av stort intresse är vilka skäl man ser för en viss lösning, då dessa kan säga en hel del om den vidare frågan vilken ställning man anser att domstolarna ska ha i vårt konstitutionella system.

¹ Jur. stud., termin 8, Uppsala universitet.

Utgångspunkten för regeringens förslag anges vara att ”markera betydelsen av domstolarnas och domarnas oberoende ställning.”² Som skäl för att avskaffa kallelseförfarandet pekas särskilt på att detta förfarandes brist på öppenhet och insyn riskerar att ”väcka tvivel om domarnas oberoende i förhållande till regeringen.”³ Öppenhets- och demokratihänsyn talar enligt propositionen istället för ett öppet ansökningsförfarande. Detta resonemang bygger på Grundlagsutredningens ställningstagande i samma fråga.⁴

Här finns det enligt min mening anledning att stanna upp ett ögonblick. Grundlagsutredningen föreslår nämligen även ganska betydelsefulla förändringar i regeringsformen vad gäller domstolarnas uppgifter och befogenheter. Av särskilt betydelse är, åtminstone på lite sikt, att det berömda uppenbarhetsrekvisitetet i RF 11:14 avskaffas. Bestämmelsen föreskriver att en domstol bara får underlåta tillämpning av en bestämmelse i lag eller förordning om det är uppenbart att bestämmelsen strider mot grundlag. Denna kraftiga begränsning av domstolarnas lagprövningsrätt har i praktiken inneburit att domstolarna saknat förmåga att upprätthålla regeringsformens bestämmelser om fri- och rättigheter.⁵ Rena procedurbestämmelser i RF har dock vid några få tillfällen kunnat upprätthållas mot motstridiga lagar och förordningar.⁶ Utan uppenbarhetsrekvisitetet är det troligt att domstolarnas möjligheter att pröva lagars förenlighet med regeringsformen även i annat än rent formella frågor kommer att utökas på ett betydande sätt. Grundlagsutredningens förslag har nyligen givits substans i en proposition som överlämnades till riksdagen i december. Förslaget träder sannolikt i kraft efter en andra omröstning efter riksdagsvalet i höst.⁷

Lagprövning innebär att domstolarna begränsar de folkvaldas lagstiftande makt, vilket är en inskränkning av den tidigare så starkt betonade

2 Prop. 2009/10:181, Utnämningen av ordinarie domare, s. 1.

3 A. prop. s. 68.

4 Se SOU 2008:125, En reformerad grundlag.

5 Formellt sett anger RF 11:14 att en föreskrift inte får tillämpas om den strider mot grundlag eller annan överordnad författning, och att sådan tillämpning skall underlåtas om felet är uppenbart om föreskriften är en lag eller författning. Det rör sig alltså om en för domstolen obligatorisk bestämmelse. RF 11:14 har dock på ett kan man tycka något märkligt sätt, kommit att tolkas e contrario på så vis att tillämpning endast får underlåtas om felet är uppenbart. Noga läst anger alltså RF 11:14 endast när tillämpning måste underlåtas, men inte när tillämpning får underlåtas.

6 Se, för ett berömt fall, t.ex. NJA 1996 s. 370 (”Gränsälvskommissionens förbud”).

7 Prop. 2009/10:80, En reformerad grundlag.

folksuveränitetsprincip som kommer till uttryck till riksdagens förmån i RF 1:1 och 1:4. Med en utökad lagprövningsrätt kommer domstolarna således att inneha en maktposition i vårt statsskick som de tidigare inte åtnjutit i någon nämnvärd utsträckning. Särskilt den proportionalitetsbedömning som enligt RF 2:12 ska företas vid inskränkning av rättigheterna i RF 2 kap. framstår som ett potentiellt kraftfullt verktyg i de svenska domstolarnas händer. Den typ av avvägningar om en lagstiftnings proportionalitet som en sådan bedömning innebär har i Sverige traditionellt ansetts vara lagstiftarens uppgift, och inte domstolarnas. Numera är dock proportionalitetsbedömningar som bekant närmast vardagsmat i EU-rätten. Även Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) bygger i stor utsträckning på sådana bedömningar. Att svenska domstolar skulle utföra proportionalitetsbedömningar vid tillämpningar av EU-rätt och EKMR, men lydigt alltid avstå vid rent inhemska prövningar med hänvisning till att riksdagen är folkets främsta företrädare framstår mot den bakgrunden som otroligt på åtminstone lite längre sikt. Det finns således anledning att räkna med att domstolarna får en mer framskjuten position i framtiden. Att förneka att vi åtminstone i praktiken är på väg mot maktindelning snarare än ren folksuveränitet framstår som allt svårare.

Liksom i andra länder som ger domstolarna lagprövningsrätt men samtidigt saknar författningsdomstol, till vilka förutom de andra nordiska länderna framförallt USA kan räknas, är det rimligt att anta att den huvudsakliga lagprövningsverksamheten kommer att äga rum i våra båda högsta domstolar, dvs. Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen (nuvarande Regeringsrätten). Praxisbildningen sker i vilket fall i stor utsträckning där. I det ljuset bör frågan ställas om det verkligen är rimligt att likställa utnämningen av justitieråden (som domarna i de båda högsta domstolarna kommer att heta) med domare som inte egentligen kommer att utöva någon politisk makt.

Skälen för en öppnare rekrytering är förvisso vällovliga. Det gör det också svårare att ifrågasätta förslaget. Vem kan vara emot öppenhet och insyn? Emellertid bör man mot detta ställa att just utnämningssrätten avseende de högsta domarna fyller en viktig maktdelningsfunktion i de flesta länder med lagprövning. Precis som lagprövning innebär en begränsning av riksdagens fram till nästa val i praktiken oinskränkta makt, innebär den exekutiva eller legislativa maktens befogenhet att utnämna domare en kontroll av domstolarnas annars alltför starka roll. I USA talar man om checks and balances.

Det finns med andra ord ett värde i att utnämningen av justitieråden är regeringens eller riksdagens val. Oavsett vad man tycker om lagprövning

förefaller det svårt att på allvar förneka dess politiska betydelse. Precis de argument som talar för lagprövning, nämligen att all makt måste begränsas av någon för att inte alltför lätt leda till dåliga eller rent av tyranniska beslut, talar också för att domarutnämningar bör vara politiskt kontrollerade.

Självklart bör vi inte sätta politiker i våra högsta domstolar. Det är inte det frågan rör. Möjligen är det så att ett öppet ansökningsförfarande inte medför särskilt stora förändringar, eftersom regeringen alltjämt utnämner domarna. Men likväl tycks idén att man ska kunna söka en justitierådstjänst blunda för vart utvecklingen är på väg. I alla sina vällovliga syften tycks förslaget vara ett uttryck för en syn på den dömande makten som någonting förvisso självständigt men likväl underordnat. Frågan är om inte grundlagspropositionen talar ett annat språk. 